

VINCULACIONES CON ENTIDADES DEL ESTADO - Clases

Nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

FUENTE FORMAL : LEY 80 DE 1993 -ARTÍCULO 32 /

CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO - Requisitos

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

PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS ESTABLECIDAS / CONTRATO REALIDAD

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

RELACIÓN LABORAL- Elementos / CARGA DE LA PRUEBA

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

RELACIÓN LABORAL- No otorga la calidad de empleado público

La existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la **calidad de empleado público**.

APORTES A PENSIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

En el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de

seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor.

CONTRATO REALIDAD/ VACACIONES – Compensación en dinero / PRIMA DE VACACIONES

La razón argumentativa del reconocimiento de las vacaciones y prima de vacaciones que para el apelante fueron excluidas en la sentencia impugnada, pero que a la luz de la misma, al considerárseles como prestaciones sociales emanadas de la relación laboral declarada, están comprendidas en la decisión al haber sido preestablecidas por el legislador en virtud de los servicios subordinados prestados al empleador (...) Bajo esa tesitura, habrá de reformarse el numeral 2º de la providencia apelada para incluir expresamente estas dos prestaciones, donde el derecho al descanso previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, al no haberse disfrutado de la forma establecida, será reconocido monetaria y excepcionalmente en los términos del Decreto Ley 1045 de 1978

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / DECRETO LEY 1045 DE 1978

SUBSIDIO FAMILIAR- Modalidades

El sistema de subsidio familiar, fue definido en la Ley 21 de 1982, con los siguientes componentes centrales: En primer término, como “una prestación social pagadera en dinero, en especie y en servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.”. A partir de esta definición legal se constituyeron tres modalidades de subsidio familiar a saber: en dinero, en especie y en servicios. El subsidio en dinero es “la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación”; el subsidio en especie es “el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación (...)”, y el subsidio en servicios es “aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar (...)”

FUENTE FORMAL: LEY 21 DE 1982

DEVOLUCIÓN DE APORTES AL CONTRATISTA

En relación con la pretensión de devolución de los dineros que a título de aportes al sistema de seguridad social le hubiera correspondido efectuar a la entidad y que se asevera fueron sufragados por el demandante, solo es procedente respecto de la cuota parte legal que la parte demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios relacionados en la sentencia de primera instancia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 66001-23-33-000-2011-00282-01(1824-17)

Actor: LENIN SÁNCHEZ TORRES

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS - SUCESOR PROCESAL UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN UNP

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho - Decreto 01 de 1984

Tema: Aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la formalidad en las relaciones laborales respecto a vacaciones, prima de vacaciones, subsidio familiar y aportes en salud y pensión. Departamento Administrativo de Seguridad DAS - Prestación de servicios de escolta.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 14 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

El señor Lenin Sánchez Torres por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

*“Que se declare la **nulidad** de los siguientes actos administrativos*

a.- Oficio o Resolución Nro. DAS.SRIS.DIR 63836-1, suscrito el día 11 de febrero de 2011 y notificado el día 17 de febrero de 2011, por medio del cual se niega el reconocimiento de una relación laboral entre el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- y el señor LENIN SÁNCHEZ TORRES, en virtud de todos los contratos de prestación de servicio suscritos desde el día 03 de marzo de 2005 hasta el 09 de enero de 2009 con dicha entidad de seguridad, y en consecuencia se ordene el pago a título de indemnización de todas las prestaciones sociales y el reconocimiento y pago de las cotizaciones correspondientes a Seguridad Social Integral.

Y como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, **condene** al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- a:

Ido) Declarar el reconocimiento de la relación laboral que existió entre el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS – y el señor LENIN SÁNCHEZ TORRES, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos desde el día 03 de marzo de 2005 hasta el día 09 de enero de 2009, y en consecuencia ordene el pago a título de indemnización de todas las prestaciones sociales, tales como primas de navidad y alimentación, vacaciones, prima de vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, dotación de vestido y calzado, auxilio de transporte, subsidio familiar, gastos de representación, bonificación por servicios prestados, bonificación de recreación, viáticos, incremento de salario por antigüedad, horas extras, dominicales y festivos, prima de servicio, prima de dirección, prima técnica, reconocimiento por coordinación, prima especial de riesgo, prima de orden público, prima de clima, prima de instalación, las correspondientes doceavas, entre las demás que contemple las leyes y decretos de la Republica de Colombia para los servidores públicos de planta en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS -, las cuales son reconocidas para los servidores públicos de nómina, y que deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios.

