CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 28 de septiembre de 2017

Expediente:	**760012331000 – 2012 -00078 – 01 (1356 – 2016)**
Acción:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante:	**Edwin Fernando Guette Dosman**
Demandado:	**Departamento Administrativo de Seguridad – DAS -**
Trámite:	**Decreto 01 de 1984**
Asunto:	**Contrato Realidad**

La Sala decide[1] el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la sentencia de 13 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

A N T E C E D E N T E S

[1] El expediente ingresó al despacho el 5 de agosto de 2016 (folio 376)

Edwin Fernando Guette Dosman, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, con la finalidad de que en la sentencia se acceda a la declaratoria de nulidad del oficio Nº OJUR 2011-934535-5 de 11 de octubre de 2011, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral, legal y reglamentaria.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se declare la existencia de una relación laboral con el Departamento Administrativo de Seguridad, de conformidad con los contratos de prestación de servicios y se paguen los salarios y prestaciones sociales que se deriven de la misma[2], esto es, indemnización por retiro sin justa causa, bonificación por servicios prestados, viáticos, vacaciones, primas de servicio, prima de antigüedad, prima de riesgo, cesantías, intereses a las cesantías, dotaciones, primas especiales de clima e instalación, reliquidación de salarios y prestaciones sociales con fundamento en los anteriores conceptos incluyendo los viáticos, devolución de saldos por concepto de seguridad social en salud y pensiones que canceló el actor y que correspondían al demandado, retenciones efectuadas al salario y los intereses por haber sido asumidos por el actor, subsidio familiar, sanción o indemnización moratoria, devolución de descuentos por retenciones, pago de pólizas y demás gastos que se derivaron del contrato de prestación de servicios y, finalmente, la costas procesales.

Lo anterior coincide con la solicitud que presentó a la entidad, en ejercicio del derecho de petición que radicó el 10 de octubre de 2011.[3]

---

[2] Folio 122 y siguientes
[3] Folio 10 y siguientes

H e c h o s

La situación fáctica[4] que presenta la demanda, la Sala se permite sintetizarla en lo siguiente: el actor se vinculó al D.A.S. el 1º de marzo de 2005, en calidad de escolta para la protección de personas, a través de la celebración de contrato de prestación de servicios, de manera continua, ininterrumpida y bajo la dependencia de los superiores de la entidad, quienes le señalaban el horario y las fechas para el desarrollo de las funciones, lo mismo que el lugar donde debía prestar el servicio; así permaneció hasta el 13 de junio de 2011. Manifestó que durante la vinculación como escolta cumplía horario de manera personal, continuada subordinación y dependencia de sus superiores, desarrollaba las funciones propias de un empleado de planta y recibía un salario de $2.609.246.00, en contraprestación de sus servicios.

Indicó que el lugar donde debía prestar los servicios era determinado por el empleador y se le asignaban funciones para desarrollar en lugares y sede diferentes, de acuerdo con las instrucciones que se le impartían ejerciendo una función pública, toda vez que realizaba las mismas del personal de planta del DAS que se desempeñaba como escolta.

En 7 de octubre de 2011[5], a través de apoderado, el actor presentó reclamación administrativa ante la demandada, para el reconocimiento de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, y mediante el acto acusado[6], de fecha 11 de octubre de 2011, se le negó lo pretendido.

Normas violadas y concepto de violación[7]

[4] Folio 130 y siguientes
[5] Folio 10
[6] Folio 5
[7] Folio 133 y siguientes

Se invocaron los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53, 83 y 122 de la Constitución Política; los artículos 131, 132, 135, 137 y 152 del Código Contencioso Administrativo; el Decreto 2146 de 1989; la Resolución No 01759 de 7 de agosto de 2004.

En concepto del actor se vulnera la norma constitucional pues, en su sentir, se transgreden sus derechos laborales porque ha prestados sus servicios bajo los parámetros de una relación legal y reglamentaria sin reconocimiento de los salarios y prestaciones propios del cargo ejercido.

Oposición a la demanda[8]

La entidad demandada presentó las siguientes excepciones: caducidad, buena fe, inexistencia de la obligación, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda por falta de los requisitos formales, falta de interés jurídico para obrar, enriquecimiento ilícito e injustificado del actor. Igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.

Manifestó que el contrato de prestación de servicios es un convenio celebrado entre una persona natural o jurídica con el Estado, a través del cual se obliga a desarrollar de forma excepcional unas actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad o para

[8] Folio 159 y siguientes

actividades técnicas o especializadas que no puede asumir el personal de planta.

