

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014).

Proceso : NRD 11001333503020120037800.
Demandante : Bonifacio Vásquez Ochoa.
Demandado : Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.
Decisión : Sentencia Primera Instancia.

OBJETO.

Decidir la demanda incoada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA en contra del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS EN SUPRESIÓN-.

I. DE LA DEMANDA.

a- Situación Fáctica.

Señala la parte actora que BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA prestó sus servicios como escolta contratista en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS EN SUPRESIÓN-, de manera ininterrumpida, del 9 de junio de 2004 hasta el 11 de noviembre de 2011, bajo la figura del contrato de prestación de servicios. Que como el DAS desdibujó la naturaleza del contrato de prestación de servicios petitionó que admitiera la existencia de una relación laboral por el tiempo que estuvo a su servicio y, por ende, le reconociera y pagara las acreencias laborales y prestacionales equivalentes a un Agente Escolta de planta.

Que como el DAS EN SUPRESIÓN le negó la declaratoria de existencia del contrato realidad y el reconocimiento y pago de las acreencias salariales y prestaciones,

mediante el oficio 1-2012-73730-9 del 8 de agosto de 2012, instaura el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

b. Pretensiones.

1. Declarar la nulidad del Oficio DAS 1 2012 73730 9 de fecha 8 de agosto de 2012, expedido por LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS EN PROCESO DE SUPRESIÓN”, mediante el cual se desconoce la existencia de una relación laboral legal y reglamentaria entre el señor BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA y la NACIÓN –DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS EN PROCESO DE SUPRESIÓN”.
2. Como consecuencia de la declaración anterior, RESTABLECER EL DERECHO DE MI PODERDANTE y condenar a la demandada a efectuar el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre el señor BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA y la NACIÓN DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS EN PROCESO DE SUPRESIÓN”, a partir del momento en que fue vinculado con el reconocimiento de todas las consecuencias jurídicas y económicas que de ello se derivan, efectuando la nivelación de mi poderdante al código y grado que en forma equivalente existe en la planta de personal de acuerdo con la asignación básica mensual y funciones ejercidas.
3. Como consecuencia de lo anterior, solicito se condene a la NACIÓN – DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD “DAS EN PROCESO DE SUPRESIÓN” a efectuar el reconocimiento y pago a favor de mi poderdante de una suma equivalente a los siguientes conceptos, en proporción al tiempo laborado así:
1. Incremento por antigüedad, 2. Bonificación por servicios prestados, 3. Primas de servicio, 4. Auxilio de transporte, 5. Auxilio de alimentación, 6. Viáticos, 7. Gastos de Representación, 8. Cesantías, 9. Intereses a la cesantía, 10. Vacaciones, 11. Primas de vacaciones, 12. Compensación en caso de muerte, 13. Vestuario, 14. Gastos de viaje de parientes, 15. Primas especiales de clima, riegos e instalación. 16. Bonificación por comisión de estudio, 17. Reliquidación de salarios y prestaciones sociales con fundamento en los anteriores conceptos, incluyendo los viáticos, 18. Devolución de saldos por concepto de la seguridad social en salud y pensiones cancelada por mi poderdante y que correspondía efectuar a la NACIÓN –DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS EN PROCESO”, así como de las retenciones efectuadas EN PROCESO DE SUPRESIÓN a su salario. 19. Reconocimiento y pago con destino a las entidades de seguridad social integral en salud, pensión y riesgo profesionales de las cotizaciones que en derecho correspondan por todo el tiempo laborado.
4. Condenar a la demandada NACIÓN –DEPARTAMENTO ADMINSTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS EN PROCESO DE SUPRESIÓN” al reconocimiento y pago de la sanción o indemnización moratoria.
5. Condenar a la NACIÓN –DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD “DAS EN PROCESO DE SUPRESIÓN” al reconocimiento y pago de las costas procesales.

c. Normas violadas.

Invocó como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 90 y 122 de la Constitución Política, los Decretos 1933 de 1989, 1042 y 1047 de 1978 y 1835 de 1994, la Ley 80 de 1993, los Convenios internacionales de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), entre otros.

d. Concepto de violación.

La apoderada de la parte demandante aduce que el acto administrativo demandado es violatorio de las normas citadas, toda vez que la entidad demandada desconoció la verdadera relación laboral que existió entre ella y su prohijado, negándole las prestaciones sociales a que tiene derecho y sometiendo al actor a una injusta discriminación y desigualdad que no debe soportar en un Estado Social de Derecho.

Que como el DAS EN SUPRESIÓN no puede desdibujar el contrato laboral acudiendo al contrato de prestación de servicios, en virtud de los principios constitucionales de primacía de la realidad sobre lo formal y a trabajo igual salario igual, BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA fue un empleado de hecho, razón por el cual nace el derecho a percibir los salarios y demás emolumentos prestaciones de un empleado par de la entidad.

Citó como precedente judicial que apoyan las pretensiones de la demanda las sentencias C-386 de 2000, T-159 de 2000 de la H. Corte Constitucional y la sentencia del 11 de junio de 1999, radicado interno 11959-99, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

a. Argumentos de la defensa.

La apoderada judicial del DAS EN SUPRESIÓN, después de exponer la evolución normativa del programa de protección de personas en situación de riesgo extraordinario, en especial lo consignado en el Decreto 372 de 1996, el parágrafo 3 del

artículo 81 de la Ley 418 de 1997, el parágrafo del numeral 14 del artículo 2 del Decreto 643 de 2004, las Leyes 489 de 1998, 548 de 1999, 789 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010, entre otras, señala que el programa fue apoyado por el DAS mediante la celebración de contratos de prestación de servicios con recursos del Ministerio de Justicia y del Interior, que es evidente que la función pública puede ser ejercida a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios cuando las actividades no puedan ser realizadas por el personal de planta, de tal suerte que la naturaleza de este contrato no modifica la naturaleza de la vinculación con la entidad, pues, dichos contratos nacen bajo unos supuestos concretos como proteger a personas que podían estar amenazadas, de ahí que los recursos para la ejecución de esos contratos fueron transferidos del Ministerio de Justicia y del Interior al DAS.

