Función Pública

Sentencia 2013-00179 de 2020 Consejo de Estado

CONTRATO REALIDAD - Contrato de prestación de servicios / CONTRATO REALIDAD - Marco normativo / RELACIÓN LABORAL - Elementos / ESCOLTA DEL DAS - El desempeño de las funciones por parte del actor estaba sujeto a la imposición de instrucciones del demandado / SUBORDINACIÓN - Demostrada / PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES - El demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados de la planta de personal / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Desvirtuado

El ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal. Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, 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. Al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional. 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 entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor. Para la Sala está comprobado que el desarrollo del contrato implicaba una relación que iba mucho más allá de la coordinación, ya que el escolta contratista no podía adelantar su labor en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que considerara adecuadas, siempre que cumpliera con los resultados, sino que desarrollaba una actividad minuciosamente estructurada y vigilada, para evitar riesgos de seguridad sobre los protegidos. La Sala concluye que el actor, como escolta, cumplía las mismas funciones esenciales que aquellos que estaban vinculados en planta, bajo un marco de subordinación específico y con una retribución mensual por su labor, de manera que la vinculación por contrato de prestación de servicios era una simple ficción, que encubría una verdadera relación laboral con la entidad.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 790 DE 2002

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 52001-23-33-000-2013-00179-01(4418-14)

Actor: JAIME HERNÁN MORENO JARAMILLO

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS EN SUPRESIÓN

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LEY 1437 DE 2011. TEMA: CONTRATO REALIDAD.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 20 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

El señor Jaime Hernán Moreno Jaramillo por conducto de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, demandó al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, con el fin de obtener las declaraciones y condenas, que en síntesis son las siguientes:

1. Solicita que se declare la nulidad del Oficio sin número de fecha 26 de noviembre de 2012, por medio del que la entidad niega el reconocimiento de una relación laboral entre las partes y el consecuente pago de las prestaciones sociales que nacen a raíz de dicho reconocimiento, así como la devolución del pago de las cotizaciones en salud y pensión desde el 11 de julio de 2006 hasta el 15 de julio de 2011.

2. Como restablecimiento del derecho solicita que se declare la existencia de la relación laboral entre las partes sin solución de continuidad, en el periodo comprendido entre el 11 de julio de 2006 y el 15 de julio de 2011, así como el pago de las prestaciones que enumera, a título de lucro cesante, así: Bonificación por servicios prestados, viáticos, prima de servicios, prima de riesgo, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, vestuario, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a seguridad social en salud y pensión y retenciones en la fuente. Adicionalmente, solicita el pago por daño moral por valor de 100 S.M.L.M.V.

1.1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda se resumen así:

El demandante desempeñó la labor de servicios personales de seguridad en el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, a partir del 11 de julio de 2006, por medio de contratos de prestación de servicios inicialmente por valor de $1.458.110 mensuales y finalizando en el año 2011 por valor de $1.680.000 mensuales.

Narra, que todos los contratos los ejecutó sin solución de continuidad entre el 11 de julio de 2006 y el 15 de julio de 2011, desarrollando idénticas funciones en cada uno de ellos, y bajo las mismas condiciones que los escoltas de carrera del DAS, pero con inferior salario y prestaciones sociales.

Indica, que siempre actúo bajo la subordinación de sus jefes directos que pertenecían a la entidad, de quienes permanentemente recibía órdenes orientadas a donde debía desarrollar su labor, le suministraban los implementos de trabajo (armas y vehículos oficiales) y le imponían un horario para prestar el servicio.

1.1.2. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas violadas los Artículos 1, 2, 12, 25, 29, 53 y 83 de la Constitución Política; 138, 162, 163, 164, 166, 171, 179 y ss. del C.P.C.A.; Decretos 1042 y 1045 de 1978; Decretos 1932 y 1933 de 1989; Decreto 2759 de 2000 y Decreto 377 de 2006.

