**PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS – Definición**

La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: No importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.

**CONTRATO REALIDAD – Definición**

Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad a aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Objeto**

Lo anterior, atendiendo que el contrato de prestación de servicios lo celebran las entidades del Estado con personas naturales o jurídicas con el objeto de desarrollar actividades que tienen que ver con su funcionamiento, en aquellos casos en que éstas no se pueden llevar a cabo con el personal perteneciente a ella. Empero, la norma legal establece que dicho contrato en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebra por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Carga probatoria – Elementos de la relación laboral – Obligatoriedad**

Es por ello que, para efectos de demostrar la relación laboral derivada de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

**PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS – Finalidad – Protección del derecho al trabajo y garantías laborales**

Es así como la Sala ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

**CONTRATO REALIDAD – Reconocimiento de la relación laboral – Condición de empleado público**

El reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado la Sección, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado: “Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”.

**CONTRATO REALIDAD – Reconocimiento de la relación laboral – Derechos derivados – Reconocimiento de prestaciones sociales a título de indemnización – Reconocimiento de prestaciones sociales – Tasación a partir de honorarios**

No obstante ello, destaca la Sala que al tenerse elementos de juicio para que se declare una relación laboral, entre quien prestó el servicio y la entidad en que se ejecutó el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional. Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos: "El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas… Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia. El componente de restablecimiento del derecho para los casos en que se demostrase la existencia del contrato realidad, se limita al pago de las prestaciones sociales ordinarias comunes y especiales que devenga un empleado público en similar situación, liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00167-01(0126-14)**

**Actor: OSCAR FERNANDO ORDOÑEZ SILVA**

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS**

**Referencia: CONTRATO REALIDAD. DEMANDANTE DEMUESTRA LA SUBORDINACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LA LABOR DE ESCOLTA A CARGO DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS. SEGUNDA INSTANCIA - APELACIÓN DE SENTENCIA.**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de fecha 28 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, quien accedió a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del acto acusado y como consecuencia de ello, condenó al Departamento Administrativo de Seguridad a pagar al actor el valor equivalente a las prestaciones sociales con base en el salario que devengaba un funcionario en el mismo cargo en la planta de personal del DAS.

Así como también, dispuso el pago de los porcentajes de cotización en pensión y salud que demuestre haber realizado el actor durante el tiempo que prestó sus servicios y que asumió frente a las entidades de seguridad social.

1. **ANTECEDENTES**
2. **LA DEMANDA.-**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo, el señor Oscar Fernando Ordoñez Silva, actuando a través de apoderado judicial acudió ante esta jurisdicción a fin de controvertir la legalidad del oficio No 2012-95421-1 de fecha 13 de abril de 2012, mediante el cual, se desconoce la existencia de una relación laboral entre el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y el actor.

Que como consecuencia de la nulidad pretendida, solicitó se declare la existencia de una relación laboral entre el accionante y el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, con el reconocimiento de todas las consecuencias jurídicas y económicas que de ello se derivan, efectuando la nivelación al código y grado que en forma equivalente existe en la planta de personal de acuerdo con la asignación básica mensual y funciones ejercidas.

Igualmente, solicitó condenar a la demandada a pagar en favor del actor la suma equivalente a los siguientes conceptos: Indemnización por retiro sin justa causa, bonificación por servicios prestados, viáticos, prima de servicio, prima de antigüedad, prima de riesgo, cesantías, intereses a las cesantías, dotación, prima especial de clima e instalación, devolución de saldos por concepto de seguridad social en salud y pensión, subsidio familiar, sanción moratoria, devolución de retenciones en la fuente y pólizas.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los supuestos fácticos que a continuación se narran

**LOS HECHOS**

El señor Oscar Fernando Ordoñez Silva, fue vinculado contractualmente para desempeñar el servicio personal de protección (escolta) al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad, en forma continua e ininterrumpida a partir del 8 de marzo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2010.

Manifiesta haber prestado sus servicios de forma personal y bajo subordinación de sus superiores al interior del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desempeñando el cargo de escolta servicio de protección a personas en la ciudad de Cali.

