**CONTROL JUDICIAL – Actos administrativos definitivos – Actos de trámite**

Para resolver la primera cuestión, la Subsección estima necesario determinar la naturaleza del acto demandado, para posteriormente concluir si el mismo es o no susceptible de control judicial ante esta jurisdicción (…) los actos definitivos son aquellos que ponen fin a la actuación administrativa, en tanto resuelven el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya que crean, modifican o extinguen una situación jurídica en particular; a diferencia de los de trámite y preparatorios, que como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración u organizan los elementos de juicio que se requieren para que esta pueda adoptar, a través del acto principal la decisión de fondo sobre el asunto. Aunque excepcionalmente un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando decida sobre la cuestión de fondo, de suerte que se haga imposible la continuación de la actuación. (…) las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (…) Es claro para la Subsección, que el acto objeto de demanda es de aquellos denominados como actos definitivos, comoquiera que con su expedición se resolvió de fondo la petición del actor, dirigida a reconocer su derecho a percibir las prestaciones sociales en las mismas condiciones que un empleado de planta de la entidad, al considerar que su vinculación con la misma, pese a estar fundada en contratos de prestación de servicios, realmente encubrió una relación laboral.

**CONTRATO REALIDAD –** **Contrato de prestación de servicios – DAS – Relación laboral**

Es preciso indicar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 se pronunció sobre las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, al respecto (…) el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. (…) Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. (…) el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales

**SUBORDINACIÓN –** **Configuración de relación laboral – Contrato de prestación de servicios**

A partir del anterior análisis, la Subsección concluye que el demandante prestó sus servicios personales a favor del Departamento Administrativo de Seguridad, a través de funciones de protección propias del cargo “escolta” de la planta de personal del DAS para la época (…), mediante sucesivas vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios celebradas entre 9 de junio de 2004 al 12 de febrero de 2009, es decir, por un lapso superior a 4 años para atender las funciones de protección en forma permanente. (…) Ello evidencia el ánimo de emplear de modo permanente y continuo sus servicios profesionales desdibujándose la temporalidad o transitoriedad que caracteriza la contratación de prestación de servicios. (…) Dado que se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio del demandante, al igual que la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral, se concluye que el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) contrató los servicios del accionante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza real de la labor que éste desempeñó. (…) Lo anterior genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades regulado en el artículo 53 de la Constitución Política. (…) En consecuencia, se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado (…) Se reitera que las entidades públicas no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá, D. C., junio dos (02) de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00557-02(3502-14)**

**Actor: JAVIER LEONARDO GALEANO MÉNDEZ**

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S.**

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Javier Leonardo Galeano Méndez contra el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. en Supresión.

## ANTECEDENTES

El señor Javier Leonardo Galeano Méndez, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. en Supresión.

**Pretensiones**

* Se declare la nulidad del oficio núm. OJUR 426753-3 del 28 de mayo de 2010 suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DAS, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales consecuencia de la relación laboral existente con el Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S.

1. Que se declare que hubo prestación personal del servicio, subordinación, dependencia y contraprestación entre el demandante y el Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S, sin solución de continuidad desde el 9 de junio de 2004 hasta la fecha.
2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el pago de todas las prestaciones sociales, tales como vacaciones, cesantías, primas de navidad, de riesgo, de vacaciones, de instalación, los valores de retención a la fuente, de RETE-ICA, la compensación en dinero por concepto de dotaciones y demás reconocidas a los servidores públicos de la entidad.
3. Así mismo, se condene a reconocer, liquidar y pagar los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social.
4. Se ajusten los valores reconocidos con fundamento en el IPC.

#### FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El demandante se desempeñó como escolta al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S. desde el 9 de junio del 2004 hasta el 12 de febrero de 2009, a través de los contratos de prestación de servicios núm. 559, 091, 505, 264 y 105.
2. El señor Javier Leonardo Galeano Méndez indicó que durante el tiempo servido mantuvo una relación de carácter laboral, pues se dieron los requisitos para ello como lo son el pago de salario, la subordinación y la prestación personal del servicio, sin solución de continuidad, toda vez que debía realizar las actividades propias de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad.
3. El 11 de mayo de 2010 solicitó a la entidad demandada reconocer la existencia de la relación laboral y en consecuencia el pago de las prestaciones sociales, que perciben los funcionarios agentes escoltas.
4. Manifestó que no le han sido canceladas las prestaciones sociales derivadas de esa relación laboral, por cuanto el Departamento Administrativo de Seguridad le negó la solicitud de su reconocimiento a través del oficio núm. OJUR 426753-3 del 28 de mayo de 2010.

## NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 3º, 35, 43, 44, 47, 85, 122, 125, 135, 175, 176, 177, 178 y 179 de la Constitución Política, los Decretos 1933 de 1989, 2646 de 1994, 1384 de 2002, 643 de 2004 y las Leyes 961 de 2005 y 1238 de 2008.

Expuso que fue vinculado como escolta mediante contratos de prestación de servicios que esconden una relación laboral legal y reglamentaria: subordinación continuada, salario y prestación personal del servicio lo que trae consigo el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, que no pueden ser desconocidos por la administración de forma arbitraria.