IIro) Que se declare el reconocimiento y pago de las cotizaciones correspondientes a Seguridad Social Integral, como son salud, pensión y riesgos profesionales a título de indemnización, los cuales deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios.

IIIro) Que las sumas reconocidas deberán contener la actualización, los intereses y las indexaciones de acuerdo al I.P.C., así como el pago y reconocimiento de los ajustes de valor a que haya lugar por motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

IVto) A la indexación y actualización de las condenas de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo; y al cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Vto) Que se declare el pago de las costas y perjuicios que con ocasión de este proceso se generen y en favor del demandante.”¹.

1.1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

El demandante desempeñó la labor de escolta en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS durante 3 años, 10 meses y 9 días, sin solución de continuidad, bajo la entera subordinación y dependencia, así:

Con el contrato de prestación de servicios No. 012, desde el 8 de marzo de 2005 y finalizó el 30 de junio de 2005, cuyo valor fue \$5.560.000,00.

Por dos meses con el contrato de prestación de servicios No. 023, desde el 1º de julio de 2005 hasta el 30 de agosto de 2005, cuyo valor fue \$2.780.000,00

Por seis meses con el contrato de prestación de servicios No. 046, desde el 31 de agosto de 2005 hasta el 28 de febrero de 2006, cuyo valor fue \$9.975.873,33.

Por nueve meses con el contrato de prestación de servicios No. 010, desde el 1º de marzo de 2006 hasta el 30 de noviembre de 2006, cuyo valor fue \$13.122.990,00, adicionado el 10 de agosto de 2006 por la suma de \$2.289.000,00.

¹ Folio 2 del cuaderno 1.

Con el contrato de prestación de servicios No. 030, desde el 1º de diciembre de 2006 hasta el 30 de junio de 2007, cuyo valor fue \$15.799.110,00.

Por seis meses con el contrato de prestación de servicios No. 006, desde el 1º de julio de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007, cuyo valor fue \$13.784.040,00.

Por un año con el contrato de prestación de servicios No. 025, desde el 1º de enero de 2008 hasta el 9 de enero de 2009, cuyo valor fue \$28.468.080,00, adicionado el 12 de mayo de 2008 por la suma de \$362.960,00, para un total de \$28.831.040,00.

El señor Lenin Sánchez Torres cumplía los horarios exigidos por el DAS firmando minutas de guardia, libros de control de contratistas, interno de misiones, de armamento y registro de vehículos; recibía viáticos; debía estar en disponibilidad permanente; realizaba actividades de protección en el lugar que le asignaba el DAS previa misión de trabajo o designado por el jefe; debía portar el carnet; presentaba para su revisión radios, vehículos del DAS y elementos logísticos de dotación en la dependencia de Control de Armamento, los cuales mantenía en buen estado; informaba oportunamente a la Oficina de Protección Especial del DAS sus desplazamientos a otras ciudades y las novedades acaecidas en el servicio; informaba al supervisor del contrato los permisos, incapacidades u otras circunstancias que suspendían o interrumpían la ejecución del contrato; y reportaba al superior inmediato todos los desplazamientos del protegido.

La entidad lo dotó de chalecos antibalas, celulares, municiones, vehículos de carácter oficial, armamento de corto y largo alcance que para su porte siempre requería el acta de entrega, de compromiso y el respectivo salvoconducto.