Señaló que no se puede predicar que un contrato que la entidad suscribió con un particular para brindar seguridad a un grupo poblacional como dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos en riesgo genere relación laboral, al considerar que las características contractuales fueron aceptadas por el demandante al suscribir el contrato.

Indicó que las medidas de protección fueron implementadas por el Ministerio del Interior a través de la Dirección General de Derechos Humanos, de la cual no solo hace parte el DAS, por tanto, esas personas deben comparecer al proceso pues la decisión que se adopte en la sentencia los afecta.

Insistió en que el vínculo no es como empleado o servidor público sino como contratista mediante contrato de prestación de servicios de protección por lo que, en su sentir, no existió ninguna relación jurídica con la entidad que se derive del contrato así las labores hubiesen sido semejantes a las de un escolta.

La sentencia de primera instancia[9]

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda, al establecer de las pruebas allegadas al plenario que con ellas se demuestran los elementos que generan el contrato realidad, pues, en desarrollo de las actividades

[9] 379

realizadas por el actor, se determinó que hubo continuada subordinación y dependencia, en la que debía cumplir órdenes e instrucciones impartidas por sus superiores y rendir los informes que estos requirieran; además, se le pagaba un sueldo y debía prestar el servicio de manera personal.

En consecuencia, no se prosperaron las excepciones formulada por la entidad, se anuló el acto acusado y declaró la existencia de la relación laboral reclamada desde el 1º de marzo de 2005 hasta el 13 de junio de 2011.

Como restablecimiento del derecho condenó a la Unidad Nación de Protección (UNP), como sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S. a pagar al demandante Edwin Fernando Guette Dosman, las prestaciones sociales correspondientes al cargo de escolta de la institución, en similar situación, lo cual comprende en su respectiva base de liquidación, el promedio mensual de toda la remuneración que hubiese recibido el actor en el período comprendido entre el 1º de marzo de 2005 y el 13 de junio de 2011, al igual que las ya canceladas por el mismo en pensiones y salud, valores, que serán debidamente actualizados.

El recurso de apelación[10]

La parte demandada, se refirió a los tres elementos de la relación laboral: la prestación personal del servicio, la contraprestación y la subordinación y dependencia.

[10] Folio 307 y siguientes

En cuanto a la prestación personal del servicio dijo que el actor fue contratado para prestar servicios de protección “Escolta”, y era la persona que debía ejecutar o realizar directamente las obligaciones asignadas en el contrato, y no un tercero ajeno a la vinculación, razón por la cual el servicio lo debía prestar directamente el contratista. Agregó, en este punto, que el hecho de que el supervisor del contrato mantuviera constante vigilancia en el control de las obligaciones del contratista, no es sinónimo de subordinación, pues, dice, toda actividad contractual requiere de vigilancia y control por parte del contratante, máxime cuando en este caso la labor contratada era especialísima, por depender de ella la vida de quienes son beneficiarios del programa, por lo que existen ciertos elementos, órdenes y misiones que constituyen un medio para hacerla efectiva. Por tanto, para todo contrato surge una serie de obligaciones mutuas cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación.

Manifestó que a toda persona, por la prestación de un servicio, se le paga una contraprestación, que para el caso del actor se le pagó por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, esto es, prestar el servicio de escolta, unos horarios, los cuales no se pueden confundir con salarios, toda vez que éstos solo se pagan al personal de planta del DAS que están en nómina y no son contratistas, por tanto, dice, tampoco podría configurarse como elemento esencial del contrato el pago de honorarios dado que éstos estaban estipulados en las respectivas cláusulas contractuales.

Frente a la subordinación y dependencia manifestó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[11], con fundamento en la Ley 80, en su artículo 32, ha reiterado que son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas

[11] No citó referencia alguna

naturales, cuando ocurran una, de las dos siguientes razones: a) que la actividad no se pueda llevar a cabo con el personal de planta; y, b) que se requieran conocimientos especializados en la labor. Agregó que dichos requisitos se aplicaron al caso del demandante.

Señaló que los contratos de prestación de entre el extinto DAS y el actor, se suscribieron teniendo en cuenta que la necesidad surgió con el fin de garantizar la integridad personal de personas consideradas blancos de amenazas y que requerían protección especial; el programa era de competencia del Ministerio del Interior y de Justicia; que en virtud de la colaboración, el Ministerio otorgó al DAS su administración; y que en tal sentido éste no contaba con suficiente personal de planta para ejecutarlo, por ende, el ministerio citado transfería los recursos financieros para su correcta ejecución.