El apoderado judicial actor, manifiesta en el concepto de violación que tanto el precedente de la Corte Constitucional como el del Consejo de Estado han mantenido uniforme las condiciones que se deben dar para que sea reconocido el principio de la realidad sobre las formas en una relación laboral, de tal manera que las entidades no pueden escudarse en contratos de prestación de servicios para ocultar relaciones en donde se aprecia la subordinación como un elemento constante, entre el DAS como empleador y el poderdante.

Alega, que una de las funciones del DAS es brindar protección al personal al que se le haya asignado, situación que permite demostrar que el demandante realizaba funciones asignadas a esta entidad según lo dispone el Art. 2º del Decreto 643 de 2004, por lo tanto afirma que las funciones asignadas no son de carácter temporal, pues los sucesivos contratos perduraron durante 5 años continuos.

Señala, que las pruebas aportadas al proceso demuestran que la relación que se mantuvo entre las partes se constituyeron los tres elementos que conforman un contrato de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la retribución económica como contraprestación y la subordinación, por tales razones se deben liquidar todas las prestaciones a que tiene derecho el demandante por haber prestados sus servicios en las mismas condiciones que los empleados que pertenecen a carrera administrativa, teniendo como base la contraprestación recibida como honorarios mensuales en los contratos de prestación de servicios.

1.2. Contestación de la demanda

La accionada se opuso expresamente a que se hagan las declaraciones y condenas deprecadas por su contraparte formulando las excepciones de mérito denominadas: *?1. CADICIDAD DE LA ACCIÓN?, ?2. BUENA FE?, ?3. INEXSITENCIA DE LA OBLIGACIÓN?, ?4. PAGO? Y ?5. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA?*[1].

Adujo, que los contratos de prestación de servicios celebrados están regidos según lo estima el Art. 32 de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, con el único objeto de prestar un esquema de seguridad a las personas que el Ministerio del Interior y de Justicia lo considere pertinente en el lugar de residencia de cada persona.

Arguye, que dentro de los objetivos misionales del DAS en supresión no se encuentra la brindar esquema de seguridad a población vulnerable como a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos, obligaciones que fueron impuestas a la entidad por medio de los Decretos 1836 de 2002, 2816 de 2006, 4785 de 2008, 4864 de 2009, 1740 de 2010, 1030 y su modificación 955 de 2011.

Adiciona, que la relación contractual con el señor Moreno Trujillo nace a partir de las recomendaciones de protección que el CREER implementó gradualmente a través de la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior, del que no sólo hacia parte el DAS, sino también, el Director del Programa Presidencial para los Derechos Humanos y el DIH, el Director General de la Policía Nacional y el Director General para los Derechos Humanos del Min Interior, de tal forma de dicha entidad se impartían las órdenes de esquemas de seguridad al personal protegido, del mismo modo que cuando requerían medidas de urgencia, y era el mismo CREER quien suministraba los equipos de comunicación, chalecos antibalas y otros insumos para ejecutar las labores de protección.

Además, explica que los recurso con los que se realizaron los contratos no eran propios del DAS, sino que eran transferidos del Programa de Prevención y Protección de los Derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de personas por medio del Ministerio de Hacienda; indica que la modalidad de contratación nunca generó un vínculo diferente al de contratistas por prestación de servicios y no involucró subordinación entre las partes, simplemente hubo coordinación que legalmente tenía la obligación de ejercer por haber realizado la contratación.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Nariño mediante sentencia del 20 de junio 2014, negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Consideró que del hecho de la contratación se puede concluir que hubo una prestación personal del servicio y un pago por concepto de honorarios, producto de la prestación personal del servicio, no obstante en lo que hace referencia a la subordinación el Tribunal no lo encuentra claro, pues, por una parte aunque los testimonios coinciden en afirmar en que había la obligación del cumplimiento de un horario impuesto por la regional y que algunos de los contratistas eran utilizados para ejecutar actividades diarias como guardias, investigadores o detectives, sin embargo no fueron certeros al responder respecto a quien daba las órdenes o quien suministraba los elementos y medios para ejecutar las funciones contratadas.