Señaló que con ocasión de dichos contratos, de forma ininterrumpida y sin solución de continuidad, estuvo bajo las órdenes de la entidad demandada, con la obligación de rendir informes de su labor, tuvo el uso de vehículos oficiales, e igualmente debió cumplir horario de trabajo entre otras, en las mismas condiciones que los servidores públicos.

Advirtió que la Corte Constitucional ha manifestado que la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o ejecución exhiba notas de un contrato de trabajo, y que en tal caso se deberá aplicar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, con el objetivo de proteger los derechos del empleado y así reconocer las prestaciones sociales que se deriven de dicha relación.

Por último, manifestó que la entidad demandada desconoció la ratio decidendi de las sentencias C- 154 de 2007, C- 094 de 2003, C-614 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional, mediante las cuales se estudiaron las diferencias entre los contratos de prestación de servicios y los contratos de trabajo.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**- Departamento Administrativo de Seguridad (f. 119 a 135)**

La parte demandada se opuso a las pretensiones pues consideró que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama, ya que de los contratos de prestación de servicios suscritos con esa entidad no se derivan los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Indicó que en virtud del Decreto 372 del 26 de febrero de 1996 y la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 el programa de protección de testigos, personas amenazadas y líderes sindicales, corresponde al Ministerio del Interior y de Justicia, en coordinación con el DAS, quien ejecuta tales programas, una vez definidas las políticas protectivas y la transferencia de los recursos financieros. Los cuales son utilizados para adquirir bienes y servicios, como la contratación de escoltas, toda vez que la planta de personal de la entidad es insuficiente para atender la demanda del programa.

Así mismo, advirtió que la labor debe ser ejecutada por profesionales con conocimientos especializados y en el marco de los parámetros mínimos de un esquema de este carácter cuyo cumplimiento se ejecuta a través de misiones que indican a quién se debe prestar el servicio de protección, pues los contratos son genéricos en dicho tema y se materializan con una orden de trabajo o misión, sin que las mismas configuren el elemento de la subordinación, tal como lo concluyó la Corte Suprema de Justicia.

Afirmó que los contratos suscritos entre el actor y el D.A.S. se celebraron en aplicación del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en armonía con la jurisprudencia de los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado que estableció que la función pública puede ser ejercida a través del contrato de prestación de servicios, como quiera que en su momento la entidad no contaba con el personal de planta suficiente para cumplir con el programa, e insistió en que el cumplimiento de las órdenes, la obligación de rendir informes, la utilización de las instalaciones y el horario, son algunos de los deberes legales de los contratistas previstos en el contrato, que por sí mismos no generan una relación laboral.

Precisó que de las distintas formas de vinculación con la administración pública, a saber, estatutaria, contractual y auxiliares de la administración, la situación del actor no se encuadra en ninguna de ellas, pues lo que se suscribió fueron contratos de prestación de servicios, los cuales son permitidos por la Ley, cuando las actividades contratadas no puedan realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Señaló que el demandante al hacer parte de la elaboración del contrato tuvo la posibilidad de no firmarlo si consideraba que el mismo era ilegal, o una vez perfeccionado solicitar su terminación o manifestar por escrito sus objeciones e inconformidades al momento de la liquidación. Y no ahora mediante acción judicial pretender derivar unos efectos que no le son propios al contrato suscrito.

Por último propuso como excepciones las siguientes: i) Indebida elección de la acción; ii) Falta de jurisdicción; iii) Excepción de pago; iv) Enriquecimiento ilícito e injustificado del actor; v) Inexistencia de causa jurídica; vi) Falta de interés jurídico para obrar; y vii) Absoluta legalidad en la celebración y desarrollo de los contratos de prestación de servicios.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Javier Leonardo Galeano Méndez (f. 256 a 271)

Reiteró que de los contratos de prestación de servicios suscritos con el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, se derivan los elementos propios de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, remuneración y principalmente subordinación.

A efectos de demostrar este último elemento, mencionó las órdenes de trabajo números 0103, 1277, 1240, 1348, 1551, 162, 1773, 1902 entre otras, dentro de las cuales se estableció el objetivo de la labor, los medios logísticos, el término y las instrucciones suscritas por el coordinador de seguridad. Así como las minutas en las que consta la entrega del arma, toda vez que ésta debía permanecer en los casilleros del DAS.

Igualmente, relacionó los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad y las certificaciones laborales expedidas por la parte demandada de fechas 17 de septiembre de 2008 y 9 de enero de 2009 en las cuales puede evidenciarse la relación permanente e ininterrumpida que mantuvo desde el 2004.

De otro lado, sostuvo que el Consejo de Estado a través de las sentencias proferidas en los procesos núm. 2152-06, 0958-09, 1106-08 entre otras, ha sido claro en determinar que la prescripción trienal no tiene aplicación en aquellos en los que se demuestre la existencia del contrato realidad.

Departamento Administrativo de Seguridad – DAS (f. 245 a 263)

Quien reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda e insistió en que el programa de protección de dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos se ejecuta por parte del DAS en atención a lo establecido por el comité de reglamentación y evaluación del riesgo del Ministerio del Interior.

Igualmente señaló que el término de duración del contrato se estableció en atención a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 y con observancia de las necesidades del programa de protección, sin que ello implicara una vulneración a la ley, máxime cuando el tiempo necesario de cada contrato es establecido por el contratante según la labor a desarrollar.