Resaltó que en toda actividad contractual se requiere de una vigilancia y control por parte del contratante, máxime cuando en este caso la labor contratada es especialísima, por depender de ella la vida de quienes son beneficiarios del programa, por ende existen ciertos elementos, órdenes y misiones que constituyen un medio para hacerla efectiva, y que es así como se refleja que para todo contrato surjan una serie de obligaciones mutuas cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra. Por lo anterior, dijo que no existió subordinación, por cuanto, la relación que se presentó entre el DAS y el actor fue eminentemente contractual, y que el hecho de que esta entidad facilitara el desarrollo de la labor de escolta correspondía más a la órbita de una coordinación de actividades contractuales, y no al sometimiento subordinado del contratista a la entidad demandada.

El concepto del Ministerio Público[12]

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado emitió el Concepto No 255-2016, de 27 de julio de 2016, solicita que la sentencia de primera instancia se confirme, pues, considera que se presentan los elementos que configuran una verdadera relación laboral.

C O N S I D E R A C I O N E S

Agotada como se encuentra la instancia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la decisión de primera instancia.

El Problema jurídico

El problema jurídico se contrae a establecer si entre el Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S. y el señor Edwin Fernando Guette Dosman existió una relación de subordinación y dependencia mediante la cual los distintos contratos de prestación de servicios que se celebraron mutaron en una verdadera relación laboral.

Para efectos de decidir el problema jurídico que se ha planteado se procederá así: se citarán las normas que aluden al contrato realidad, la jurisprudencia relacionada con el mismo y el caso concreto. Además, se debe establecer si hay lugar en este caso a la aplicación de la prescripción de los derechos laborales, en el evento de no haberse hecho la reclamación dentro de la oportunidad prevista en la ley para el efecto.

[12] Folio 545

La normatividad aplicable al caso en estudio

El artículo 53 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

> "Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
>
> Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (Se subrayó).
>
> El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
>
> Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.
> La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, así:

> "ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>
> 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:
> a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
> b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
> c. Un salario como retribución del servicio.

> 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

Lo anterior se trata de una presunción en material laboral ordinaria que tiene una consecuencia consistente en que el empleador es el que tiene que probarla, mientras que en materia de las relaciones de los servidores o particulares con el Estado que manifiesten tener una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios tiene que desvirtuar dos presunciones de orden legal. La primera, esto es, la del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y la segunda, la del acto administrativo que lo nombra. La carga de la prueba estará a cargo del actor quien tendrá que probar los elementos de la relación laboral del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Es decir, que el contratista que alega la existencia de la realidad sobre las formas debe demostrar los elementos contenidos en la norma mencionada, como son: 1) La actividad personal del trabajador, esto es, que debe ser realizada por él mismo y no por interpuesta persona; 2) Que exista subordinación continuada y dependencia del trabajador con relación a su empleador, según la cual, éste pueda darle órdenes y aquél las cumpla en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y 3) Que como retribución del trabajo que presta el trabajador éste perciba una remuneración.

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

Ahora, la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, “por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, regula lo concerniente al Contrato de Prestación de Servicios, en el numeral 3º, así:

> “3o. Contrato de prestación de servicios
> Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados (sic).
>
> En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

El contrato de prestación de servicios es aquél que suscriben las entidades del Estado con el objetivo de desarrollar actividades que tienen que ver con su funcionamiento y se celebra con personas naturales o jurídicas, en aquellos casos en que el objeto social de la entidad no se puede llevar a cabo con el personal perteneciente a ella. También se puede celebrar este contrato cuando la actividad a desarrollar requiere conocimientos especializados. Además, en esta clase de contrato no se genera relación laboral ni prestaciones sociales y no se pueden celebrar sino por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

Efectuado el análisis anterior relacionado con la normatividad aplicable al asunto bajo estudio, se procede ahora a consultar la jurisprudencia de la Corporación[13] relacionada con el contrato realidad.