Señaló que el lugar donde prestó sus servicios fue determinado por parte del empleador, asignándole diferentes lugares y sedes, de acuerdo con la instrucción impartida.

Arguye que el elemento temporalidad no ha existido en este tipo de contratos, toda vez que, permaneció en la institución por más de 3 años de manera constante e ininterrumpida, constituyéndose dicho elemento en uno de los esenciales para que no se desfigurase la naturaleza del contrato de prestación de servicio, pero que para el caso quedó desvirtuada la temporalidad.

Asegura que los contratos celebrados con la demandada carecieron de la independencia y autonomía que caracteriza este tipo de contratos, como quiera que el actor estuvo vinculado a través de las órdenes, asignaciones, traslados, requerimientos que el Departamento Administrativo de Seguridad efectuó sobre sus funciones, por lo que, prestó sus servicios de acuerdo a las órdenes impartidas por sus superiores, con los instrumentos de dotación como armamento, vehículos e identificación propios de la institución.

**Normas violadas y concepto de su violación.-**

De orden Constitucional los artículos: 1, 25, 53, 55 y 83. De orden legal los artículos. 2º de la Ley 50 de 1990; artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como cargos de nulidad formuló los siguientes:

1. Violación de las normas en que debía fundarse

Señaló que el acto administrativo acusado vulnera sus derechos laborales, como quiera que ha prestado sus servicios bajo los parámetros de una relación legal y reglamentaria, sin que hasta el momento le haya sido reconocido los emolumentos salariales y prestacionales del cargo ejercido.

De igual forma, estima vulnerado su derecho a la igualdad, en la medida que desempeñó las mismas funciones y se le confió la misma responsabilidad que a los funcionarios de planta vinculados a través de relación legal y reglamentación sin que se le haya remunerado en la misma forma.

Arguye haber tenido que prestar sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, sin el reconocimiento de sus derechos mínimos, sin tener lugar a la aplicación del principio según el cual, a trabajo igual salario.

1. **OPOSICIÓN A LA DEMANDA.**

El Departamento Administrativo de Seguridad señaló que los esquemas de protección con los cuales presta apoyo el Departamento Administrativo de Seguridad, se establecieron de conformidad con el Decreto 372 de 1996[[1]](#footnote-1), por lo que, la misión de protección no correspondía exclusivamente al DAS, sino que por el contrario, es al Ministerio del Interior a quien la ley le asignó esta tarea.

Alegó que los contratos suscritos con el actor se celebraron bajo lo ceñido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 y aseveró la inexistencia del elemento subordinación toda vez que, de acuerdo a las misiones de trabajo, estás solo se refieren al desarrollo del contrato de prestación de servicios para efectos de las obligaciones contractuales que debían cumplir el contratista y no para demostrar una subordinación.

En cuanto al cumplimiento de órdenes, señaló que es uno de los deberes previstos en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, por lo que, los contratistas acataran las órdenes que durante el desarrollo del contrato se les impartían. Entonces, por el hecho de que recibiera órdenes, por sí solo, no lleva a inferir que exista una relación subordinada.

1. **SENTENCIA APELADA.**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al valorar las pruebas que reposan en el proceso consideró que se encontraba probada la prestación personal del servicio, mediante la suscripción de diferentes contratos de prestación de servicios desempeñando la labor de escolta.

Así mismo, estimó probado la subordinación, la cual, fue acreditada a través de las órdenes de trabajo expedidos por la oficina de protección seccional Valle, mediante las cuales, le asignaba misiones de protección, escritos que contienen la duración de la misma, el municipio donde debía darse la prestación del servicio, el vehículo y la persona protegida.

Por último, señaló que la remuneración se encuentra debidamente probada, como quiera que en el proceso reposan las actas por las cuales se liquidó la prestación del servicio por el tiempo laborado.

En consecuencia, condenó al Departamento Administrativo de Seguridad a reconocer y pagar al demandante las prestaciones sociales con base en el salario que devengaba otro funcionario en el mismo cargo en la planta de personal de la entidad, así como también, al reembolso de los aportes a seguridad social que demostrara el actor que haya sufragado.