Respecto de la obligación del contratista de informar al supervisor del contrato las novedades del servicio relacionadas con permisos e incapacidades, manifestó que es una actuación lógica pues el coordinador del contrato debe estar al tanto de la ausencia del escolta para poder tomar las medidas necesarias con el fin de garantizar la seguridad del protegido.

De igual forma, estimó que el lugar del servicio estaba condicionado por la rutina del protegido, pues el objeto del contrato giraba en torno a su seguridad, independientemente de los lugares a donde éste se desplazara.

Argumentó que las órdenes o misiones expedidas por la entidad, son un medio para hacer efectivo el objeto del contrato, pero por si mismas no constituyen el elemento de subordinación entre las partes, pues tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado dentro de los contratos de prestación de servicios deben existir unas pautas mínimas que permitan coordinar las distintas actividades que se van a desarrollar, toda vez que el contrato no podrá ser ejecutado sin estas.

Por último citó diferentes sentencias proferidas tanto por los Tribunales Administrativos, como por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en las cuales se resolvieron situaciones similares a la discutida en el presente asunto, y se negaron las pretensiones de la demanda por no encontrarse probados los elementos propios de una relación laboral.

## SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia proferida el 7 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” resolvió lo siguiente:

1. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.
2. Declaró la nulidad del oficio núm. OJUR 426753-3 del 28 de mayo de 2010, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.
3. Condenó al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, a reconocer y pagar al señor Javier Leonardo Galeano Méndez a título de indemnización las prestaciones sociales, dejadas de percibir durante los periodos contratados, debidamente indexadas, tomando como fundamento el valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios.
4. Denegó las demás pretensiones de la demanda.

Los fundamentos de dicha decisión, son los siguientes:

Consideró no probadas las excepciones de falta de jurisdicción e indebida elección de la acción, por cuanto lo que se discute es la legalidad de un acto particular proferido por una entidad pública en ejercicio de su función administrativa, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales, más no la legalidad de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Expuso que conforme lo ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia el contrato de prestación de servicios se desnaturaliza cuando encierra en sus contenidos materiales una verdadera relación laboral, la cual podrá ser declarada siempre que el actor pruebe la existencia de los elementos esenciales de la misma, esto es, prestación personal, subordinación continuada y remuneración, así como la permanencia de la labor en relación con las funciones inherentes de la entidad, lo anterior en aplicación del principio de la prevalencia de la realidad sobre la forma.

El A quo encontró probados los elementos de la relación laboral, en atención a que el actor prestó sus servicios de forma personal, a cambio de una remuneración y estuvo subordinado a las directrices impartidas por el Departamento Administrativo de Seguridad, resaltando que la función propia de dicha entidad es la de bridar seguridad a algunas personas y dignatarios que requieran la protección del Estado y a que los contratos se extendieron por más de cinco años, desvirtuando con ello la temporalidad de la función ejercida.

Por consiguiente, declaró la nulidad del acto objeto de demanda y dispuso reconocer al demandante a título de indemnización el valor de las pretensiones surgidas en la prestación del servicio con el correspondiente cómputo del tiempo laborado para efectos pensionales, lo que conlleva al pago de las cotizaciones legales tomando como base el valor de lo pactado en los contratos u órdenes de trabajo por los períodos allí estipulados.

Concluyó que conforme lo dispuso el Consejo de Estado no hay lugar a declarar la prescripción trienal, toda vez que con la presente sentencia se constituyó el derecho del actor a reclamar las prestaciones sociales.

**ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad legal, el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el que sustentó en lo siguiente:

Afirmó que no se desvirtuó la legalidad del acto administrativo demandado, pues no se demostró la existencia de ninguna de las causales de nulidad taxativamente consagradas en el inciso 2º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, sino que por el contrario lo que quedó probado fue la falta de cargos en la planta de la entidad y que las funciones fueron ejercidas en virtud de la cooperación que se prestó al Ministerio del Interior, en el marco del Programa de Protección a Testigos y Personas Amenazadas.

Así entonces, el oficio núm. OJUR 426753-3 del 28 de mayo de 2010, fue expedido por un funcionario facultado para tal fin, como respuesta a un derecho de petición, en el que se aclaró que entre las partes existió una relación contractual y no laboral, anotando que esta última no podía ser declarada por la administración pues ello es competencia de las autoridades jurisdiccionales.

Afirmó que la administración no desconoció ningún derecho pues la relación entre ésta y el demandante era exclusivamente contractual. A su vez, adujo que la jurisprudencia reseñada por el A-quo sirvió de fundamento jurídico para demostrar la diferencia entre una relación contractual y una laboral, pero no para demostrar la ilegalidad del acto administrativo demandado.

Estimó que la respuesta OJUR 426753-3 del 28 de mayo de 2010 en esencia y contenido nunca constituyó una negativa a la petición del señor Javier Leonardo Galeano Méndez y menos una decisión definitiva que vulnerara los derechos del mismo, por lo que afirmó no podía ser objeto de control judicial, máxime cuando no creó, modificó o extinguió una situación jurídica del actor.

Señaló que pese al análisis probatorio realizado por el Tribunal, en el caso sub examine no se demostraron los elementos de una relación laboral, pues si bien existió prestación personal del servicio, ello obedeció a la falta de personal por parte del DAS. En cuanto a la remuneración ésta no se configuró, toda vez que en los contratos se fijó el pago de honorarios propios de una relación contractual y finalmente no se consolidó la subordinación tal como lo adujo el Tribunal Administrativo, sino que se vislumbró una relación coordinada en cumplimiento del objeto contractual.