Que los informes que realizó el actor se encontraban íntimamente ligados con la función para la que fue contratado mediante la modalidad de prestación de servicios; en consecuencia, la subordinación y dependencia a que el actor se veía sujeto es propia de la actividad no significa que automáticamente desdibuje la figura del contrato de prestación de servicios, pues todo contrato trae consigo una serie de obligaciones mutuas cuyo cumplimiento no es signo de continua dependencia o subordinación, como lo ha manifestado la Sección Segunda del H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 14 de junio de 1973, el 21 de febrero de 1984 y el 6 de febrero de 2008, y la H. Corte Constitucional en sentencia C - 614 de 2009.

Que si bien la actividad de escolta fue realizada por el demandante de forma personal, dadas las condiciones especiales del trabajo, el hecho de que el DAS facilitara las labores del demandante solo corresponde a una coordinación de actividades contractuales, no configurándose el elemento de subordinación dadas las condiciones especiales del trabajo. Citó como fundamento a su oposición las sentencias C-614 de 2009 de la H. Corte Constitucional, la sentencia del 6 de febrero de 2008 proferida por la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicado 28622, la sentencia del 14 de abril de 2011 proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca radicado 2008-00430, M.P. Cerveleón Padilla Linares

b. De las excepciones propuestas.

En la audiencia inicial se negaron las excepciones previas de *inepta demanda* por inexistencia del acto administrativo y haberse dado a la demanda el trámite diferente

al que corresponde. Con relación a las excepciones de fondo *falta de interés jurídico para obrar, enriquecimiento sin justa causa* y la *genérica* se manifestó que serían resueltas al momento de proferir la sentencia en la medida que se insistiera en el alegato de conclusión.

III. DEL TRÁMITE PROCESAL.

La demanda fue admitida mediante auto del 28 de enero de 2013 (fls. 82 y 83), fue notificada al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS EN SUPRESIÓN-, al MINISTERIO PÚBLICO y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO (fl 85), y la demandada constituyó apoderado para la defensa de los intereses de la entidad (fl. 229).

Realizada la audiencia inicial se saneó el proceso, se fijó el litigio, se negaron las excepciones de inepta demanda por inexistencia del acto administrativo y haberse dado a la demanda un trámite diferente al que corresponde, y se dispuso tomar como argumentos de defensa las excepciones de falta de interés jurídico para obrar y enriquecimiento sin justa causa, ante la postura del Comité de Conciliación de la entidad demandada declaró fallida la conciliación y se decretaron las pruebas a que hubo lugar.

Celebrada la audiencia de pruebas, se verificó que se había recaudado todo el material probatorio decretado, motivo por el cual se corrió traslado a los apoderados de las partes y al agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión por escrito.

La apoderada judicial de la parte actora en su alegato conclusivo señaló que con los medios de prueba legalmente allegados demuestran la vinculación personal, subordinada, continua e ininterrumpida del demandante. Adicionalmente, que el actor percibía una remuneración mensual y las labores desarrolladas por él, como fue la de brindar seguridad a personas que se encuentran dentro del programa de protección, por falta de personal para desarrollar dicha función, generan la ilegalidad de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Que en el caso del actor se puede concluir que no se trataba de labores temporales sino que, por el contrario, eran labores permanentes que son deber del Estado y que no pueden ser delegadas en particulares a través de contratos de prestación de

servicios, por ello dicha situación constituye una verdadera relación laboral. Citó como fundamento de su alegación la sentencia C-154 de 1997 de la H. Corte Constitucional y la proferida el 7 de marzo de 2013 por el H. Consejo de Estado.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada se ratificó en los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, e insistió en que el programa de protección fue creado por el Ministerio de Justicia y del Interior, que dicho ministerio transfirió los recursos al DAS para poder desarrollar la función, que la subordinación es propia de las actividades que debe realizar el escolta para cumplir a cabalidad con el contrato de prestación de servicios, razón por el cual en el presente evento no existió. Que lo que se hubo es una coordinación de actividades para el desarrollo del contrato de prestación de servicios, de tal suerte que las atribuciones y la ejecución del contrato no modifican la naturaleza de su vinculación con la entidad. Finalmente, afirma que de acogerse las pretensiones del actor las condenas a realizar se deben hacer con base en los contratos de prestación de servicios suscritos.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a. Del caso a debatir.

Se discute en esta oportunidad la legalidad del oficio 1-2012-73730-9 del 8 de agosto de 2012 por el cual el DAS EN SUPRESION negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales y prestacionales a BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA por haber prestado sus servicios como escolta contratista entre el 9 de junio de 2004 hasta el 11 de noviembre de 2011, bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

b. Tesis de la parte demandante.

Como la vinculación del actor por varios años en la modalidad de contratista simuló una verdadera relación laboral, tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos salariales y prestacionales que le corresponden a un empleado par de planta.

c. Tesis de la parte demandada.

Como el actor se desempeñó temporalmente como escolta contratista no tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales y prestacionales.

d. Acervo probatorio recolectado.

Se allegó al proceso, en legal forma, los medios probatorios siguientes:

- Petición del 9 de agosto de 2012 donde el demandante, a través de apoderado judicial, reclama el reconocimiento y pago de unos haberes laborales en virtud del principio de primacía de la realidad.
- Original del Oficio Jurídica 1-2012-73730-9 del 9 de agosto 2012 expedido por el DAS mediante el cual negó el reconocimiento y pago de prestaciones laborales a BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA con su respectiva notificación (fls 4 a 7).
- Fotocopias de los contratos 258 del 2004, 174 y 490 de 2005, 230 de 2006, 351 de 2007, 228 de 2008, 174 de 2009, 314 de 2009, 133, 152 y 336 de 2010, 3, 100, 179 y 511 de 2011, mediante los cuales se celebró contrato de prestación de servicios (fls 16-85, 254-372).
- Certificación suscrita por la Jefe de la Oficina Asesoría Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS en supresión- donde consta que entre las partes existieron los contratos 174 y 490 de 2005, 230 y 511 de 2006, 351 de 2007, 174 y 314 de 2009 y 133 de 2010.
- Copia de las órdenes de pago que el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS EN SUPRESIÓN- realizaba a BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA (fls 294 a 361).
- Copia de las misiones de seguridad asignadas por el DAS a BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA (fls. 1 a 92 del anexo 2).

e. Decisión sobre las excepciones propuestas.