1. **DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN.**

**4.1 De la parte demandante.**

Alega la parte actora que, en la sentencia recurrida, al pronunciarse sobre el fondo del asunto, señala como base para liquidar las prestaciones sociales, lo que devengaba otro funcionario en el mismo cargo en la planta de personal de la entidad, decisión que no tiene en cuenta lo que el demandante realmente devengó, pues a ello debe sumarse los viáticos por concepto de alimentación y alojamiento, los cuales, constan en los contratos de prestación de servicios que se aportaron con la demanda.

De igual manera, el fallo solo ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, sin que se disponga la devolución de los valores por concepto de seguridad social en salud y pensión cancelados por el actor, así como la devolución de las retenciones en la fuente, pólizas y publicaciones efectuadas por el demandante.

**4.2. De la parte demandada.**

El Departamento Administrativo de Seguridad, alega que las actividades desempeñadas por el demandante no correspondían exclusivamente al DAS, sino también cobijaba al Ministerio del Interior a quien la ley le asignó dicha tarea, para que en coordinación con la entidad se ejecutaran las mismas.

Arguye que la sentencia solo se funda en los contratos de prestación de servicios que se arrimaron al proceso, sin que se tuviera en cuenta las demás pruebas en su conjunto, tales como las órdenes de trabajo en las que se dan instrucciones particulares que debían cumplirse por parte del actor y en las que se plasmó que el contratista tendría plena autonomía para el desarrollo de las actividades protectivas.

Aduce que los contratos de prestación de servicios, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se celebran por la especialidad de la materia dado que la labor de protección no hace parte de la función pública encomendada a la entidad demandada.

De otra parte, adujo que el DAS acordó una obligación contractual con el contratista accionante, en razón de la experiencia y formación del citado en los temas de protección, por lo que, se pactaron obligaciones contractuales de tipo técnico, estipulándose siempre una duración específica en atención al cumplimiento del objeto contractual y el pago de unos honorarios, siendo ello características propias de los contratos de prestación de servicios.

Sobre el elemento de la temporalidad, sostuvo que la permanencia en la institución implica la existencia de una relación laboral temporal y que esta no es *per se* un elemento configurativo de la relación laboral.

Aduce que las pruebas que sustenta la declaratoria de existencia del elemento subordinación, deben apreciarse en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, para lo cual, debieron consultar los documentos oficiales como las misiones, órdenes de trabajo y las minutas de novedad en el servicio. Agregó que en este caso no se verificaron los documentos públicos que acreditan las órdenes impartidas por los directivos del DAS a sus agentes.

1. **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público no hizo uso de esta oportunidad procesal.

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por la accionada y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:

1. **Problema Jurídico.**

Corresponde a la Sala determinar si el demandante demostró haber prestado el servicio de escolta bajo la subordinación del Departamento Administrativo de Seguridad DAS o si en su defecto, solo fue acreditado el cumplimiento de unas obligaciones contractuales pactadas entre actor y el ente contratante mediante contratos de prestación de servicios.

En segundo lugar, deberá establecer la Sala si con ocasión del reconocimiento de la existencia de la relación laboral con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior, las prestaciones sociales a ser reconocidas deben liquidarse con base en el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad contratante o si por el contrario, para tal efecto, debe tenerse en cuenta lo que devengaba un empleado de planta de la entidad que desempeñase similares funciones al ejecutado por el contratista.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala en primer lugar, abordará el estudio del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, los elementos de la relación laboral y el contrato de prestación de servicio. En segundo orden, analizará el parámetro para el cálculo del reconocimiento indemnizatorio cuando se demuestra la primacía de la realidad sobre las formas. Finalmente, se resolverá el caso en concreto.

1. **El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, los elementos de la relación laboral y el contrato de prestación de servicio.**

La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53[[2]](#footnote-2) de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: No importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.

Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad a aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

Lo anterior, atendiendo que el contrato de prestación de servicios[[3]](#footnote-3) lo celebran las entidades del Estado con personas naturales o jurídicas con el objeto de desarrollar actividades que tienen que ver con su funcionamiento, en aquellos casos en que éstas no se pueden llevar a cabo con el personal perteneciente a ella. Empero, la norma legal[[4]](#footnote-4) establece que dicho contrato en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebra por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

Es por ello que, para efectos de demostrar la relación laboral derivada de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales[[5]](#footnote-5) de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

En este orden de ideas, se tiene que una vez que se han reunido los tres elementos que consagra el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación introducida por la Ley 50 de 1990, se puede hablar de la existencia de un contrato de trabajo, sin que tenga importancia o relevancia jurídica la denominación o el nombre que se le dé ni otras condiciones o modalidades que se adicionen.

Es así como la Sala[[6]](#footnote-6) ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

1. **Parámetro para liquidar la indemnización cuando se reconoce la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad.**

El reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado la Sección, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

*“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”.[[7]](#footnote-7)*

No obstante ello, destaca la Sala que al tenerse elementos de juicio para que se declare una relación laboral, entre quien prestó el servicio y la entidad en que se ejecutó el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional.

Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

"El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas…

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia[[8]](#footnote-8)".

Como se observa, esta Corporación de vieja data ha considerado que el contratista que demuestra bajo el principio constitucional de la primacía de la realidad la verdadera existencia de una relación laboral que subyace de una relación contractual estatal bajo la modalidad de contrato de prestación de servicio, no lo convierte automáticamente en un empleado público,pero si le otorga la posibilidad de acceder a la reparación del daño, lo que implica que podrá hacerse acreedor de las prestaciones sociales que en su calidad de contratista no le fueron reconocidas.

El componente de restablecimiento del derecho para los casos en que se demostrase la existencia del contrato realidad, se limita al pago de las prestaciones sociales ordinarias comunes[[9]](#footnote-9) y especiales[[10]](#footnote-10) que devenga un empleado público en similar situación, liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

**Del asunto en concreto.**

El Departamento Administrativo de Seguridad DAS, cuestionó la sentencia al señalar que el a-quo no apreció las pruebas en su conjunto pues, con el propósito de determinar la realidad sustancial que orientó la relación jurídica contractual, debió consultar los documentos públicos señalados como misiones y órdenes de trabajo, en las que se dan instrucciones particulares que debían cumplirse por parte del actor y en las que se plasmó que el contratista tendría plena autonomía para el desarrollo de las actividades protectivas.

Al valorar la Sala el acervo probatorio obrante en el proceso, se evidencia a folio 53 al 86 del cuaderno de pruebas, copias de las órdenes de trabajo emitidas por el Departamento Administrativo de Seguridad y dirigidas al actor, a través de las cuales, se dispuso la prestación del servicio de seguridad y protección al señor Martin Gerardo Tobar Vidal, a la señora Rosalba Castillo Viveros como miembro del colectivo Asolibertad y al señor Jorge Iván Vélez en su condición de directivo de SINTRAEMCALI, todos ellos dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos, quedando demostrado que el actor prestó sus servicios como escolta contratista del Departamento Administrativo de Seguridad durante el período comprendido entre el 8 de marzo de 2007 y el 31 de diciembre de 2010, desvirtuándose de esa manera, el carácter temporal o excepcional del servicio contratado por el aludido organismo de seguridad.

Ahora bien, en cuanto al elemento subordinación y dependencia, observa la Sala que en las instrucciones impartidas por el Departamento Administrativo de Seguridad a través de las órdenes de trabajo se plasmó lo siguiente:

« Los contratistas para la presente labor se transportarán en el vehículo de placas (OBF692) en desarrollo del objeto del contrato, tendrán plena autonomía para cumplir las actividades protectivas, por lo tanto, velaran por la seguridad del protegido, salvaguardando su vida e integridad física, utilizando los medios de defensa sin llegar a infringir injustificadamente las disposiciones legales o normas de conducta vigentes, portaran armamento de dotación y elementos asignados para el servicios, cualquier novedad será comunicada oportunamente al supervisor del contrato avantel 1858 o inspector diario de turno celular 312-2876959. Tramitaran los respectivos certificados de permanencia, se les recuerda mantener excelentes relaciones de cordialidad con las demás organismos de seguridad del Estado. Deberán permitir la requisa por parte de las autoridades competentes»