Expresó, que el documento que obra a folio 575 y reverso del expediente, suscrito por el Director General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda en donde informa sobre los presupuestos asignados al ?Programa de protección a personas que se encuentran en situación de riesgo contra su vida, integridad seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia en Colombia?, lo que indica que el DAS en supresión era la entidad encargada de coordinar las contrataciones relacionadas con la protección a estas personas en riesgo, pero se tenía que hacer por el medio ya descrito, pues no era una actividad permanente.

Concluye, que en suma no encuentra suficiente elementos probatorios testimoniales o documentales, que permitan concretar la existencia de la subordinación continua entre las partes, toda vez que no puede ser un esporádico cumplimiento de algunas órdenes, por tal razón considera que no se logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

1.4. Argumentos de la apelación

El demandante por conducto de apoderado refuta que contrario a lo expuesto en la sentencia el material si permite concluir que en el presente caso estuvo presente el elemento de la subordinación, por tal razón la decisión de primera instancia va en contra del precedente sentando por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional.

Reitera, que de acuerdo con lo estimado en el Art 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios son por un tiempo limitado, sin embargo en este caso los contratos fueron sucesivos y sin solución de continuidad por el lapso de 5 años, lo que va en contra de lo dispuesto en la norma en cita, de igual forma que lo expresado en el Decreto 2400 de 1968 y en el Decreto 3074 de 1968, donde señalan que en aquellos eventos en los que se requieran ejecutar actividades de la órbita del objeto principal de la entidad, se tendrán que crear nuevos cargos para suplir estas necesidades.

Indica, que esto va acorde con el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, donde se han determinado varios criterios jurisprudenciales para definir la temporalidad de la relación aunada a los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, necesarios para que pueda declarar el contrato realidad como son: *i) el criterio funcional; ii) el criterio de igualdad; iii) el criterio temporal; iv) el criterio de la excepcionalidad; y v) el criterio de la continuidad,* los cuales en el caso objeto de estudio son palpables y deducibles de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas en el proceso.

Por lo expuesto, considera que la sentencia de primera instancia debe revocarse y en su lugar acceder a todas las pretensiones de la demanda.

1.5. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 27 de agosto de 2015, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público

para que rindiera concepto de fondo[2].

Sin embargo, las partes y el Ministerio Público se abstuvieron de presentar memorial descorriendo el traslado para alegar.

II. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

2.1. Competencia

La Sala, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, es competente para conocer la apelación interpuesta contra la sentencia del 20 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

2.2. Problema jurídico

El problema jurídico se contrae en determinar si en el presente asunto se encuentran demostrados los elementos que la ley y la jurisprudencia exigen para que se declare la existencia de un contrato realidad entre las partes en conflicto y de ser así, si habría lugar al consecuente reconocimiento de las prestaciones a que considera tiene derecho el demandante.

2.3. Marco legal y jurisprudencial en materia de contrato realidad

Esta Subsección ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del Artículo 53 de la Constitución Política que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos instituidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Así las cosas, en el presente caso, la Sala reitera lo expuesto en la sentencia del 16 de julio de 2009, radicación 85001-23-31-000-2003-00478-01 (1258-07), en relación con los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral:

.- El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral.

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

?Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ?

?Art. 125.-Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley?.

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Respecto a la carga probatoria que tiene quien pretenda obtener a su favor los beneficios del contrato de trabajo, vale la pena destacar las orientaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554:

?*Es verdad que el Artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación*? (Subrayas de la Sala).

.- Del contrato de prestación de servicios con entidades públicas

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y más recientemente por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su Artículo 32, dispone:

?*3. 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 conocimientos especializados.*

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable?.

En sentencia C-154-97[3] la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

?*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*? (El resaltado es de la Sala).

Adicionalmente, el Artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

?*Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones?.

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional, que en sentencia C-614 de 2009 señaló entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral.

.-Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios.

Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir al contrato de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en el Artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

El Artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que *?en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto (?) la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad?* (Resaltado fuera de texto).