Resaltó que los contratos de prestación de servicios fueron suscritos debido a la insuficiencia de personal de planta con el que contaba el DAS, para desarrollar el programa de protección que implementó el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior y de Justicia, y en observancia de lo dispuesto por la Ley 80 de 1993. E igualmente, reiteró los argumentos expuestos en las demás intervenciones procesales, a efectos de explicar el rol que cumplió el citado ministerio.

###### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes intervino en esta etapa procesal.

**MINISTERIO PÚBLICO**

Dentro del término legal la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia proferida el 7 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en lo siguiente (f. 332 a 342):

Del material probatorio allegado al proceso se encontró que el demandante se desempeñó bajo la modalidad de prestación de servicios, pero mediante una verdadera relación laboral, es decir, que la figura contractual quedó desvirtuada al probarse la existencia de la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación continuada.

Estimó que dicha figura contractual se utilizó como mecanismo para ejecutar las tareas y funciones que desarrollan los servidores de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad, lo que en consecuencia, le da derecho al actor a que se le reconozcan las prestaciones sociales de carácter ordinario que reclama, tales como: cesantías, intereses a las cesantías, primas de navidad, riesgo, compensación en dinero por concepto de dotación, viáticos, y lo concerniente al pago de aporte a salud y pensión.

Consideró que no procede el reconocimiento de la indemnización moratoria ni la devolución de los valores por retención en la fuente, pues se entiende que no corresponden al concepto ordinario de la prestación, ya que, si bien la prestación del servicio se asimila a la del servidor público, el contratista no alcanza con la declaración del contrato realidad a adquirir tal condición, por consiguiente, no le es dable percibir todo lo que generalmente recibe un funcionario de la planta de personal y tampoco cubrir los pagos que realizó por los porcentajes que reclama.

Finalmente, advirtió que tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en providencias recientes, el término de prescripción sí opera respecto de la declaratoria de la relación laboral, comoquiera que se debe reclamar dentro de los tres años establecidos por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. No obstante, en el presente asunto, no deberá declararse la misma, por cuanto el último contrato de prestación de servicios finalizó el 9 de enero de 2009 y la petición fue presentada el 11 de mayo de 2010.

CONSIDERACIONES

**Cuestión previa**

Mediante Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011 se dispuso la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, y en el artículo 3º se estableció que *“…Las funciones (…) que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2°, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos,* así: *(…) 3.4. La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004, en el Decreto*[*1700*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39538#0)*de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado. (…)*”

Por su parte, el Decreto 4065 de 2011 en su artículo 3 estableció que el: *“El objetivo de la Unidad Nacional de Protección (UNP) es articular, coordinar y ejecutar la prestación del servicio de protección a quienes determine el Gobierno Nacional que por virtud de sus actividades, condiciones o situaciones políticas, públicas, sociales, humanitarias, culturales, étnicas, de género, de su calidad de víctima de la violencia, desplazado, activista de derechos humanos, se encuentren en situación de riesgo extraordinario o extremo de sufrir daños contra su vida, integridad, libertad y seguridad personal o en razón al ejercicio de un cargo público u otras actividades que pueden generar riesgo extraordinario, como el liderazgo sindical, de ONG y de grupos de personas desplazadas, y garantizar la oportunidad, eficiencia e idoneidad de las medidas que se otorgan…”*

De lo anterior se colige que suprimido el DAS, la función de coordinar y ejecutar la prestación del servicio de protección le fue asignada a la Unidad Nacional de Protección, razón por la cual se tendrá ésta como sucesor procesal en los términos del artículo 68 del Código General del Proceso.

**Problemas jurídicos**

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

¿El oficio OJUR 426753-3 proferido por el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, es un acto susceptible de control judicial?

¿Se demostraron los elementos de una relación laboral o vinculación legal y reglamentaria a raíz de los contratos de prestación de servicios de escolta, que celebró el Departamento Administrativo de Seguridad con el demandante?

En caso afirmativo ¿El demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos del DAS para la época?

**Primer problema jurídico.**

¿El oficio OJUR 426753-3 proferido por el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, es una acto susceptible de control judicial?

Para resolver la primera cuestión, la Subsección estima necesario determinar la naturaleza del acto demandado, para posteriormente concluir si el mismo es o no susceptible de control judicial ante esta jurisdicción. Al efecto, el inciso final del artículo 85 del C.C.A dispone lo siguiente:

“(…) Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.”

Por su parte, el artículo 135 de la misma codificación señala:

“**ARTÍCULO 135.** [Modificado por el art. 22, Decreto Nacional 2304 de 1989](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6542#1). La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo. (…)”

De conformidad con lo establecido en los artículos transcritos, **los actos definitivos** son aquellos que ponen fin a la actuación administrativa, en tanto resuelven el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya que crean, modifican o extinguen una situación jurídica en particular*;* a diferencia de los de trámite y preparatorios, que como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración u organizan los elementos de juicio que se requieren para que esta pueda adoptar, a través del acto principal la decisión de fondo sobre el asunto. Aunque excepcionalmente un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando decida sobre la cuestión de fondo, de suerte que se haga imposible la continuación de la actuación.