Siempre estuvo vigilado y controlado como se puede verificar de los memorandos, controles y órdenes de trabajo, misiones y llamados de atención; las funciones que desarrolló como escolta son inherentes y consustanciales al DAS, que exigieron su entrega permanente y subordinada, careciendo de autonomía e independencia;

nunca le fueron consignadas ni reconocidas las prestaciones sociales que por ley tiene derecho un servidor público, ni afiliado al Sistema de Seguridad Integral, no disfrutó de ningún periodo de vacaciones ni de su consecuente prima, no le pagaron horas extras, recargos nocturnos, trabajos dominicales, festivos ni compensatorios.

1.1.2. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 1, 2, 25, 53, 55, 93, 94, 121, 122, 123, 125, 209 y el preámbulo de la Constitución Política; 2, 3 y 85 del Código Contencioso Administrativo; Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado Colombiano, así como los convenios de la OIT identificados con los números 87, 95, 98, 100 y 111; y Recomendación sobre la relación de trabajo R198, 2006, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 95ª reunión del 31 de mayo de 2006.

El apoderado judicial actor, adjudica el concepto de violación al desconocimiento por parte del Departamento Administrativo de Seguridad DAS del fin propuesto por el Estado respecto al trabajo, por recurrir a la modalidad de los contratos de prestación de servicios para disfrazar una verdadera relación laboral, originando con ello un detrimento de los derechos de los contratistas, al exigir tareas inherentes a las de cualquier empleado público o trabajador oficial.

Menciona que las pruebas obrantes demuestran que la labor del accionante no fue independiente y autónoma, sino, gobernada por el superior jerárquico y demás funcionarios directivos, prestada personalmente de manera continua y prolongada, cumpliendo una jornada laboral con remuneración a cambio de sus servicios.

1.2. Contestación de la demanda

La accionada se opuso expresamente a que se hagan las declaraciones y condenas deprecadas por su contraparte formulando las excepciones de mérito denominadas: “a. *INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES*.”, “b. *HABÉRSELE DADO A LA DEMANDA EL TRÁMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE*.”, “c. *FALTA DE INTERES JURÍDICO PARA OBRAR*.”, “d. *ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INJUSTIFICADO DEL ACTOR*.” y “e. *LA EXCEPCION GENÉRICA*”².

Adujo que los contratos de prestación de servicios celebrados no configuran los elementos esenciales del contrato de trabajo, ni los de subordinación; que las funciones ejercidas por el accionante no fueron obligaciones propias de un empleado del DAS, sino propias de la actividad contratada; que de los informes y gestiones adelantadas por el demandante no se infiere la existencia de una relación laboral; que el demandante debía atender las obligaciones contractuales estipuladas de acuerdo con los parámetros fijados por la Oficina de Protección del nivel central y de las seccionales para determinar las directrices respecto a la protección que se les debía prestar a quienes la necesitaban.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Risaralda mediante sentencia del 14 de diciembre de 2016, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó reconocer al demandante las prestaciones sociales comunes de los servidores públicos que ostentan la calidad de escoltas del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, liquidadas conforme a los valores pactados en los contratos, sin solución de continuidad, tomando como base los honorarios derivados de los mismos desde el 8 de marzo de 2005 hasta el 9 de enero de 2009, tiempo que se debe computar para efectos pensionales.

Igualmente ordenó pagar al accionante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos respectivos durante el citado periodo, en su defecto señaló, que la parte demandada efectuará las cotizaciones a que haya lugar.

² Folios 339 al 342 del cuaderno 1.

Como sustento de su decisión expuso los siguientes argumentos:

Las pruebas arrojadas al proceso permitieron vislumbrar los elementos que caracterizan la relación laboral en razón a que la función desarrollada imponía el deber de atender las directrices impartidas por la entidad en las distintas misiones, desvaneciéndose la figura de la coordinación, autonomía e independencia con la que se presta el servicio, sobre todo cuando se debían emplear los elementos de dotación suministrados por el DAS, comportamientos propios de una marcada subordinación.

Se demostró el ánimo de emplear de modo permanente y continuo los servicios del demandante, y que no fue una relación o vínculo de tipo ocasional ni esporádico, desdibujando la temporalidad y transitoriedad inmersa en los contratos de prestación de servicios.