En este sentido, el Decreto 2503 de 1998[4] define el empleo de la siguiente manera:

?ARTICULO 2º. DE LA NOCIÓN DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las respectivas entidades, con sujeción a los generales que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el Artículo 5º de este decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales?.

Así mismo, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, dispuso en materia de empleo público:

?Art. 19 El Empleo Público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales?.

Además, para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Otra limitación fijada en la ley para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios se encuentra prevista en la Ley 790 de 2002, por medio de 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, la cual consagra en su capítulo de disposiciones finales lo siguiente:

?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? (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el Artículo 48 como falta gravísima:

?29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales?.

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

.- Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación, ha acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión "*en ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales*" no consagró una presunción de derecho que no admita prueba en contrario, puesto que el afectado podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

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 el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado[5].

Adicionalmente, el Artículo 25 constitucional establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "*...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado*". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003[6], la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento ?*coordinación?*. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento ?*subordinación*?, aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido *personal* y que por dicha labor haya recibido una *remuneración* o pago y, 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.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la *permanencia*, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y *la equidad o similitud*, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia[7] para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios, una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

?(?) para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA) que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente?.

Así es dable concluir que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dadas las condiciones especiales que se predican de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

De otra parte, al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional[8].

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?[9].

Sin embargo, advierte la Sala que en sentencia de 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda de esta Corporación unificó el criterio de interpretación sobre el título en virtud del cual se reconocen las prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad, en los siguientes términos:

?Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial (?)

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo?[10] (Subraya la Sala).

Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer 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 que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas y las cesantías; por otra parte, 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. 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 es viable 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:

?*En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización*?[11].

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 entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor.

2.4. Los hechos probados

El señor Jaime Hernán Moreno Jaramillo celebró los siguientes contratos de prestación de servicios de escolta con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS:

Número	Vigencia	Plazo	Forma de pago	Folios
018 de 2006	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	4 meses y 19 días (14 de julio hasta 30 de noviembre de 2006	Mensual	26 a 45
034 de 2006	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	7 meses (1 de diciembre de 2006 hasta el 30 de junio de 2007	Mensual	36 a 40
015 de 2007	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	6 meses (1 de julio hasta 31 de diciembre de 2007	Mensual	41 a 47
34 de 2007	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	1 año (1º de enero hasta 31 de diciembre de 2008)	Mensual	49 a 56
20 de 2008	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	6 meses (1º de enero hasta 30 de junio de 2009)	Mensual	58 a 62
Adición 1º del contrato 20 de 2008		60 días (1º de julio hasta el 29 de agosto de 2009)	Mensual	63 a 64
Adición 2ª del contrato 20 de 2008		30 días (30 de agosto hasta el 28 de septiembre de 2009)	Mensual	65 a 66
11 de 2009	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	2 meses (1º de octubre hasta 27 de noviembre de 2009)	Mensual	86 a 89
Prórroga No. 1º contrato 11 de 2009		Desde el 28 de noviembre hasta el 17 de diciembre de 2009	Mensual	74
21 de 2009	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	Desde el 18 de diciembre de 2009 hasta el 31 de marzo de 2010	Mensual	75 a 81
08 de 2010	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	Desde el 1º de abril hasta el 30 de junio de 2010	Mensual	110 a 116
Prórroga No. 1º contrato 08 de 2009		Desde el 1º de julio hasta el 31 de julio de 2010	Manual	290 a 291
23 de 2010	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	Desde el 1º de agosto hasta el 27 de diciembre de 2010	Mensual	93 a 99
34 de 2010	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	Desde el 28 de diciembre de 2010 hasta el 31 de marzo de 2011	Mensual	100 a 106

Adición 1º del contrato 34 de 2008		Del 1º al 30 de abril de 2011	Mensual	108 a 109
12 de 2011	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	Desde el 1º de mayo hasta el 31 de mayo de 2011	Mensual	117 a 123
23 de 2011	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	Desde el 1º de junio hasta el 30 de junio de 2011	Mensual	124 a 130
31 de 2011	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	Desde el 1º de julio hasta el 31 de agosto de 2011	Mensual	333 a 339

A folio 131 se observa Orden de Trabajo No. 034 del 07 de marzo de 2008, en donde se le ordena al demandante prestar protección al señor Aulo Erazo Ceballos, para cumplir con su misión la entidad le suministra armamento de dotación y comunicación, así como un vehículo para movilizarse.