Al respecto el Consejo de Estado[[1]](#footnote-1) manifestó que:

*“(…) únicamente las decisiones de la Administración, producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, siempre que afecten derechos o intereses, impongan cargas, obligaciones o sanciones o incidan en situaciones jurídicas, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que los actos de trámite y de ejecución se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que estos no deciden definitivamente una actuación..* (…).**”**

Luego entonces, las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En el presente asunto el señor Oswaldo Ramos Arnedo Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS profirió el oficio OJUR 426753-3 del 28 de mayo de 2010 (f. 43 a 46. Cdno 1), a través del cual, luego de analizar normativa y jurisprudencialmente los elementos de la relación laboral denegó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas por el señor Javier Leonardo Galeano Méndez.

Así las cosas, es claro para la Subsección, que el acto objeto de demanda es de aquellos denominados como actos definitivos, comoquiera que con su expedición se resolvió de fondo la petición del actor, dirigida a reconocer su derecho a percibir las prestaciones sociales en las mismas condiciones que un empleado de planta de la entidad, al considerar que su vinculación con la misma, pese a estar fundada en contratos de prestación de servicios, realmente encubrió una relación laboral.

En estos términos, el señor Javier Leonardo Galeano Méndez estaba facultado para iniciar el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentra en curso a efecto de que se estudiara la legalidad del oficio núm. OJUR 426753-3 del 28 de mayo de 2010.

**Conclusión**

El oficio OJUR 426753-3 proferido por el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, es una acto susceptible de control judicial, toda vez que es una acto administrativo definitivo, con el cual se puso fin a la actuación administrativa.

**Segundo problema jurídico.**

¿Se demostraron los elementos de una relación laboral o vinculación legal y reglamentaria a raíz de los contratos de prestación de servicios de escolta, que celebró el Departamento Administrativo de Seguridad con el demandante?

La Subsección considera que se probaron los elementos de una relación laboral en virtud de los contratos de prestación de servicios que se celebraron entre las partes, por las razones que pasan a explicarse:

**ELEMENTOS DE UNA RELACIÓN LABORAL EN EL SUB-LITE.**

La parte demandante afirma que mediante los contratos de prestación de servicios que celebró con el DAS, se desarrolló una relación laboral que debe dar lugar a la indemnización por las prestaciones sociales que no se cancelaron.

Con el fin de analizar las pretensiones de la demanda se tiene en cuenta lo siguiente:

El actor afirmó que celebró con el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) para la época, siete contratos de prestación de servicios de forma ininterrumpida desde el 9 de junio de 2004 hasta el 12 de febrero de 2009[[2]](#footnote-2) (f. 74 a 79, 82 a 88, 91 a 96, 101 a 106, 109 a 110, 111 a 118, 119 a 125 y 129 a 135 del Cdno. 2). Se relacionan a continuación:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Número contrato** | **Plazo** | **Término** | **Valor** |
| 259  (Adicionado el 29-12-2004) | Del 9 de junio de 2004 hasta el 28 de febrero de 2005 | 8 meses  7 días | $9.452.000 |
| 224  (Adicionado el 29-06-2005) | Del 1º de marzo hasta el 30 de agosto de 2005 | 6 meses | $5.560.000 |
| 364 | Del 31 de agosto de 2005 hasta el 28 de febrero de 2006 | 6 meses  1 día | $9.975.873 |
| 091  (Adicionado el 01-06-2006) | Del 1 de marzo de 2006 hasta el 30 de junio de 2007 | 15 meses | $13.122.990 |
| 264 | Del 1º de julio hasta el 31 de diciembre de 2007 | 6 meses | $13.784.040 |
| 505  (Adicionado el 09-05-2008) | Del 1º de enero hasta el 31 de diciembre de 2008 | 1 año | $28.468.080 |
| 105 | Del 1º de enero hasta el 30 de junio de 2009 | 6 meses | $14.506.260 |

El objeto de todos los contratos de prestación de servicios fue el siguiente:

*“[…]* ***OBJETO. EL CONTRATISTA****. En virtud de sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S. a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia.[…]”*

(fls. 74 a 79, 82 a 88, 91 a 96, 101 a 106, 109 a 110, 111 a 118, 119 a 125 y 129 a 135 del Cdno. 2).

Determinados los contratos de prestación de servicios que celebró el demandante con el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), es preciso indicar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 se pronunció sobre las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, al respecto:

*“[…] Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

*Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.[…]”*[[3]](#footnote-3)(Se subraya).

Según los presupuestos desarrollados en la sentencia C-154 de 1997, es necesario verificar si en el presente asunto se probaron los tres elementos constitutivos para una relación laboral, principalmente la subordinación o dependencia. Este último como criterio concluyente para revelar la relación laboral o vinculación legal y reglamentaria.