1.4. Argumentos de la apelación

El demandante por conducto de apoderado, refuta que al parecer en el fallo se omitió pronunciamiento respecto a las vacaciones, prima de vacaciones, caja de compensación familiar y el pago o devolución de saldos de seguridad social, por lo que solicita la adición o modificación, como quiera que las vacaciones no las pudo disfrutar debido a las circunstancias en que fue vinculado, además porque ese concepto y sus correspondientes primas son derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables, que para efectos prácticos de acuerdo a la decisión de instancia, tiene las mismas connotaciones jurídicas y derechos que un empleado regularmente vinculado en ese entonces a la planta de personal del DAS y por ende la compensación proporcional en dinero durante el periodo declarado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 20 del Decreto 1045 de 1978.

La caja de compensación familiar equivale al 4% de los aportes de la seguridad social, derecho que al no haberse ejercido conllevó a un detrimento en su calidad de vida por afectar el desarrollo humano, familiar, laboral y social.

Al haber pagado el 100% de la seguridad social, tiene derecho a que la entidad le reconozca el porcentaje que tenía que realizar el empleador debidamente indexado, porque de lo contrario existiría un enriquecimiento sin causa.

1.5. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 11 de agosto de 2017, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo³.

³ Folio 485 del cuaderno 1.

Término dentro del cual el demandante discurrió que las vacaciones y las primas de vacaciones hacen parte de su patrimonio, constituyen un derecho adquirido, hacen parte de la esencia de la relación laboral, se deben compensar a través de una suma de dinero, y que al haber estado subordinado tiene derecho a estas acreencias laborales junto a la caja de compensación familiar y al pago de la seguridad social integral dejadas de percibir.

II. CONSIDERACIONES

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

2.1. Competencia

La Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 del Decreto 01 de 1984, es competente para conocer la apelación interpuesta contra la sentencia del 14 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

2.2. Problema jurídico

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si las vacaciones, prima de vacaciones, subsidio familiar y aportes en salud y pensión, hacen parte de las prestaciones que debieron ser reconocidas a favor del accionante Lenin Sánchez Torres por haberse declarado la existencia de una relación laboral con la Administración.

2.3. Marco legal y jurisprudencial en materia de contrato realidad

Esta Subsección ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la

Constitución Política que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos instituidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

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

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

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

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

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

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

mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

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

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

.- Del contrato de prestación de servicios con entidades públicas

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

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

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

En sentencia C-154-97⁴ la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

⁴ Corte Constitucional, Sentencia del 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

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

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

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

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

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

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

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

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional, que en sentencia

C-614 de 2009 señaló entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral.

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

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

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

En este sentido, el Decreto 2503 de 1998⁵ define el empleo de la siguiente manera:

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

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

⁵ Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998.

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

“Art. 19 El Empleo Público.

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

2. El diseño de cada empleo debe contener:

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

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

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

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

Otra limitación fijada en la ley para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios se encuentra prevista en la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la

administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, la cual consagra en su capítulo de disposiciones finales lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado⁶.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional establece que **el trabajo es un derecho fundamental** que goza "*...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado*". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen

⁶ *Ibíd.*

actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003⁷, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “*coordinación*”. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “*subordinación*”, aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido ***personal*** y que por dicha labor haya recibido una ***remuneración*** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista ***subordinación*** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la *permanencia*, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y *la equidad o similitud*, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia⁸ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios, una verdadera relación laboral.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

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

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

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

De otra parte, al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional⁹.

⁹ Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: “cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”.

(...)

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

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

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

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”¹⁰.

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

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

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

*Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo*¹¹ (Subraya la Sala).

Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

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

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

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público, la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar, y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud, deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso. La cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

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

“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”¹².

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor.

2.4. Los hechos probados

El señor Lenin Sánchez Torres celebró los siguientes contratos de prestación de servicios de escolta con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS:

Número	Vigencia	Plazo	Forma de pago	Folios
012 de 2005	Por el término de duración del contrato y	4 meses o hasta el 30 de junio de	Mensual	99 al 106

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 27 de febrero de 2014. Rad. 1994-13. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E).