De acuerdo con el certificado suscrito por Subdirector Seccional DAS Nariño Putumayo[12], el actor efectivamente prestó sus servicios a la entidad demandada mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios como escolta contratista.

El demandante radicó petición ante el DAS con el fin de solicitar el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de todas las prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social integral, entre otros, el día 13 de noviembre de 2012[13].

2.5. Acto administrativo demandado

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DAS en supresión, mediante Oficio OJUR del 26 de noviembre de 2012, No. 2012 133602 2 negó la solicitud del señor Jorge Hernán Moreno Jaramillo[14].

En síntesis, respondió que los contratos de prestación suscritos son estatales y por ello no se consideran contratos de trabajo, por lo tanto no generan ningún tipo de relación laboral ni el derecho al pago de las prestaciones sociales.

2.6. Caso concreto

Observa la Sala que el señor Jorge Hernán Moreno Jaramillo prestó sus servicios de escolta para el Departamento Administrativo de Seguridad ?DAS, mediante contratos de prestación de servicios, desde el 14 de julio de 2006 hasta el 31 de agosto de 2011, de forma continua e ininterrumpida, según se puede verificar en los contratos de prestación de servicios relacionados en los hechos probados.

Adicionalmente, es evidente que el objeto común de los contratos era el siguiente: ?*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 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*?.

Advierte la Sala que, en desarrollo del objeto contractual, el actor debía prestar servicios de seguridad a determinadas personas, utilizando los medios de defensa, transporte y comunicación suministrados por la entidad; también debía comunicar permanentemente al supervisor del contrato o al inspector de turno, cualquier novedad en el desarrollo de sus actividades. También debía certificar su permanencia en el territorio de los distintos municipios donde prestaba sus servicios, precisando las horas de entrada y salida de cada uno, según se puede leer en las obligaciones de los contratos de prestación de servicios[15].

Lo anterior evidencia que por la naturaleza de la función, el actor prestaba sus servicios dentro de un estricto marco temporal y espacial, sujeto a las precisas instrucciones dictadas por la entidad; en este caso, el atento y constante seguimiento a las directrices de la entidad tenía vital importancia, por tratarse del cuidado de una persona en especial situación de riesgo.

Por ello, para la Sala está comprobado que el desarrollo del contrato implicaba una relación que iba mucho más allá de la coordinación, ya que el escolta contratista no podía adelantar su labor en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que considerara adecuadas, siempre que cumpliera con los resultados, sino que desarrollaba una actividad minuciosamente estructurada y vigilada, para evitar riesgos de seguridad sobre los protegidos.

Así mismo, se resalta que el Decreto 1951 de 4 de septiembre de 1993[16], adicionó a la nomenclatura y codificación de empleos del DAS el cargo de agente escolta, código 205, grado de remuneración 5, perteneciente al área operativa, cuya función general era ?*prestar los servicios de protección a personas, contra riesgos, peligros o amenazas que puedan generar perturbaciones de orden público*?.

A su vez, la Resolución 01759 del 17 de agosto de 2004, manual específico de funciones y requisitos a nivel grado del DAS, señaló como funciones del cargo descrito, las siguientes:

?1. Realizar las actividades tendientes a lograr la protección de las personas a las cuales el DAS les presta servicio de seguridad, según el programa para el cual fue nombrado, utilizando los medios logísticos adecuados dentro del marco jurídico que señala la ley y los reglamentos;

2. Conducir los vehículos de la Institución cuando las necesidades del servicio lo requieran previo cumplimiento de los requisitos legales;

3. Reportar oportunamente al superior sobre los desplazamientos que realice el protegido dentro y fuera de la ciudad;

4. Mantener en buen estado el vehículo, equipo, armas y demás elementos de dotación;

5. Contribuir con sugerencias, iniciativas y propuestas que propicien un eficiente servicio de seguridad;

6. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo?.