1. **La prestación personal del servicio**:

Con el fin de demostrar la prestación personal del servicio se resalta la prueba testimonial practicada cuyo testigo fue compañero del demandante, al respecto:

* José Luis Morales Carmona (f. 241 a 244 Cdno. 1)

“(…) **PREGUNTADO**: Si conoce la razón de por qué se ha citado a esta diligencia, en caso afirmativo haga un relato. **CONTESTO**. Sí conozco, vengo a dar testimonio sobre si el compañero José Galeano laboró con el DAS, quiero manifestar al Despacho que el señor Galeano laboró y me consta en el Departamento Administrativo de Seguridad desde el año 2004, prestando servicio de escolta al programa de protección del Gobierno Nacional y permaneció allí aproximadamente del 2008 al 2009. (…) **PREGUNTADO**: Señor José Luis Morales sírvale informar al Despacho qué funciones conoce que desempeñaba el señor Javier Galeano Méndez en el Departamento Administrativo de Seguridad. **CONTESTO:** Prestaba el servicio de escolta y además le tocaba prestar servicio de seguridad en la parte externa del edificio cuando así lo determinaban los jefes inmediatos y así mismo prestaba escolta con detectives activos que estaban adscritos a la oficina de seguridad. (…)”

* Jairo Sánchez Peña (folio 241 a 244 Cndo. 1)

“(…) **PREGUNTADO**: Qué funciones desempeñaba el señor Javier Galeano Méndez. **CONTESTO:** A nosotros nos asignaban a un esquema de seguridad el cual teníamos que prestarle al protegido la seguridad y cuando no estábamos prestando la seguridad al señor teníamos que estar disponible en instalaciones del DAS y en ocasiones no (sic) colocaban a prestar seguridad a las instalaciones. (…)”

Lo anterior permite concluir que el demandante prestó de forma personal el servicio de escolta, así lo afirmaron los testigos que como compañeros conocieron el servicio de escolta de forma permanente.

1. **Remuneración por el servicio prestado.**

Para evidenciar el segundo elemento de la relación laboral, consistente en la remuneración que recibió el demandante por la prestación del servicio de escolta se observan en el expediente a folios 80 a 81, 89 a 90, 99 a 100 y 127 a 128 del Cdno. 2[[4]](#footnote-4), las actas de liquidación de cada uno de los contratos en las que se relacionan las órdenes de pago expedidas por la entidad demandada a favor del señor Javier Leonardo Galeano Méndez por concepto de honorarios, lo que permite demostrar la remuneración que recibió el demandante por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) por los servicios de escolta que prestó.

1. **Subordinación y dependencia.**

Con el fin de verificar el elemento esencial de la relación laboral, es decir, la subordinación, se relacionan las siguientes pruebas practicadas y aportadas al proceso:

* El demandante afirmó que para desarrollar la labor de escolta el DAS le asignaba armas de dotación oficial y vehículos oficiales, lo cual se corrobora con los registros de control de armamento que obran a folios 194 a 393 del cuaderno 2.
* El señor Javier Leonardo Galeano Méndez debía presentar al DAS informes sobre el cumplimiento de su labor como escolta, al finalizar cada misión (folios 1 a 28 Cdno. 2 y 50A, 59, 62, 67, 70, 73, 77, 81, 84, 90 y 92 Cdno. 4).

Órdenes de trabajo

A folios 29 a 72[[5]](#footnote-5) del Cndo. 2 y a folios 4, 7, 16 a 18, 21, 22, 24, 26, 28, 29, 32, 33, 44, 50, 60, 61, 64, 68, 71, 75, 79, 82, 88, 91[[6]](#footnote-6), del Cndo. 4, obran las órdenes de trabajo y misiones expedidas constantemente por el Departamento Administrativo de Seguridad al demandante para cada misión que debía llevar a cabo con instrucciones precisas para su desarrollo.

Testimonio

* José Luis Morales Carmona (folios 241 a 242 Cdno. 1)

“(…) **PREGUNTADO:** Cuando no estaban en la labor de escolta dónde debían permanecer. **CONTESTO**: Siempre por orden estricta del jefe inmediato nos tocaba permanecer en las instalaciones del DAS durante todo el día. **PREGUNTADO**: Como (sic) recibían las ordenes (sic) de trabajo. **CONTESTO**: Las recibíamos mediante escrito y firmada por el Jefe de la unidad como documentos de misión de trabajo. (…)”

A partir de las prueba reseñadas se colige claramente que el demandante recibía órdenes por parte del DAS de forma constante para el desarrollo de sus servicios; cuando no estaba en ejercicio de su labor debía permanecer en la entidad; no podía ejecutar sus servicios de escolta de forma autónoma e independiente porque se debía circunscribir a las instrucciones del DAS y tampoco se le permitía ejercer actividades de escolta para otras entidades.

**EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL O VINCULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA.**

A partir del anterior análisis, la Subsección concluye que el demandante prestó sus servicios personales a favor del Departamento Administrativo de Seguridad, a través de funciones de protección propias del cargo “escolta” [[7]](#footnote-7) de la planta de personal del DAS para la época (a folios 280 a 293 Cdno. 1, Manual de Funciones), mediante sucesivas vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios celebradas entre 9 de junio de 2004 al 12 de febrero de 2009, es decir, por un lapso superior a 4 años para atender las funciones de protección en forma permanente.

Ello evidencia el ánimo de emplear de modo permanente y continuo sus servicios profesionales desdibujándose la temporalidad o transitoriedad que caracteriza la contratación de prestación de servicios.