> “(…) La Sala en diversos pronunciamientos ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional[14] alrededor de la diferencia existente entre el

[13] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B” Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN (E) Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) Actor: GERMÁN DARIO RUEDA SANABRIA Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S., EN SUPRESIÓN.

contrato de prestación de servicios propiamente dicho, con las situaciones en las cuales la administración, con el propósito de disfrazar una verdadera relación laboral, realiza sucesivas vinculaciones bajo la modalidad de órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios para evadir el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Así, el contrato de prestación de servicios, el cual no genera retribución distinta que los honorarios en él pactados, se celebra en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser desarrollada por personas vinculadas a la entidad o cuando requiere de conocimientos especializados para lo cual se han establecido las siguientes características:

- El contrato 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.
- El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el elemento esencial del contrato. El contratista dispone de amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, delimitada por el plazo y la realización de la labor.- La vigencia del contrato es temporal. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.

- La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con quienes celebraron contratos de prestación de servicios, inicialmente señaló que por estar desvirtuados los elementos esenciales de este tipo de relación contractual, emergía una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre ella y la que desarrollan otras personas como empleados públicos que laboran en el mismo centro. Lo anterior, por cuanto desarrollan idéntica actividad, cumplen órdenes, horario y prestan servicios de manera permanente, personal y subordinada. Ello en atención a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que prevé el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, no se accedía a conceder prestaciones sociales propiamente dichas, sino que, a título de "indemnización" para restablecer el derecho, se ordenaba el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados que prestaban sus servicios en la misma entidad, tomando como base el valor pactado en el contrato. Se argumentaba la irrenunciabilidad de los derechos contra expresa prohibición legal (artículo 53 de la Constitución Política) y que al desnaturalizarse una relación laboral para convertirla en la contractual regulada por la ley 80 de 1993, tales cláusulas no regían para el derecho por

[14] Sentencias C-555 de 1994 y C-154 de 1997.

falta de existencia, caso en el cual no se requería de pronunciamiento judicial.

El criterio jurisprudencial anteriormente mencionado fue modificado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de noviembre 18 de 2003, expediente No. 1999-00039-01 (IJ-0039), actor. María Zulay Ramírez. Para mayor ilustración resulta pertinente transcribir los aportes de mayor relevancia jurídica de tal sentencia: 1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley. 2.- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. 3.- No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales. Igualmente la mencionada situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo que con la administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Cada una de estas situaciones, según la decisión de Sala Plena, "*es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos, razón por la cual, surge como corolario obligado que los conflictos de interés que aparezcan deben medirse con la normatividad pertinente, que no es por un mismo rasero...".*

Ahora bien, en el asunto resuelto en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, anteriormente mencionada, se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico. A continuación y teniendo en cuenta que el presente proceso cuenta con las mismas características, se harán las siguientes precisiones:

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el primero y el contrato y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la Corte Constitucional, en sentencia de C- 154 de 1.997 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara. La comparación le permitió a la Corte establecer que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la

> cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.
>
> Así, en la mencionada sentencia se determinó que debido a lo anterior, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Así mismo, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (artículo 53 Constitución Política) (…)".

Visto lo señalado por la jurisprudencia de la corporación respecto de los requisitos que se deben cumplir a efectos del reconocimiento del contrato realidad, se procederá en seguida al estudio del caso del actor para establecer si se presentan los tres elementos previsto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, la actividad personal del trabajador, la subordinación y dependencia continuada del trabajador con relación a su empleador y la retribución del trabajo, es decir, la remuneración.

Del caso concreto

El demandante solicitó[15] que se le reconociera la existencia de una relación laboral o contrato realidad y, por tanto, se le pagaran los salarios y prestaciones sociales que percibe el escolta vinculado a la entidad D.A.S., mediante una relación legal y reglamentaria, esto es, indemnización por retiro sin justa causa, vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, prima de riesgo, cesantías, indemnización por falta de pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías, indemnización por falta de pago, dotaciones, devolución de los pagos por concepto de seguridad social en salud, pensión,

[15] Folio 10

riesgos laborales, retención en la fuente, dinero pagado por concepto de póliza de seguro, y la correspondiente indexación de los valores resultantes. La solicitud se presentó el 10 de octubre de 2011.

En respuesta a la petición anterior, el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, a través del acto acusado[16], no atiende de manera favorable la solicitud del demandante, ante lo cual, y previo al agotamiento del requisito de procedibilidad, acude a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a pedir la anulación del mencionado acto y como consecuencia de ello, se condene a la entidad demandada al pago de los citados emolumentos.

Conforme a lo anterior, el demandante afirma que laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad mediante contrato de prestación de servicios y desarrolló las funciones propias de un escolta de protección de la entidad lo cual, en su sentir, hace que se configure una relación de carácter laboral, por tanto, se le debe pagar los salarios y prestaciones en las mismas condiciones de aquél.