	4 meses más.	2005		
023 de 2005	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	2 meses o hasta el 30 de agosto de 2005	Mensual	107 al 114
046 de 2005	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	6 meses y 1 día	Mensual	115 al 120
010 de 2006, adición y otro sí	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	9 meses	Mensual	121 al 128
030 de 2006	Por el término de duración del contrato y 4 meses más.	7 meses	Mensual	129 al 134
006 de 2007	Por el término de duración del contrato y 8 meses más.	6 meses	Mensual	135 al 140
025 de 2007 y adición	Por el término de duración del contrato y 8 meses más.	1 año	Mensual	141 al 148

De acuerdo con el certificado suscrito por el Coordinador Operativo DAS Risaralda (e)¹³, el actor efectivamente prestó sus servicios a la entidad demandada mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios como escolta contratista desde el 3 de marzo de 2005 hasta el 9 de enero de 2009, pero de las pruebas recaudadas se evidencia que lo fue desde el 8 de marzo de 2005, así como quedó demostrado en la providencia impugnada y de lo cual no hay objeción alguna.

El demandante radicó petición ante el DAS con el fin de solicitar el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de todas las prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social integral, entre otros¹⁴.

2.5. Acto administrativo demandado

¹³ Folio 160 del cuaderno 1.

¹⁴ Folios 37 al 42 del cuaderno 1.

El Director Seccional del DAS Risaralda, mediante Oficio DAS.SRIS.DIR 63836-1 del 11 de febrero de 2011, negó la solicitud del señor Bautista Rueda¹⁵.

En síntesis, respondió que los contratos de prestación suscritos son estatales y por ello no se consideran contratos de trabajo, los cuales no generan ninguna relación laboral ni prestaciones sociales.

2.6. Caso concreto

Como quiera que la presente instancia es suscitada por el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el demandante, emprende la Sala el análisis de los reparos concretos formulados al fallo a través de su respectivo apoderado judicial, bajo el examen de la normatividad aplicable y de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales inherentes al tema.

Al observar que el demandante, tanto en sede administrativa como en la presente acción, solicita el reconocimiento y pago de “*vacaciones, prima de vacaciones, ... subsidio familiar, ... cotizaciones correspondientes a Seguridad Social Integral,*”¹⁶, se razona que lo fallado por el Tribunal Administrativo de Risaralda está en consonancia con los hechos probados y las pretensiones aducidas en la demanda y que no se decidió causa diferente a la invocada, por cuanto en la sentencia del 14 de diciembre de 2016, a título de restablecimiento del derecho se le ordenó a la Unidad Nacional de Protección UNP reconocer al demandante Lenin Sánchez Torres las prestaciones sociales comunes que devengaban los servidores públicos que ostentan la calidad de escoltas del Departamento Administrativo de Seguridad DAS; pagar al demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los fondos respectivos, o en su defecto que la entidad realice las cotizaciones a que haya lugar; y negó las demás pretensiones de la demanda.

Es decir que la nulidad del Oficio DAS.SRIS.DIR 63836-1 del 11 de febrero de 2011, género como consecuencia el reconocimiento para el accionante de todas y

¹⁵ Folios 47 al 51 del cuaderno 1.

¹⁶ Folios 2 y 37.

cada una de las prestaciones no devengadas a pesar de haber gozado de los honorarios pactados contractualmente.

Al respecto, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, esta Corporación sostuvo:

“El restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad (...)”¹⁷

Esa, es la razón argumentativa del reconocimiento de las vacaciones y prima de vacaciones que para el apelante fueron excluidas en la sentencia impugnada, pero que a la luz de la misma, al considerárseles como prestaciones sociales emanadas de la relación laboral declarada, están comprendidas en la decisión al haber sido preestablecidas por el legislador en virtud de los servicios subordinados prestados al empleador, así:

“DECRETO 1933 DE 1989

“Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”

(...)

ARTÍCULO 8º Vacaciones. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a veinte (20) días hábiles de vacaciones por cada año de servicio.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

ARTÍCULO 9º Prima de vacaciones. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, tendrán derecho a una prima de vacaciones equivalente a veinte (20) días de salario por cada año de servicio.”