Si bien en la instrucción trascrita se plasmó que el actor tendría plena autonomía para el desarrollo de las actividades protectivas, ello quedó en una mera expresión retórica[[11]](#footnote-11), toda vez que, se probó en el expediente que las aludidas órdenes operativas o misiones de trabajo[[12]](#footnote-12) que le eran encomendadas al actor, en las cuales se especifica la persona a quien le prestaría el servicio de seguridad, el término asignado en dicho esquema de protección como quiera que no siempre permanecía prestando su servicio al mismo sujeto, el vehículo que utilizaría para los desplazamiento, el armamento de dotación oficial con que llevaría a cabo la labor de protección, de tal suerte que, no quedaba aspecto sobre la prestación del servicio que previamente no estuviera determinada por la entidad contratante, desvirtuando de esa manera la presunta autonomía con que el demandante ejecutaría el objeto contractual.

Es claro para la Sala que en dichas órdenes o misiones de trabajo se impartían instrucciones al demandante en el sentido que, el contratista debía hacer contacto con la persona protegida, en el lugar habitual y establecido por la contratante o el sujeto beneficiario del esquema de protección, extremando al máximo todas las medidas de seguridad, tendientes a proteger la vida e integridad física del personaje, portando para tal fin, armamento de dotación oficial y chaleco antibalas asignado por el Departamento Administrativo de Seguridad.

Como se observa, la función de protección que desarrolló el actor no es distinta de la consagrada en el parágrafo del artículo 2º del Decreto 643 de 2004[[13]](#footnote-13), como quiera que una de las funciones generales del DAS también era prestar seguridad a personas y dignatarios, distintas de las dispuestas en el numeral 14 del mismo artículo, como fue la protección de sindicalistas y activistas de derechos humanos, con lo que queda probado que se trató de una función permanente y del componente misional de la entidad desarrollada por el actor en su condición de contratista.

En este orden, se encuentra demostrado que el accionante ejerció funciones que son inherentes y que hacían parte del rol misional de la entidad, al llevar a cabo la prestación del servicio de protección y seguridad a las distintas personas que fueron beneficiarias del programa de protección y a quien el actor le prestó los servicios de escolta, funciones que forman parte del giro ordinario del componente misional del Departamento Administrativo de Seguridad, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento de funciones propias de la entidad que implican subordinación, las que no podían ser contratadas mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios conforme a las normas vigentes.

La situación objeto de análisis, se encuadra dentro de los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009[[14]](#footnote-14), que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios.

En el caso concreto, se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse 1) El criterio funcional, porque la función contratada -de escolta- está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) No hay temporalidad y excepcionalidad de la labor desarrollada por el actor, porque se trató de una vinculación que sin solución de continuidad se extendió por un poco más de 4 años con la misma persona y con el mismo objeto. 3) El criterio de la continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, de carácter permanente.

Así las cosas, una vez desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral en el sub examine, esto es, la prestación personal del servicio de manera permanente, la contraprestación y la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, concluye la Sala que la administración utilizó erróneamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto el demandante desarrolló la función de protección en el DAS, de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.

De otra parte, en lo referente al problema jurídico asociado, alega la parte actora que para la liquidación de las prestaciones sociales se debe tomar los viáticos que percibió el demandante como quiera que los mismos hacen parte de todo lo devengado de manera permanente.