Como quiera que las excepciones de *falta de interés jurídico para obrar y enriquecimiento sin justa causa*, cuando más, constituyen argumentos de defensa que tocan el fondo del asunto se resolverán en el transcurso de la sentencia.

f. Problemas jurídicos por resolver.

¿Entre las partes en contienda hubo una verdadera relación laboral? En caso positivo ¿Cuales son los efectos del contrato realidad?

g. Respuesta a los problemas jurídicos.

Para resolver el conflicto planteado acudiremos a los valores justicia, equidad y solidaridad, a la directriz de que como el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio; a los principios de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; a los derechos del trabajo, la seguridad social y la igualdad y que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es el de garantizar su efectividad consagrados en el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 48, 53, 90, 122, 123, 125, 209, 269, entre otros de la Constitución Política de 1991 de un lado y, por otro, que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicios.

- **Del Contrato Realidad.**

Para resolver el tópico de si en el presente evento los contratos de prestación de servicios *ut supra* simulaban una verdadera relación laboral se observará que en sentencia C-154 de 1997 la H. Corte Constitucional señaló:

“...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual *"...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."*

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos

son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

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

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

Que respecto a la protección del derecho al trabajo, especialmente a la vinculación laboral con el Estado, los límites a la contratación de funciones permanentes de entidades del Estado, el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, entre otros, la H. Corte Constitucional en sentencia C- 614 de 2009 recapituló:

2.5. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LAS DISTINTAS MODALIDADES DEL TRABAJO.

Como lo ha manifestado la Corte Constitucional en diversas oportunidades [9], el trabajo goza de amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión. Así, la lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.

La simple descripción de la naturaleza del trabajo en la Constitución evidencia que el marco de protección Estatal no solamente se agota en la defensa de los derechos de los trabajadores dependientes sino también en la efectividad de su ejercicio independiente. En efecto, si se entiende el trabajo como un instrumento para obtener los recursos necesarios para lograr una vida digna y como un mecanismo de realización personal y profesional, es lógico concluir que son objeto de garantía superior tanto el empleo como todas las modalidades de trabajo lícito. De hecho, la propia Carta de 1991 protege la empresa (artículo 333) como herramienta de trabajo base del desarrollo económico, con función social; salvaguarda los derechos de los trabajadores vinculados a la empresa con un mínimo de derechos irrenunciables e intransferibles (artículos 53 y 54) y establece un mínimo de condiciones laborales para los trabajadores al servicio del Estado (artículos 122 a 125).

Así las cosas, la protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo o de exigirle al Estado el mínimo de condiciones materiales que se requieren para proveer su subsistencia en condiciones dignas, sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Eso muestra, entonces, que las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacer efectivo su valor, el principio y el derecho-deber, corresponde principalmente al legislador, quien goza de un importante margen de libertad de configuración dentro de los parámetros constitucionales establecidos en beneficio de los derechos y las condiciones laborales mínimas y, también, desde el punto de vista subjetivo, a partir del respeto del núcleo esencial que lo identifica.

Dicho de otra manera, dada la textura abierta del trabajo y su especial naturaleza, el legislador tiene amplia potestad de configuración normativa del mismo, pero ese grado de amplitud dependerá de si se trata de hacer efectivas las políticas públicas de empleo o de concretar la protección del derecho subjetivo al trabajo. De esta manera, si el legislador busca definir reglas dirigidas a materializar el desarrollo progresivo de mejores condiciones laborales, de acceso al pleno empleo y del trabajo como instrumento para garantizar un orden político, económico y social justo, su margen de valoración es más amplia porque goza de mayor libertad de configuración, mientras que si la ley pretende regular las particularidades de la relación de trabajo y las condiciones individuales en las que se desenvuelve la relación de empleador y trabajador, el margen de libertad se reduce porque se limita al cumplimiento de requisitos constitucionales mínimos obligatorios y exigibles por vía judicial.

En conclusión, la protección de las distintas modalidades del trabajo que la Constitución consagra muestra que el legislador tiene dos campos distintos de regulación. De un lado, es claro que la ley no está obligada a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa Y, de otro lado, desde el punto de vista de protección del derecho subjetivo al trabajo, la ley está limitada por las reglas previstas directamente en la Constitución porque existen garantías mínimas de especial protección a la relación laboral.

En consecuencia, para analizar la validez constitucional de la expresión normativa que restringe el acceso al trabajo permanente con el Estado únicamente a la vinculación laboral porque prohíbe la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de

carácter permanente, es necesario averiguar si existen límites constitucionales que protegen de manera preferente la vinculación laboral con la administración respecto del trabajo que surge de la celebración de un contrato de prestación de servicios.

2.6. PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS DIVERSOS TIPOS DE RELACIÓN LABORAL

2.6.1. Protección constitucional general al empleo

Sin duda, la modalidad del trabajo con mayor protección constitucional es la derivada de la relación laboral, tanto con los particulares como con el Estado. Esa mayor intervención del Constituyente produce no sólo menor libertad de configuración normativa para el legislador porque existen barreras superiores que imponen condiciones laborales mínimas, sino también genera el deber de intervención directa e inmediata de las autoridades públicas en el contrato para evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el mismo.

En efecto, el artículo 25 superior constituye la cláusula general de protección del derecho de acceso, permanencia y estabilidad del empleo de los trabajadores; el artículo 26 constitucional regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 de la Carta autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 superior regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 de la Carta establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud, los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria, el artículo 64 superior, regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 superior que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores de INRAVISIÓN. los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 superior impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.

La especial protección de la vinculación laboral en la Constitución se explica claramente por el tránsito del Estado Constitucional, pues de ser un Estado gendarme (cuyas funciones principales se cumplían con la abstención, el respeto por la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones entre particulares y el reconocimiento de la igualdad formal entre todos los administrados), hacia un Estado Social de Derecho con responsabilidades activas de promoción, intervención y control en las relaciones laborales, en

tanto que entendió que dichos vínculos generan relaciones verticales que rompen el principio de igualdad y la eficacia material de la autonomía negocial.

Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones: La primera, no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral. La segunda, aunque la fijación de las políticas de empleo, en principio, le corresponde a los órganos políticos señalados en la Constitución y, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, el legislador debe expedir un nuevo Estatuto del Trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros, eso no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la protección a la relación laboral se impone. Dicho en otros términos, el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.

2.6.2. Protección constitucional especial a la vinculación laboral con el Estado

Ahora bien, para el caso de la vinculación laboral con el Estado, además de las reglas generales de protección a los derechos de los trabajadores, la Constitución también estableció reglas particulares mínimas que buscan conciliar la salvaguarda de los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales. Así, dentro de ese catálogo de disposiciones especiales que rigen las relaciones laborales de los servidores públicos, encontramos, entre otras, las siguientes que resultan relevantes para resolver el asunto sub iudice: i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público [10] que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros).

Nótese que ese conjunto de reglas constitucionales previstas específicamente para el empleo público constituyen imperativos que no sólo limitan la libertad de configuración legislativa en la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones en la administración, sino también restringen la discrecionalidad de las autoridades administrativas para la vinculación, permanencia y retiro del servicio. Entonces, ni la ley ni el nominador tienen potestades ilimitadas para establecer condiciones de trabajo, pues están obligados a respetar los requisitos mínimos de acceso y permanencia en el empleo público previstos en la Constitución.

2.6.3. Diferencias en el tratamiento constitucional para la relación laboral ordinaria y para la vinculación contractual con el Estado.

En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública.

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución, el legislador definió el contrato laboral como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” [11] . Esto significa que la relación laboral con el Estado, que surge de la relación legal y reglamentaria o del contrato de trabajo, no importa el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato, tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario [12] . Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran “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” [13].

En múltiples oportunidades [14] , la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en

cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo [15].

Y, también en varias ocasiones [16], esta Corporación ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales. Al respecto, expresó:

“...la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art.

125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas" [17]

Así las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

En consideración con las diferencias entre estas dos modalidades de contratos para el desempeño de funciones públicas, la Corte señaló que la relación laboral es un criterio objetivo utilizado por el legislador para proteger ciertas relaciones de trabajo. Por ejemplo, en sentencias C-282 de 2007 y C-960 de 2007, la Sala Plena concluyó que es válido constitucionalmente que la Ley utilice como criterio de diferenciación el tipo de vinculación laboral o contractual. En efecto, la Corte encontró válida la regulación sobre que el acoso laboral sólo es aplicable a las relaciones laborales y no a las vinculaciones por prestación de servicios, por cuanto "la protección al trabajador frente al acoso laboral, en los términos de la ley parcialmente acusada, obedece a la existencia real de subordinación pues la dependencia en la relación es la que determina la posibilidad de acoso, de acuerdo a los sujetos y al ámbito de aplicación de la ley" [18] . Igualmente, la sentencia C-094 de 2003, encontró ajustada a la Constitución una norma del Código Disciplinario Único que sanciona como falta gravísima del servidor público la celebración de contratos de prestación de servicios para ocultar relaciones laborales, por cuanto se exige constitucionalmente que la ley proteja el contrato realidad. En igual sentido, la sentencia C-672 de 2001, declaró la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 190 de 1995 que establecía la nulidad del contrato de prestación de servicios porque no se cumplieron los requisitos para el ejercicio del cargo o para su celebración, por lo que si se demuestra que

verdaderamente se trataba de una relación laboral, el contrato debía dejarse sin efectos.

En consideración con las diferencias que surgen de los contratos de prestación de servicios y el laboral, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta, debe aplicarse el principio de “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado, como pasa a verse:

Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al principio de primacía de la realidad sobre la forma

En cuanto a la aplicación de este principio, cabe recordar lo dicho por esta Corporación en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994:

"La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato"

La Corte Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad no supone la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, en tanto que “la situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente” [19] , pero sí tiene plena aplicación respecto de las relaciones contractuales que suscritas con fundamento en la Ley 80 de 1993, constituyen verdaderas formas de vinculación laboral [20]

De igual manera, esta Corporación ha aplicado este principio en los contratos laborales celebrados por las empresas de servicios temporales [21] , pues advirtió que “si en un caso concreto se logra acreditar la presencia de las características esenciales del contrato de trabajo así dicha relación se haya conformado bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, en este caso surgirá en consecuencia el derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales propias de una relación laboral, pues habrá de aplicarse el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo” [22]

En el mismo sentido, manifestó que el principio objeto de estudio es aplicable a los contratos laborales que no pueden ser renovados indefinidamente por parte del empleador, “pues dicha situación generaría en el trabajador una inestabilidad frente a su relación laboral, como ocurre en el caso de los contratos laborales celebrados con las empresas temporales, y se caracterizan porque la duración del mismo hace relación a la obra o labor para la cual fueron contratados” [23].

En cuanto a las relaciones derivadas de la vinculación a una Cooperativa de Trabajo Asociado y la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, la Sala Octava de Revisión expresó:

“La Ley 79 de 1988 define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios [24] . Al estudiar la constitucionalidad de la norma en cita, esta Corte identificó la asociación voluntaria y libre, la igualdad entre los asociados, la fuerza de trabajo de los asociados y la solidaridad en la compensación como las características más relevantes de las Cooperativas de Trabajo Asociado; respecto a este último punto la sentencia en mención afirmó que “todos los asociados tiene derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa”.

En estos términos y acorde con la norma que reglamenta la materia y la sentencia que determinó su constitucionalidad, para la Sala Plena de esta Corte es claro que dada la identidad entre el asociado y trabajador, la relación entre éste y la Cooperativa no se regula por el Código Sustantivo de Trabajo. Sin perjuicio de la calidad de trabajador de aquellos que son contratados con carácter ocasional o permanente no asociados. Ha precisado esta Corte, también, que la vinculación a una Cooperativa no excluye el surgimiento de una relación laboral, es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa”.