La prueba documental allegada informa que el actor efectivamente prestó sus servicios en el DAS mediante la celebración de contratos de prestación de servicios para desarrollar las actividades de escolta[17] donde se le asignara el esquema de protección, de conformidad con el componente de seguridad de personas dentro del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensoras de Derechos Humanos, y en atención a las medidas de seguridad que fueran aprobadas por el Comité

[16] Folio 6
[17] Folios 20 y siguientes
* Adicional

de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia.

Los contratos de prestación de servicios suscritos son los siguientes:

Nº	INICIO	TERMINACIÓN
039	01-03-2005	30-06-2005
039 A	01-07-2005	30-08-2005
239	31-08-2005	28-02-2006
035	01-03-2006	30-11-2006
143	01-12-2006	30-06-2007
043	01-07-2007	31-12-2007
156	01-01-2008	31-12-2008
045	01-01-2009	30-06-2009
045 A	01-07-2009	29-08-2009
045 A	30-08-2009	28-09-2009
043	29-09-2009	27-11-2009
043 A	28-11-2009	17-12-2009
195	18-12-2009	31-03-2010
022	01-04-2010	30-06-2010
022 A	01-07-2010	31-07-2010
095	01-08-2010	31-12-2010
165	01-01-2011	31-03-2011
165 A	01-04-2011	30-04-2011
008	01-05-2011	30-05-2011
037	01-06-2011	30-06-2011

Ahora, el objeto de los contratos suscritos entre el demandante y el DAS consistía en lo siguiente:

> "PRIMERA: OBJETO – El CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S. a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Cali y eventualmente en la cuidad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente de seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riegos del Ministerio del Interior y de Justicia…"[18]

De la lectura y análisis de cada uno de los contratos arriba relacionados, la Sala observa que el actor se encontraba subordinado a las directrices

[18] Folio 19

impartidas por la entidad, pues, la función del Departamento Administrativo de Seguridad consiste en brindar seguridad a personas beneficiarias del esquema de protección para lo cual el escolta debe acatar las órdenes que le sean impartidas, por ende, se establece que el demandante en el ejercicio y desarrollo de los contratos de prestación de servicios que suscribió con el DAS, ejecutaba labores propias de las funciones asignadas a esa entidad como lo dispone el artículo 2 del Decreto 643 de 2004, entre otras:

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

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede señalar que el demandante logró desvirtuar las características del contrato de prestación de servicios, toda vez que en su condición de escolta, no desarrolló funciones meramente temporales sino que su vinculación se prorrogó por más de 3 años, sin contar con autonomía e independencia en su labor, pues, estaba sometido a horarios, turnos y órdenes de trabajo debido a la naturaleza de sus funciones, lo que se puede establecer de la lectura de los distintos contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante con la entidad demandada.

Así mismo, no contaba con autonomía e independencia para la realización de las labores, ya que de manera permanente debía estar atento a las

instrucciones que se impartieran y sujeto a un horario de trabajo, es decir, era dependiente y subordinado elementos que son propios de la relación laboral y no de un contrato de prestación de servicios.

En lo relacionado con la subordinación es evidente que en el contrato de prestación de servicios el objeto se realiza con total independencia, sin embargo, en este caso, el demandante siempre estuvo obligado a informar a la oficina de Protección del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS – sobre todos los desplazamientos que realizara y atender permanentemente las instrucciones impartidas en lo relacionado con las armas, técnica y proyectivas; y comunicar a un supervisor la actividad que se encontrara realizando, es decir, a quien escoltaba y las novedades que ocurrieran como por ejemplo incapacidades, permisos y demás circunstancia que se presentaran en el desarrollo de la actividad contratada.

En este orden de ideas, la Sala considera que los servicios que el actor prestó al DAS fueron personales, dependientes y subordinados lo que lleva a que se desvirtúe la existencia del contrato de prestación de servicios, de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral, de acuerdo con el contenido del artículo 53 de la Constitución Política, por tanto, la situación del demandante debe tener especial protección del Estado, según las previsiones del artículo 25 superior.

Así, pues, al desvirtuarse el vínculo contractual es procedente la declaratoria de una relación laboral que si bien no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, sí genera un trato similar al que tiene un empleado público que ejerce las mismas funciones.

La Sala concluye de lo anterior que en el presente caso prevalece la realidad sobre la forma, esto es, que no obstante existir una vinculación de tipo contractual, las actividades desarrolladas por el actor fueron similares a las de otros escoltas de planta del DAS, toda vez que hubo subordinación continuada, prestación personal el servicio y una remuneración.