La naturaleza de la función desarrollada por el accionante, la cual consistía en brindar seguridad al beneficiario del programa de protección, le imponía el deber de atender las directrices impartidas por la entidad en las distintas misiones. Dichas labores, comportan una “subordinación”, pues al desarrollarse en cumplimiento de órdenes directas de su superior, es claro que se desvanece la figura de la coordinación y por ende se desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio, más aún cuando para el ejercicio de las mismas, el demandante debía emplear los elementos de dotación suministrados por el DAS como armamento y vehículo, toda vez que desatender el esquema de seguridad propuesto podría afectar el éxito de la labor desarrollada.[[8]](#footnote-8)

Dado que se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio del demandante, al igual que la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral, se concluye que el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) contrató los servicios del accionante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza real de la labor que éste desempeñó.

Lo anterior genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades regulado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque el demandante desarrolló la función de protección en el DAS, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos en el cargo de “agente escolta”.

En consecuencia, se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado (oficio núm. OJUR 426753-3) por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral entre el DAS y el accionante bajo el siguiente argumento: *“[…] En la relación contractual entre el Departamento Administrativo de Seguridad y usted, no se configura el elemento de subordinación que ha planteado en su escrito, pues si se observa las misiones de trabajo con las cuales se pretende acreditar dicho elemento, éstas solamente se refieren al desarrollo del contrato de prestación de servicios para efectos de las obligaciones contractuales que debe cumplir el contratista y no para demostrar la existencia de la subordinación; […] Por lo tanto, el DAS tenía una relación contractual con usted, por ello mal podrían solicitar el reconocimiento de unos haberes a los que no tiene derecho. […]”*

Se reitera que las entidades públicas no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal[[9]](#footnote-9).

De forma expresa lo prohíbe el artículo 17 de la ley 790 de 2002 "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República", al respecto:

*“****Artículo 17. Plantas de personal****. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.*

*En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.*

***Parágrafo****. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública.”* (Se subraya).

La norma citada es aplicable al presente caso porque para la época de celebración y ejecución de los contratos de prestación de servicios entre el DAS y el demandante, dicha entidad estaba constituida como un Departamento Administrativo.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia del 7 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Javier Leonardo Galeano Méndez contra el Departamento Administrativo de Seguridad.

Ahora, la Subsección “B” de la Sección Segunda se pronunció en asunto idéntico al presente caso, mediante sentencia de 18 de septiembre de 2014[[10]](#footnote-10), así:

*“[…]* ***Caso Concreto***

*El demandante manifiesta que estuvo prestando sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, como Escolta de Protección mediante diferentes y sucesivos contratos de prestación de servicios, por lo que considera se configuró una relación laboral.*

*De las pruebas allegadas al plenario se constató que el actor prestó sus servicios como Escolta en el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, desde el 8 de mayo de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2011 de manera ininterrumpida, vinculado por “contrato de prestación de servicios” en los que se estableció lo siguiente:*

*“… OBJETO.– El CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S. a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Barrancabermeja y eventualmente en la cuidad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riegos del Ministerio del Interior y de Justicia. …”*

*En el sub-lite se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios porque el demandante en su condición de Escolta cumplía funciones que no eran temporales dado que la vinculación se mantuvo por más de 4 años; no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometido a horarios y turnos de trabajo debido a la naturaleza de sus funciones, es decir era dependiente y sometido a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.*

*De acuerdo con lo anterior, es claro que el actor se encontraba subordinado a las directrices impartidas por la Entidad, máxime si se tiene en cuenta que la función propia del DAS es brindar seguridad a la persona a quien se le asigna esquema de protección, para lo cual el escolta debe acatar las órdenes que le sean impartidas, como ocurrió en el caso bajo estudio.*

*En consecuencia, el demandante en el ejercicio de su labor, ejecutaba labores propias de las funciones asignadas a esa entidad tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 643 de 2004, entre otras:*

*“…14. Brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Vicepresidente y su familia, Ministros y ex Presidentes de la República; la información relacionada con su seguridad tiene reserva legal. (…) Parágrafo. Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de los previstos en el numeral 14 de este artículo, que requieran la protección del Estado, deberá concertarse la asunción de dicha función por parte de otros organismos estatales que desarrollen funciones de protección. El Departamento Administrativo de Seguridad continuará prestando tales servicios hasta que sean asumidos por otras entidades, de acuerdo con los estudios de riesgo correspondientes….”*

*Lo anterior permite concluir que el actor no desarrolló funciones meramente temporales, pues duró vinculado por más de cuatro años y ejercía las labores propias asignadas a la entidad, como resulta de la comparación de funciones.*

*Al desvirtuarse el vínculo contractual es procedente la declaración del “Contrato Realidad”, que si bien no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, sí genera un trato similar al que tiene un empleado público que ejerce las mismas funciones. […]”*

**Conclusión**

De conformidad con el material probatorio del proceso y la naturaleza propia de la actividad desempeñada por el accionante, existió una relación laboral entre éste y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), aunque se hubiese presentado bajo la forma de contratos de prestación de servicios, desde 9 de junio de 2004 hasta el 12 de febrero de 2009.

**Tercer problema jurídico.**

¿El demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos del DAS para la época?

La Subsección ordenará a favor del actor reconocer a título de indemnización el equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados del DAS, por las razones que pasan a explicarse.

La consecuencia de probar la existencia de la relación laboral o de la vinculación legal y reglamentaria es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que no se cancelaron al accionante.