Esta última afirmación se sustenta en el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales [25] (art.53 C.P.) que permite establecer a partir de la existencia de los elementos de la relación laboral, la existencia del contrato de trabajo. Sostiene la Corte que en el caso específico de las cooperativas de trabajo asociado, el “vínculo laboral es ajeno al lugar donde el trabajador preste sus servicios, por orden de la cooperativa. Estos pueden inclusive ser desarrollados donde terceros con quienes la cooperativa suscriba contratos para tal efecto”.

(....)

La breve descripción de la jurisprudencia que se realizó en precedencia permite inferir dos conclusiones relevantes para el caso objeto de estudio:

La primera, los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.

La segunda, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. Pasa la Sala a ocuparse de ese tema:

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios 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, a saber:

i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003 [32], de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

“...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”

ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008 [33]).

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003 [34]). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008 [35]).

iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 [36] a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del

giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ..." [37] (subrayas fuera del texto original)

v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003 [38], indicó:

"no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este"

En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habituales (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes [39], a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública [40], a mensajeros [41] y a un técnico y operador de sistemas [42] . Y, en el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa [43]

En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.

Con base en lo expuesto, la Sala resolverá si la prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente porque se requiere crear los empleos correspondientes, es contraria a la Constitución.

(...)

2.8. CUESTIÓN FINAL: NECESIDAD DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA RELACION LABORAL

A pesar de que, como se vio, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución, lo cierto es que resulta un lugar común

afirmar que, en la actualidad, se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing.

(...)

Por lo expuesto, la Sala insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto [45].

De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.

(...)

Eso muestra, entonces, que a los jueces en el análisis de los casos concretos, a los empleadores, a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, corresponde exigir la efectividad de las leyes que protegen los derechos laborales de los trabajadores. Para ese efecto, en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo.

(...)

En este sentido, corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados de la misma. Por esa razón, y en desarrollo del principio de primacía de la realidad sobre la forma, requerirán el cumplimiento de la ley, en forma solidaria, tanto al verdadero empleador como a quienes actuaron como intermediarios para utilizarla en forma inconstitucional. En otras palabras, las autoridades competentes evitarán la desviación inconstitucional de las normas protectoras de los derechos de los trabajadores y exigirán la responsabilidad solidaria que se deriva del incumplimiento de las reglas legales.

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.

(...)

Que la anterior línea jurisprudencial fue reiterada por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 171 de 2012, a través de catorce reglas, así:

6.2 Acerca del tema bajo estudio y de conformidad con la parte motiva y considerativa de esta sentencia, la Sala reiterará aquí las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con la protección del derecho fundamental al trabajo y la especial protección al vínculo laboral con entidades del Estado, y por tanto, en relación con los límites planteados a la potestad de contratación de las entidades estatales cuando se trata de funciones permanentes o propias de entidades estatales:

(i) El reconocimiento y protección del derecho al trabajo como derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, y de los derechos de los servidores públicos por los artículos 123 y 125 Superiores.

(ii) La Constitución y la jurisprudencia constitucional protegen las diferentes modalidades de trabajo, y han reconocido una especial protección constitucional a la vinculación laboral con el Estado, ya que la Carta Política ha consagrado normas especiales orientadas a la garantía de los derechos de los servidores públicos.

(iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.

(vi) La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve importantes diferencias constitucionales entre el contrato laboral y el contrato de prestación

de servicios, y ha determinando los criterios para el reconocimiento de una u otra forma de contratación, de tal manera que estas dos formas no pueden ser de ninguna manera asimilables debido a sus alcances y finalidades disímiles, ni puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para disimular u ocultar verdaderas relaciones laborales, ni para fomentar procesos de deslaboralización. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido sobre los graves riesgos constitucionales que implica la distorsión del contrato de prestación de servicios y su utilización fáctica indebida para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

(viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo.

(xiii) Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha advertido, especialmente a las autoridades administrativas y a los empleadores del sector público, pero también a los particulares y empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales –art.25, 53,

123 y 125 Superiores-, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades públicas o privadas, ya que esta práctica desfigura el concepto de contrato, constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores, fomenta procesos de deslaboralización, incumplimiento que acarrea graves consecuencias administrativas y penales.

(xiv) En síntesis, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado en (a) la protección del derecho fundamental al trabajo; (b) la protección especial de la vinculación con el Estado; (c) la garantía de los derechos laborales de los servidores públicos; (d) la regla general de vinculación laboral para el desarrollo de las funciones permanentes o propias de las entidades públicas; (e) la prohibición de contratación de prestación de servicios, cuando se trate de funciones permanentes o propias de administración; y (e) por tanto, la prohibición de utilizar figuras jurídicas constitucionales y legales para la desviación de poder en la contratación pública, el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales o el fomento de procesos de deslaboralización.

Como el precedente judicial del H. Consejo de Estado en materia de “contrato realidad” es unánime y coincidente con el Máximo Tribunal Constitucional, al considerar que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales o fomentar procesos de deslaboralización, procederemos a determinar si en el presente asunto la administración del DAS EN SUPRESIÓN utilizó dicho contrato para ocultar o simular una verdadera relación laboral.

Así, las pruebas documentales allegadas legalmente permiten establecer que entre el 9 junio de 2004 y el 11 de noviembre de 2011, de manera ininterrumpida, el demandante BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA prestó sus servicios personales al DAS, mediante la suscripción de diversos contratos de prestación de servicios¹ como escolta y cuyo objeto fue *“en virtud a sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá, 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”*, según aparece acreditado en el expediente (fls. 116 a 212 y 254 a 372 del cuaderno 1 y anexo 1), se pactó inicialmente una remuneración de \$1.390.000.0 mensuales para el año de 2004, y en la cláusula octava se establecieron las siguientes obligaciones:

¹ Aportados con las respectivas actas de liquidación.

OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. Además de las obligaciones de orden legal el CONTRATISTA cumplirá con aquellas que se deriven del objeto contratado y en especial las siguientes: 1.- Cumplir con las actividades de protección en el lugar que le sea asignado por el DAS o por su protegido, 2, Realizar las actividades de índole protectivo previa misión de trabajo o destinación del feje de área competente del Departamento Administrativo de Seguridad. 3. Presentar para su revisión en la dependencia de control de armamento, radios y vehículos del DAS, o en la que haga sus veces, los elementos logísticos de dotación, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes. 4. Cuando por alguna circunstancia, el CONTRATISTA no se encuentre prestando el servicio para el cual fue contratados deberá haber entrega de los elementos en la misma dependencia. 5. Observar excelente conducta social, laboral y buenas relaciones interpersonales con los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, con sus compañeros y con la persona protegida. 6. No ingerir bebidas embriagantes, sustancias alucinógenas o sicotrópicas. 7. Respetar las normas de tránsito y de convivencia ciudadana, y colaborar con las autoridades civiles y militares. 8. Informar oportunamente a la Oficina de Protección Especial del DAS, los desplazamientos que por la naturaleza del contrato debe hacer a otras ciudades y las novedades que se presenten en el servicio. 9. Mantener en buen estado los elementos logísticos de dotación y velar por su buen uso y cuidado, los cuales deberán destinarse en forma exclusiva para el servicio objeto del presente contrato. 10. Observar en forma permanente las instrucciones impartidas durante su participación en el curso de inducción en materia de uso de armas, técnicas protectivas y las demás que se relacionen con las actividades propias del objeto del presente contrato. 11. Informar al supervisor del contrato las novedades de servicio relacionadas con permisos, incapacidades u otras circunstancias que suspendan o interrumpan la ejecución del contrato, caso en el cual se efectuarán los descuentos correspondientes al valor diario por el tiempo en que no se preste el servicio. Estos descuentos podrán hacerse efectivos durante el tiempo de ejecución del contrato o en la liquidación del mismo, previa certificación del supervisor. 12. Observar las medidas de seguridad preventivas para el manejo de las armas de fuego, evitando poner en riesgo la vida e integridad física de los ciudadanos. 13. Presentar en forma oportuna la documentación mensual al supervisor del contrato, la cual se requerirá para expedir la certificación del pago de los honorarios estipulados en la cláusula tercera del presente contrato. 14, presentar al supervisor del contrato los documentos requeridos para efectos de legalización y pago de los viáticos causados en cada periodo mensual. 15 efectuar el pago de los aportes a los sistemas de seguridad social, en salud y pensión; obligación que deberá cumplir y acreditar mensualmente ante el supervisor del contrato conforme al artículo 50 de la Ley 789 de 2002, el decreto 510 de 2003 y el artículo 1 de la Ley 828 del 10 de julio de 2003.

Que las declaraciones rendidas por EDUARDO FERNANDO MONTOYA GÓMEZ, VÍCTOR MANUEL DÍAZ MORA, JAVIER LEONARDO GALEANO MÉNDEZ y CARLOS ALBERTO NEIRA LOZANO son unánimes en afirmar que el tiempo que trabajaron con el actor este hacía parte de un esquema de protección en el que tenía que estar disponible las 24 horas del día al servicio de la persona asignada por el DAS, sin distinción de fines de semanas, días feriados, o diligencias por fuera de la ciudad. Que debían reportarse ante el DAS en la primera hora de la mañana antes de la prestación del servicio para firmar la minuta respectiva, recibir el armamento, los

vehículos para desplazamiento, un radio, los chalecos antibalas y demás distintivos para la seguridad. Que el esquema de protección contaba con un coordinador que impartía las ordenes de cómo se debía desplegar la protección. Que cuando se encontraban en Bogotá por las noches debían entregar la dotación en las Instalaciones del DAS. Que de lo devengado por cada uno de los escoltas contratistas del DAS tenían que pagar por su propia cuenta la salud, la pensión y la póliza del contrato. Que nunca tuvieron vacaciones ni prestaciones sociales a pesar de que hacían lo mismo que un escolta de planta. Que el actor se tuvo que ceñir a los horarios y decisiones del esquema de seguridad, que recibía órdenes para desempeñar sus funciones, que tenía que rendir informes sobre sus actividades, y que además realizaba las mismas funciones de un agente escolta como lo testificó FREDDY ALEXANDER GUALTEROS FLORIAN, quien fuera escolta de planta de la entidad, entre otros.

Como acorde con las pruebas documentales y testimoniales referidas se colige que la vinculación del actor al DAS, para que cumpliera labores de escolta, fue **personal, subordinada, remunerada y permanente** se demuestra que los contratos de prestación de servicios ut supra simulan una verdadera relación laboral toda vez, la función de escolta es propia del DAS, la labor de escolta era personalizada, no existía independencia para su ejecución, no dependía de resultados sino de la gestión diaria que se debía cumplir, la vinculación del demandante duró más de 7 años, la demandada le suministraba los elementos de trabajo para cumplir con su labor, y en el presente evento no se desvirtuó lo argumentado por el H. Consejo de Estado en sentencias del 23 de septiembre de 2010² y el 7 de marzo de 2013³ en la que se pronunció de manera favorable a los intereses de los demandantes en casos similares.

En consecuencia, como no se comparten los planteamientos esgrimidos por la demandada al insistir, con base en el Decreto 372 de 1996, el parágrafo 3 del artículo 81 de la Ley 418 de 1997, el parágrafo del numeral 14 del artículo 2 del Decreto 643 de 2004, las Leyes 489 de 1998, 548 de 1999, 789 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010, entre otras, que se trató del cumplimiento de unas funciones transitorias, cuando la función de escolta es propia del DAS hasta cuando el legislador dispusiera lo contrario, no encontramos razones suficientes o contundentes para apartarnos del

² Radicado 080012331000200300011 01. C.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN.

³ Radicado 25000232500020070128501 C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

precedente judicial citado, máxime cuando para el caso no es razonable hablar de una actividad temporal de más de siete (7) años, como lo advirtió la H. Corte Constitucional en sentencia C- 401 de 1998, motivo por el cual las excepciones de falta de interés jurídico para obrar y enriquecimiento sin justa causa no prosperan y, sin más consideraciones se declarará la nulidad del acto acusado.