De la comparación entre dichas funciones y el objeto de los contratos, la Sala concluye que el actor, como escolta, cumplía las mismas funciones esenciales que aquellos que estaban vinculados en planta, bajo un marco de subordinación específico y con una retribución mensual por su labor, de manera que la vinculación por contrato de prestación de servicios era una simple ficción, que encubría una verdadera relación laboral con la entidad.

Pues bien, a esto también se le adiciona que la misma entidad era quien le suministraba el arma de dotación para desarrollar sus labores de protección, así como los equipos de comunicación y el vehículo para movilizarse, lo que fortalece la prueba de la relación de la subordinación que mantenía la entidad sobre el escolta.

Por tales razones, esta Sala revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño y en su lugar se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, por cuanto negó la existencia del contrato realidad entre el señor Jorge Hernán Moreno Jaramillo y el Departamento Administrativo de Seguridad en Supresión.

Respecto a las prestaciones sociales, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, esta Corporación sostuvo:

?*El restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial,*

es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad (?)?[17]

Así las cosas, deben reconocerse las prestaciones sociales que el contratista dejó de devengar con ocasión de la modalidad de vinculación a través de contratos de prestación de servicios, y tener ese tiempo como efectivamente laborado para efectos pensionales. La liquidación de las prestaciones sociales se hará con base en los honorarios pactados en los contratos suscritos entre la entidad y el demandante[18].

En lo relacionado con la extinción de los derechos que se derivan de la declaratoria de existencia de la relación laboral, en la misma sentencia de unificación, la Sala manifestó que:

?*quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual (?) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad*?.

En el presente caso, observa la Sala que el actor prestó sus servicios hasta el agosto de 2011 y efectuó la reclamación ante la entidad el 13 de noviembre de 2012, es decir, dentro del término prescriptivo para exigir las prestaciones sociales derivadas de la declaratoria de la relación laboral.

Sobre el reconocimiento y pago de los viáticos que solicita la parte actora se incluyan dentro del monto indemnizatorio, encuentra la Sala que no es procedente por dos razones: i) la primera, porque el contratista no adquiere la condición de servidor público al declarar, con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad, que existió una relación laboral entre el demandante y el extinto DAS. El pago que se reconoce a título de restablecimiento del derecho incluye el pago prestacional y no salarial; y ii) porque dentro de la relación contractual y según certificados allegados al expediente, al demandante le fueron cancelados unos valores por concepto de *?VALOR VIATICOS?* y *?GASTOS DE VIAJE?* que se causaron durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Bajo esa misma premisa, tampoco procede el reconocimiento de la prima de riesgo, por cuanto es un factor salarial creado por el Decreto 1137 de 1994, para los cargos de detective especializado, profesional o agente, de criminalístico especializado, de profesional o técnico y para los conductores[19]. En el presente caso, el pago que se reconoce comporta el reconocimiento de las prestaciones a que tiene derecho el empleado de planta, y no a valores por concepto de salario, en cuanto que quien estuvo vinculado a través de la relación contractual no ostenta por virtud de la declaratoria de la existencia de una relación laboral, la condición de empleado público.

Sobre la petición formulada por la parte actora, en el sentido de ordenar la devolución de los dineros descontados por concepto de retención en la fuente y reteica, ha dicho la Sala, en casos como el presente, que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales, no es el medio adecuado para ello. Por lo tanto, en atención a este criterio, la devolución de los dineros pagados por el actor, por conceptos tributario no es procedente, toda vez que la entidad demandada no es la encargada de recibir ni administrar dichos valores[20].