Reitera la Sala la posición inveterada[[15]](#footnote-15) que existe sobre el componente indemnizatoria derivado de la probanza o demostración del denominado contrato realidad, en el sentido que, el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre las formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocerle y pagarle salarios y, además, que los mismos se tengan en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales que deberá reconocer y pagar la entidad accionada, sino que, como consecuencia de haber demostrado bajo el principio de primacía de la realidad sobre las formas un contrato realidad, la liquidación de las prestaciones sociales a que tiene derecho se hará con base en los honorarios pactados en cada contrato, como quiera que el valor o monto del contrato es el verdadero parámetro objetivo para tal propósito.

En efecto, los viáticos son sumas de dinero que el empleador reconoce a sus trabajadores para que cumplan sus funciones fuera de la sede habitual de trabajo, de modo que puedan sufragar gastos como transporte, manutención y alojamiento de este. De conformidad con lo previsto en el artículo 61 del Decreto 1042 de 1978[[16]](#footnote-16), el reconocimiento de los viáticos se confiere a los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios.

De acuerdo a la normativa anterior, es claro que el concepto de viáticos se predica del empleado público en comisión de servicio, condición que no es precisamente la que ostentó el actor.

Sin embargo, se observa que en las actas de liquidación de los contratos de prestación de servicios No 070, suscrito en fecha 25 de septiembre de 2009 con fecha de terminación 17 de diciembre de esa misma anualidad, al demandante le fue reconocido y pagado por concepto de viáticos la suma de dos millones quinientos veintiocho mil ciento treinta pesos ($2.528.130.). Idéntica situación se presentó en el acto de liquidación del contrato de prestación de servicios No 222 del 17 de diciembre de 2009 y terminado en fecha 31 de marzo de 2010, en el cual, le fue reconocido y pagado al actor la suma de un millón doscientos setenta mil ochocientos seis pesos ($1.270.806,10) por concepto de viáticos.

De acuerdo a la realidad probatoria respecto al reconocimiento y pago de viáticos que el Departamento Administrativo de Seguridad le efectuó al actor, debe precisar la Sala que los mismos no cumplen con el criterio de habitualidad o permanencia teniendo en cuenta los lapsos en que fue percibido por el señor Oscar Ordoñez Silva, y en consecuencia, no es posible incluirlos como factores de liquidación de las prestaciones a que tiene derecho el accionante, comoquiera que los mismos no adquieren el carácter remunerativo de la labor prestada[[17]](#footnote-17).

Por último, en lo referente a la pretensión de devolución de los valores por concepto de seguridad social en salud y pensión canceladas por el actor, así como de las retenciones en la fuente, pólizas y publicaciones efectuadas por el demandante, debe precisarse que en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución de las órdenes de servicio del actor, se destinaba el equivalente al 13.5% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25%[[18]](#footnote-18), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204)[[19]](#footnote-19).

En ese orden, para que proceda la devolución de los valores cancelados por tales conceptos, debe acreditarse en el proceso que la parte actora sufragó los mismos y en proporciones superiores a las que por mandato legal le correspondía asumir, de tal suerte que, al carecer el proceso de pruebas que acrediten dicho supuesto, la pretensión de devolución sobre dichos conceptos es improcedente.

Así mismo, no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados al actor por concepto de retención en la fuente, pólizas y publicaciones, pues si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica *per se* la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato.[[20]](#footnote-20)

Visto todo lo anterior, se confirmará parcialmente la sentencia recurrida, como quiera que los servicios que el señor Oscar Fernando Ordoñez Silva prestó al Departamento Administrativo de Seguridad fueron personales, dependientes y subordinados, conllevando ello a que se desvirtúe la existencia del contrato de prestación de servicios, de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral, procede el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ordinarias o comunes, liquidadas con base en los honorarios pactados en cada uno de los contratos suscritos con la entidad accionada.

Así mismo, se modificará el numeral 3 de la parte resolutiva del proveído apelado, en el sentido que se negará la pretensión de devolución o reembolso de los aportes a seguridad social en salud y pensión, en la medida que no se acreditó en el proceso que los mismos hayan sido sufragados por el demandante y en proporción superior a la establecida en el ordenamiento legal.