- **De los efectos de la declaratoria de existencia del contrato real.**

Como quiera que con relación a los efectos que deben producirse cuando se declara la existencia de una relación laboral existe unanimidad por parte de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en el sentido que no dan derecho a adquirir la calidad de empleado público o funcionario de hecho, que la sentencia que declara la existencia de la relación laboral tiene carácter constitutivo del derecho, entre otros aspectos, sin embargo, no existe consenso entre las subsecciones sobre varios tópicos, pues, mientras que una considera que la declaración de existencia de la relación laboral debe tener como consecuencia que se les reconozca y pague una **indemnización reparatoria del daño**, equivalente a los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad, la otra señala que **a título de restablecimiento del derecho** debe ordenarse el reconocimiento y pago de las prestaciones, para el cual debe tomarse como salario el que devengaba otro funcionario de un cargo equivalente o, el valor de lo pactado en los contratos si aquel es inferior, entre otros aspectos, veamos:

En sentencia del 17 de abril de 2013⁴ la Subsección **A** de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, con ponencia del doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN, expuso:

“....No es posible aplicar la convención colectiva respecto de las prestaciones extralegales que ella contempla, como quiera que la actora no ostenta la calidad ni de empleada pública ni de trabajador oficial, ni hay lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria, toda vez que esta sentencia es constitutiva de derecho y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza de la beneficiaria, por lo cual no hay viabilidad a reconocer esta sanción por incumplimiento. Tampoco se cumplen los requisitos esenciales para que se desarrolle la figura de funcionario de hecho, por la forma como se desarrolló la contratación y por que las funciones desarrolladas fueron ejercidas regularmente, circunstancias que no permite su configuración.

Finalmente, 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

⁴ Radicación 25000232500020080077601 (1883-12). Actor Liliana Puerto Casas.

en el presente asunto se determinará por la cuota parte que la Entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajador independiente.

En consecuencia, se revocará el fallo apelado mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso negar las súplicas de la demanda.

En su lugar, se declarará la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la Fiduciaria la Previsora S.A. en virtud del convenio celebrado con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, de responder por los procesos judiciales reconozca y pague a favor de LILIANA PUERTO CASAS el valor de las prestaciones a que tiene derecho por el desarrollo de su labor y el correspondiente cómputo del tiempo en que estuvo vinculada mediante Órdenes de Prestación de Servicios para efectos pensionales, lo que conlleva al pago de las cotizaciones legales tomando como base el valor de lo pactado en los contratos de prestación de servicios por el período comprendido entre el 16 de octubre de 1996 hasta el 31 de agosto de 2006, tal y como se planteó en sentencia de 17 de abril de 2008, proferida por esta Subsección con ponencia del doctor JAIME MORENO GARCÍA, en la que se precisó:

“El artículo 85 del C.C.A. al concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño. La acción indemnizatoria surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la misma naturaleza del daño impide tal circunstancia, pues sabido es que dentro de la sociedad y la naturaleza hay situaciones que resultan irreversibles y la única manera de compensar a la víctima es a través de una retribución pecuniaria.

La Sala se aparta de la conclusión a que se llegó en la sentencia de 18 de marzo de 1999 y replantea tal posición, pues lo cierto es que en casos como el presente no tiene lugar la figura indemnizatoria, porque sin duda alguna, la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente.

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral.

Ahora bien, el salario que deberá tener en cuenta la entidad como base para liquidar las prestaciones, será el que devengaba otro funcionario en un cargo equivalente o, el valor de lo pactado en los contratos u órdenes de trabajo, si aquél es inferior...”

Por su parte, en sentencia del 20 de marzo de 2013⁵ la Subsección **B** de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, con ponencia del doctor VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, expuso:

De otro lado, en los casos en los cuales se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios por cuanto se logran demostrar los elementos configurativos de una relación laboral, la persona que fue vinculada como contratista tiene derecho a recibir a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir que son las mismas que devenga el personal de planta, pero liquidadas con base en los honorarios del contratista. Así lo ha considerado esta Corporación:

“(…) El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de 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.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria 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 la indemnización de 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.
(…)

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada, declarando la nulidad del Oficio 73.300 No. 862 de 18 de septiembre de 2000, proferido por el Director Jurídico de la Seccional del Seguro Social del Tolima, condenando a título de reparación del daño, al pago de las prestaciones sociales que devengue un empleado público en el mismo o similar cargo desempeñado por la actora, liquidada con base en los honorarios contractuales, pagando a título de indemnización las cotizaciones por concepto de Caja de Compensación (...)”. (Negrillas y subrayas fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra que hubo subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

⁵ Radicación 25000-23-25-000-2010-00251-01(1939-12), Actor: Arcelia Jeanneth Valencia Castañeda, Demandado: Universidad Nacional de Colombia

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente 3074-2005. Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi, M.P Bertha Lucía Ramírez de Páez

Así las cosas, acorde con las dos líneas jurisprudenciales de las Subsecciones de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, este juez opta por aplicar los efectos del **restablecimiento del derecho** por considerar que es la que se ajusta a la naturaleza de la acción enervada y los valores, principios, directrices, derechos constitucionales y legales desarrollados por el precedente judicial constitucional citado, haciendo la precisión de que debe reconocerse y pagarse es la diferencia que surge entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un Agente Escolta, Código 205, Grado 5 de planta del DAS⁷ y lo pagado al actor entre el 9 de junio de 2004 y el 11 de noviembre de 2011 a través de los contratos de prestación de servicios, a fin de preservar el derecho a la igualdad entre unos y otros, y de paso ajustar lo indicado en el precedente judicial contencioso.

Para tal efecto deberá tenerse en cuenta que en el *sub judice* como no se acreditó que el actor reunió los requisitos establecidos en el Decreto 1933 de 1989, no se ordena el reconocimiento y pago de las *primas de orden público, clima o de instalación*. Tampoco se ordenará el reconocimiento y pago de *viáticos*, por cuanto estos fueron reconocidos y pagados al actor dentro de la vigencia de cada contrato, *gastos de representación, gastos de viaje de parientes y bonificación por comisión de estudio* por no haberse establecido por la parte actora de dónde surgen detalladamente y a cuánto equivalen durante la relación, acorde con lo dispuesto en el Decreto 1932 de 1989. Asimismo, no se ordena el reconocimiento y pago de la *compensación en caso de muerte*, por no haberse causado.