En cuanto a los aportes para pensión, la entidad deberá calcular el ingreso base de cotización con base en los honorarios pactados para la época en que el actor prestó sus servicios y con base en ello, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá que efectuar los aportes correspondientes.

En conclusión, esta Sala revocará la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Nariño el 20 de junio de 2014, apelada por la parte demandante, quedando sintetizada de la siguiente manera, según lo argüido en la parte motiva de esta providencia, así:

(i) Se declara la nulidad del Oficio del 26 de noviembre de 2012, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad en Supresión o quien haga sus veces, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas por el señor Jorge Hernán Moreno Jaramillo

(ii) A título de restablecimiento del derecho, se ordenará reconocer todas las prestaciones sociales a que tiene derecho el señor Jorge Hernán Moreno Jaramillo, liquidadas por el valor que recibía como contraprestación a sus servicios, en las mismas condiciones y emolumentos, primas, que recibían quienes detentaban las mismas funciones del demandante en el cargo de agente escolta, código 205, grado de remuneración 5, en el lapso comprendido entre el 11 de julio de 2006 y el 31 de agosto de 2011, teniendo en cuenta que hubo continuidad del servicio y no operó el fenómeno de la prescripción.

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

REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el 20 de junio de 2014, por el Tribunal Administrativo de Nariño, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia y en su lugar se dispone:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del Oficio del 26 de noviembre de 2011, por medio del cual se negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales solicitadas por el señor Jorge Hernán Moreno Jaramillo.

SEGUNDO.- DECLARAR, que en el presente asunto se presentó una relación laboral entre las partes en virtud del principio del denominado contrato realidad y que los extremos temporales de la relación están comprendidos entre el 11 de julio de 2006 y el 31 de agosto de 2011 con el Departamento Administrativo de Seguridad en supresión, sin solución de continuidad.

TERCERO.- ORDENAR el pago de todas las prestaciones sociales del periodo previamente enunciado, teniendo en cuenta las percibidas por quienes desempeñan o desempeñaban el cargo de agente escolta, código 205, grado de remuneración 5, tal como quedó explicado en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO.- DECLARAR que no hay lugar a prescripción de las cotizaciones a pensión en el fondo respetivo en ninguno de los periodos reconocidos, por lo tanto la entidad está en el deber de cotizar lo respectivo en favor del señor Jorge Hernán Moreno Jaramillo, según lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO.- ORDENAR a la entidad demandada o quien haga sus veces, dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el Artículo 192 del CPACA y ajustar los correspondientes valores en los términos del Artículo 187 *ibídem*, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la siguiente fórmula matemática:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la demandante hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en

la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme al análisis realizado precedentemente.

SÉPTIMO.- Sin condena en costas.

OCTAVO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente) (Firmado electrónicamente)

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ CARMELO PERDOMO CUÉTER

Aclaración de voto

Relatoría: AJSD/Dcsg/Lmr.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 375 al 377.

2. Folio 635.

3. Corte Constitucional, Sentencia del 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

4. Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998.

5. Ibídem.

6. Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

7. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

8. Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección ?B?, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: *?cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional?.*

(?)

?En consecuencia, se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios?.

9. Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

10. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

11. Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 27 de febrero de 2014. Rad. 1994-13. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E).

12. Folio 132.

13. Folios 13 a 15.

14. Folios 18 a 22.

15. Folios 49 y ss.

16. ?*Por el cual se adiciona la nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se describe la naturaleza de una denominación, se fijan los requisitos mínimos para su desempeño y se dictan otras disposiciones*?

17. *Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 5 de agosto de 2016. Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.*

18. *Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 6 de octubre de 2016. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.*

19. *Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 1 de agosto de 2013. Exp. No. 0070-2011. Demandante: Hector Enrique Duque Blanco.*

20. *Sentencia de 13 de junio de 2013 Exp. 0042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez. Demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE. CP: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 6 de octubre de 2016 Exp. No. 1773-15 Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio. CP: William Hernández Gómez.*

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 03:35:09