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

**FALLA**

**PRIMERO.- CONFIRMASE parcialmente** lasentencia de fecha 28 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio del cual, accedió a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del acto acusado y como consecuencia de ello, condenó al Departamento Administrativo de Seguridad a pagar al actor las prestaciones sociales comunes u ordinarias.

**SEGUNDO.- MODIFICAR** el fallo impugnado en lo que tiene que ver con el restablecimiento del derecho, en el siguiente sentido:

1. Las prestaciones sociales a que tiene derecho el actor a título de indemnización, se liquidarán con base en los honorarios pactados en cada uno de los contratos suscritos entre el 8 de marzo de 2007 y el 31 de diciembre de 2010.
2. Se niega la pretensión de devolución o reembolso de los aportes a seguridad social en salud y pensión solicitados, en la medida que no se acreditó en el proceso que los mismos hayan sido sufragados por el demandante y en proporción superior a la establecida en el ordenamiento legal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Los Consejeros,

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**Relatoría:** JORM/Lmr.

1. por el cual se establece la estructura interna del Ministerio del Interior, se determinan sus funciones y se dictan disposiciones complementarias. [↑](#footnote-ref-1)
2. **ARTICULO****53.**El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Inciso tercero.

“(…)

**3o.****Contrato de prestación de servicios**

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, así:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015, radicado No 05001-23-31-000-2011-01694-01(2592-14), Actor: Rodrigo de Jesús Fernández Ortiz. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente No. 3074-2005, Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, que unificó la no aplicación de la prescripción extintiva en asuntos donde se debate la primacía de la realidad sobre las formas – contrato realidad. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia C- 823 de 2006 señaló que «La ley laboral clasifica las prestaciones sociales a cargo del empleador en dos grandes grupos: (i) Las prestaciones comunes, que son aquellas que corren a cargo de todo empleador independientemente de su capital; pertenecen a esta especie las prestaciones por accidente y enfermedad profesional, el auxilio monetario por enfermedad no profesional, calzado, overoles, protección a la maternidad, auxilio funerario, auxilio de cesantía» [↑](#footnote-ref-9)
10. La sentencia antes citada, igualmente indicó que:« (ii) las prestaciones especiales, que por el impacto económico que conllevan, están a cargo de ciertas empresas  atendiendo a su capital, como son la pensión de jubilación, el auxilio y las pensiones de invalidez, escuelas, especialización, primas, servicios y seguro de vida colectivo…» [↑](#footnote-ref-10)
11. Conjunto de reglas o principios que se refieren al arte de hablar o escribir de forma elegante y con corrección con el fin de deleitar, conmover o persuadir. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver Misiones obrantes a folios 53 al 106 del cuaderno de pruebas. [↑](#footnote-ref-12)
13. ARTÍCULO 2o. FUNCIONES GENERALES: El Departamento Administrativo de Seguridad tendrá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

(…)

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-13)
14. Sentencia C614 del 2 de septiembre de 2009. En ella la Corte Constitucional sostuvo que: “(…) En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, Expediente 2324-00, Actora: María Bertha Díaz Correa. [↑](#footnote-ref-15)
16. **Artículo 61º.-**De los viáticos. Los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos [↑](#footnote-ref-16)
17. En cuanto a los viáticos, esta Corporación en sentencia del 25 de septiembre de 2008. Expediente 2573-07, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve señaló lo siguiente: «en efecto, se ha considerado a los viáticos como aquella asignación que es capaz de retribuir y, por ende, remunerar la labor prestada, cuando sufragan la manutención y el alojamiento del servidor en el lugar donde tenga que cumplir la comisión de servicios, pero siempre que cumplan con la condición de habitualidad y permanencia en su ingreso. Lo anterior significa que si se perciben ocasionalmente por el empleado no adquieren el carácter remunerativo de la labor prestada.» [↑](#footnote-ref-17)
18. Artículo 20 de Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 13 de mayo de 2015, proferida dentro del proceso 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), M.P. Sandra Lisett Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ver Sentencia de 17 de noviembre de 2011 proferida por esta Subsección, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente N. 250002325000200800655 01 (1422-2011). [↑](#footnote-ref-20)