En el evento que la entidad no le haya entregado al actor el *vestuario*, señalado artículo 13 del Decreto 1933 de 1989, deberá reconocerle y pagarle su equivalente en dinero.

En consecuencia, además de declararse la nulidad del acto acusado y la existencia de la relación laboral, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al DAS EN SUPRESIÓN, o quien haga sus veces, reconocer y liquidar a favor del BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA los factores salariales de sueldo básico, auxilio de transporte, alimentación si a ello prueba tener derecho, prima de riesgo, bonificación por servicios prestados y prima de servicios y los prestaciones de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías que

⁷ Si bien no acreditó en el expediente el rango par del demandante en la planta de personal del DAS, no es menos que este Despacho Judicial en otras oportunidades ha tenido conocimiento que dicho rango es el de Agente Escolta 205 – 5.

devengó el personal de planta con funciones de escolta de la entidad entre el 9 junio de 2004 hasta el 11 de noviembre de 2011, acorde con lo probado y expuesto.

Como la entidad demandada debe asumir lo que le corresponda en materia de aportes en salud, pensiones y riesgos laborales durante el periodo que duró la relación *sub lite*, deberá hacer las respectivas devoluciones al actor por concepto aportes que debió sufragar.

No hay lugar a declarar la prescripción de derecho o pago alguno como quiera que el actor el 9 de agosto de 2012 reclamó ante la demandada el reconocimiento de la existencia de la relación laboral dentro de los tres años siguientes a su finalización (11 de noviembre de 2011), de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 de 1968, el carácter constitutivo de la presente sentencia, y la precisión efectuada por la Subsección A de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia del 9 de abril de 2014⁸.

Por ende, se ordenará que las diferencias que surjan entre lo pagado por concepto de los contrato de prestación de servicios y lo aquí ordenado sean pagadas al actor, debidamente indexadas, por la entidad en los términos del artículo 187 del C. P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se causó el derecho, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

No obstante lo anterior, la demandada deberá realizar las compensaciones o descuentos, debidamente indexados, a que haya lugar al momento de pagar las sumas ordenadas por concepto de aportes que el demandante deba hacer por ley.

⁸ Radicación 20001233100020110014201, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Igualmente, la demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A., siempre que se estructuren los supuestos fácticos allí establecidos.

Finalmente, por tener la presente una sentencia carácter constitutivo, no es posible reconocer sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías pretendidas, porque es a partir de la presente decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado.

- **De las costas.**

Como el apoderado del actor manifestó su interés en probar las costas en que incurrió la parte actora, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A, se condenará en costas a la parte vencida toda vez que dicha disposición contiene un imperativo categórico, no establece excepciones a favor de los entes públicos, y a la fecha no ha sido declarada inconstitucional o condicionada su interpretación en consecuencia desde ya se fijan como agencias en derecho la suma de dos (2) SMMLV. Por Secretaría, se liquidaran las demás costas.

- **De la sucesión procesal.**

Finalmente, acorde con lo dispuesto por los Decretos 4057 de 2011, 2404 de 2013 y 1303 de 2014, como el 27 de junio de 2014 como se terminó la existencia jurídica del DAS, se aceptará la renuncia al poder presentada por la doctora MARTHA LUZ MEJÍA ECHEVERRI por lo informado a folio 436 del expediente y, por ende, se tendrá como sucesor procesal a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN y/o AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Por secretaría, se deberá notificar la presente sentencia a través del correo electrónico de las mismas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Declarar que las excepciones de falta de interés jurídico para obrar y enriquecimiento sin justa causa, propuestas por la entidad demandada, no prosperan por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo.- Declarar la nulidad del Oficio 1-2012-73730-9 del 8 de agosto de 2012 proferido por el Departamento Administrativo de Seguridad -Liquidado-, mediante el cual se negó a BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA el reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales derivados de la relación que existió entre las partes, de conformidad con lo expuesto.

Tercero.- Declarar la existencia de una relación laboral entre el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD y BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA entre el 9 de junio de 2004 hasta el 11 de noviembre de 2011 por haber ejecutado funciones iguales a las de un escolta de planta, de conformidad con lo expuesto.

Cuarto.- Ordenar, a título de restablecimiento del derecho, al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, o quien haga sus veces, reconocer y liquidar a favor de BONIFACIO VÁSQUEZ OCHOA los factores salariales de sueldo básico, auxilio de transporte y alimentación –si a ello tiene derecho-, prima de riesgo, bonificación por servicios prestados y prima de servicios y los prestacionales de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías entre el 9 de junio de 2004 hasta el 11 de noviembre de 2011, acorde con lo devengado por un escolta par de la entidad, lo probado y expuesto.

Quinto.- Ordenar que el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, o quien haga sus veces, realice las respectivas devoluciones al actor por concepto aportes que aquel debió sufragar por concepto de pensiones, salud y riesgos laborales, de acuerdo con lo expuesto.

Sexto.- Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, pagar al actor las diferencias que surjan entre lo pagado por concepto de los contrato de prestación de servicios y lo aquí ordenado; sumas que deben ser indexadas en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. y de acuerdo con la fórmula expuesta en la parte considerativa.

Séptimo.- Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A.

Octavo.- Condenar en costas a la entidad demandada para el cual se fija como agencias en derecho la suma de dos (2) SMMLV. Por Secretaría, liquídense las demás.

Noveno.- Denegar las demás súplicas de la demanda.

Décimo.- Téngase como sucesor procesal a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN y/o la AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Por secretaría, notifíquese la presente sentencia al correo electrónico de las mismas.

Undécimo.- Ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría del Juzgado, remítase a la demandada para su cumplimiento como lo indican los incisos finales de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A., expídase copia auténtica de la sentencia con constancia de ejecutoria de la presente providencia y del poder a las partes con los fines legales pertinentes. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGÜELLO
Juez