Es preciso indicar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título de indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Al respecto, esta Corporación en providencia de 2014, señaló cuáles son las prestaciones sociales que deberán reconocerse, así:

*“[…] Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son* ***las prestaciones sociales*** *que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.*

*En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.*

*Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.*

*Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.*

*Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:*

*[…]*

*Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. […]”*[[11]](#footnote-11)(Negrillas del texto original).

**Conclusión**

El señor Javier Leonardo Galeano Méndez tiene derecho a que se le reconozca la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos del DAS desde el 9 de junio de 2004 hasta el 12 de febrero de 2009.

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al presente asunto, se ordenará a la entidad demandada pagar a título de indemnización, a favor del demandante lo siguiente:

1. El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del DAS en el cargo de escolta por el tiempo de duración de los contratos de prestación de servicios que celebró el accionante con el Departamento Administrativo de Seguridad; tomando como base de liquidación el valor pactado por honorarios en dichos contratos.
2. El valor en el porcentaje que por ley debió cancelar el DAS como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social por el tiempo de duración de los contratos de prestación de servicios, tomando como base de liquidación el valor pactado por honorarios en dichos contratos.
3. El valor en el porcentaje que por ley debió cancelar el DAS como empleador, por aportes a pensión al Sistema General de Seguridad Social por el tiempo de duración de los contratos de prestación de servicios, tomando como base de liquidación el valor pactado por honorarios en dichos contratos.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

R= Rh x Índice final

             Índice inicial

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

**Decisión de segunda instancia.**

Por lo expuesto la Subsección considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 7 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al demostrarse que entre el actor y el Departamento Administrativo de Seguridad existió una relación laboral entre el 9 de junio de 2004 hasta el 12 de febrero de 2009.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**Primero:** Confirmar la sentencia del 7 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Javier Leonardo Galeano Méndez contra el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, con fundamento en lo expuesto en esta providencia.

**Segundo:** Tener a la Unidad Nacional de Protección como sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

**Notifíquese y cúmplase**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

1. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencia del 24 de octubre de 2013. Expediente No. 25000-23-37-000-2013-00264-01. Radicación Interna No. 20247. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. [↑](#footnote-ref-1)
2. A folio 47 y 48 obran certificaciones expedidas por el Coordinador de Seguridad de Instalaciones y Avanzadas Supervisor del Contrato del DAS, en las que consta que el señor Javier Leonardo Galeano Méndez inició labores como escolta contratista desde el 9 de junio de 2004.

   A folios 276 a 278 obra certificación expedida por la Subdirección Financiera – Coordinación de Tesorería del Departamento Administrativo de Seguridad, en la que consta que al actor se le realizaron pagos entre el 9 de junio de 2004 hasta el 12 de febrero de 2009 por concepto de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, Sentencia C-154 de nueve de marzo de 1997, Referencia: Expediente D-1430, Norma acusada: Numeral 3º. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa". [↑](#footnote-ref-3)
4. Actas de liquidación de los contratos de prestación de servicios núm. 259, 224, 364 y 264. La remuneración de los demás contratos, esto es, 091, 505 y 105 quedó demostrada con el valor pactado en los mismos.

   Así mismo a folios 276 a 278 obra certificación expedida por la Subdirección Financiera – Coordinación de Tesorería del Departamento Administrativo de Seguridad, en la que consta que al actor se le realizaron pagos entre el 9 de junio de 2004 hasta el 12 de febrero de 2009 por concepto de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad. [↑](#footnote-ref-4)
5. Misiones núm. 2001, 3177, 0103, 1277, 1240, 1059, 1348, 1435, 1551, 1642, 1605, 1773, 1902, 2004, 1952, 1925, 2024, 2152, 2411, 2520, 0185-148266, 0008-10319, 0101-146971, 0258, 0362, 0425, 0521, 0615, 0628, 0865, 0940, 1084, 1145, 1253, 1342, 1409-583446-1, 1624-624186-1, 1713, 1893, 2083, 2240, 2404, 0148. [↑](#footnote-ref-5)
6. Misiones núm. 343, 1466, 0787, 0446, 0527, 0565, 0653, 0793, 0921, 1010, 1068, 1381, 1239, 1523, 0033, 0277, 0416, 0016 y órdenes núm. 0022, 2676, 2733, 2807, 2870, 2921, 2922, 3023, 3227, 3374, 0251, 0291. [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto 643 de 2004, artículo 2º *“(…) 14. Brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Vicepresidente y su familia, Ministros y ex Presidentes de la República; la información relacionada con su seguridad tiene reserva legal.*

   *(…)*

   ***PARÁGRAFO.****Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de los previstos en el numeral 14 de este artículo, que requieran la protección del Estado, deberá concertarse la asunción de dicha función por parte de otros organismos estatales que desarrollen funciones de protección. El Departamento Administrativo de Seguridad continuará prestando tales servicios hasta que sean asumidos por otras entidades, de acuerdo con los estudios de riesgo correspondientes.”* [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Magistrado ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de ocho (08) de mayo de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12), Actor: Jairo Sánchez Peña, Demandado: Departamento Administrativo De Seguridad – DAS. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ibídem. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “B”, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014), REF: Expediente No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 No. Interno: 0739-2014 Actor: Elkin Hernández Abreo Autoridades Nacionales. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibídem. [↑](#footnote-ref-11)