La prescripción

El artículo 102 del Decreto No 1848 de 4 de noviembre de 1969, "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", regula lo relacionado con el tema de la prescripción de las acciones que emanan de los derechos consagrados en las normas, así:

> "ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.
> 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
>
> 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual" (Se subrayó).

Pues bien, en lo relacionado con la extinción de los derechos que se deriven de una relación contractual en donde se demuestra la existencia de un contrato de trabajo, en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, la Sección Segunda de esta Corporación precisó lo siguiente en sentencia del 9 de abril de 2014[19].

> "[…] En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las

[19] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Expediente: 2012-00338, actor: Danny Silva Valencia Vs. Departamento Administrativo de Seguridad. También en el proceso 20001-23-31-000-2011-00142-01.

prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

En los casos analizados en épocas anteriores por la Sala, como el estudiado en la sentencia cuyo aparte se transcribió previamente, la relación contractual terminó en mayo de 2000 y la reclamación de reconocimiento de las prestaciones sociales se hizo en ese mismo año y dio origen al oficio acusado expedido en el mes de septiembre, es decir, no había vencido el término para que el demandante reclamara sus derechos laborales, consistentes en la declaración misma de la relación laboral (…)

No ocurre lo mismo en el caso bajo análisis, cuando se trata de relaciones contractuales extinguidas algunas en el año 1994, otras en los años 2000, 2001, 2002 o máximo hasta el año 2003, pero la reclamación en sede administrativa se hizo hasta el año 2010, mediante escrito radicado el 30 de julio (fl. 2).

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración".

En esos términos, la propia Sección Segunda precisó el alcance del precedente fijado en la sentencia del 19 de febrero de 2009, en el sentido de acceder al restablecimiento del derecho solo en los casos en que la parte demandante reclamó ante la administración "máximo dentro de los 3 años siguientes a su retiro y luego haya acudido en término ante esta jurisdicción", interpretación que resulta razonable en la medida que es injustificable la inactividad de los demandantes desinteresados que reclaman el pago de acreencias laborales muchos años después de que se han hecho exigibles.

En otras palabras y de acuerdo a la posición jurisprudencial citada en precedencia, se hace necesario que el interesado una vez haya fenecido la relación contractual estatal regida por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, debe reclamar la declaración ante la administración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan […]".

Entonces, si bien el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de

> hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, también es cierto que, no podría dársele tal efecto a la prestación de un servicio que estuvo totalmente desprovisto del ritual contractual estatal, motivo por el cual, no resulta de recibo acoger el argumento del libelista, por cuanto que si bien la administración le reconoció y pago los efectos económicos derivados de la actividad desarrollada por el demandante durante el lapso comprendido entre noviembre y diciembre de 2011, ello se produjo bajo la existencia de un hecho administrativo y no derivado de la existencia de un contrato de prestación de servicios […]".

Pues bien, realizado el anterior análisis jurisprudencial acerca de la prescripción del derecho a reclamar las prestaciones sociales que se deriven de una relación laboral, la Sala entra al estudio del caso del demandante para establecer si ocurrió o no el fenómeno jurídico estudiado anteriormente, esto es, la prescripción.

La prueba documental allegada informa que el demandante suscribió diferentes contratos de prestación de servicios con el Departamento Administrativo de Seguridad, de manera ininterrumpida, el último de los cuales culminó el 30 de junio de 2011[20], y que el 10 de octubre del mismo año[21] acudió a la entidad a presentar la reclamación para que se le reconociera las prestaciones sociales que se derivan de ellos.

De lo anterior, se establece que el demandante acudió oportunamente a reclamar los derechos prestacionales causados, por tanto, no se generó el fenómeno jurídico de la prescripción de las prestaciones durante dicho periodo, toda vez que la reclamación se hizo dentro del plazo legal señalado en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, y lo que al respecto ha señalado la jurisprudencia que arriba se ha citado. En consecuencia, y de acuerdo con todo lo considerado en precedencia, la sentencia será confirmada.

[20] Folio 82 y siguientes
[21] Folio 10

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca proferida el 13 de octubre de 2015, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentó Edwin Fernando Guette Dosman contra el Departamento Administrativo de Seguridad – D.AS., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por la secretaría de la Sección Segunda de la Corporación devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y déjense las constancias de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Los consejeros

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS **CARMELO PERDOMO CUÉTER**