Bajo esa tesis, habrá de reformarse el numeral 2º de la providencia apelada para incluir expresamente estas dos prestaciones, donde el derecho al descanso previsto en el artículo 53 de la Constitución Política¹⁸, al no haberse disfrutado de la forma establecida, será reconocido monetaria y excepcionalmente en los términos del Decreto Ley 1045 de 1978¹⁹:

“ARTÍCULO 20. De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;

b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.”

Acerca del subsidio familiar, en estricto sentido también es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social. La Corte Constitucional en Sentencia C-508 de 1997, puso de presente que, de acuerdo con su desarrollo legislativo, en Colombia, el subsidio familiar se puede definir como una prestación

¹⁸ **“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; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. (Subrayado intencional).

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subrayado fuera del texto original).

¹⁹ *“Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.”*

social legal de carácter laboral²⁰, y desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.

Posteriormente, se autorizó a las cajas de compensación el desarrollo de obras de beneficio social, lo cual les permitió diversificar su actividad, de manera que, además de la tarea de reparto del subsidio en dinero, incursionaran también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación.

El sistema de subsidio familiar, fue definido en la Ley 21 de 1982, con los siguientes componentes centrales: En primer término como *“una prestación social pagadera en dinero, en especie y en servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.”*²¹.

A partir de esta definición legal se constituyeron tres modalidades de subsidio familiar a saber: en dinero, en especie y en servicios. El subsidio en dinero es *“la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la*

²⁰ La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las prestaciones sociales son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993.

²¹ Artículo 1º de la Ley 21 de 1982.

prestación”; el subsidio en especie es “el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación (...);” y el subsidio en servicios es “aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar (...)”²².

La ley dispone que todos los empleadores, tanto del sector privado como del público, tienen la obligación de efectuar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios. El acceso a los beneficios, sin embargo, es diferenciado, puesto que el sistema opera como mecanismo de solidaridad, tanto entre trabajadores de distintos niveles salariales, como entre diferentes empleadores, que tiene como beneficiarios directos a los trabajadores de más bajos ingresos²³.

Sobre ese esquema inicial, en diferentes etapas, se han introducido importantes reformas, entre ellas la derivada de la Ley 100 de 1993 que le asignó a las cajas de compensación un papel activo en la gestión del régimen subsidiado de salud, o la que amplió el papel de las cajas en la gestión del subsidio familiar de vivienda. La transformación más importante del sistema se produjo con la expedición de las Leyes 633 de 2000 y 789 de 2002, que ampliaron el marco de acción de las cajas, vinculándolas, más allá de la administración de una prestación social de carácter laboral, al concepto global de la protección social, abriéndolo a la prestación de servicios para no afiliados y desempleados.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-834 de 2007 expresó que el concepto de *“protección social”* contenido en la Ley 789 de 2002, es distinto de *“seguridad social”*, por cuanto, *“aquél es un conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, para obtener como mínimo los derechos a la salud, la pensión y al trabajo, al paso que, la seguridad social es, tanto un servicio público, como un derecho irrenunciable de toda persona, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando resulten afectados derechos tales como la salud, la vida digna y la integridad física y moral, entre otros”*.

²² Artículo 5º de la Ley 21 de 1982.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-440 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor Lenin Sánchez Torres la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5º de la citada Ley 21 de 1982 prevé que *“El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”*, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:

“1º. Tener el carácter de permanentes.

2º. Encontrarse entro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;

3º. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y

4º. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.”

De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

“1º. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.

2º. Los hermanos huérfanos de padre.

3º. Los padres del trabajador.”

Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo.

Luego entonces, las pruebas decretadas y practicadas no permiten llegar al convencimiento del cumplimiento a cabalidad de las exigencias legales para que el accionante sea beneficiario de esta prestación social, pues lo afirmado en la *“HOJA DE VIDA PARA SOLICITUD DE EMPLEO”*²⁴, tocante a que es *“2”* el

²⁴ Folios 52 y 53 del cuaderno principal.

número de personas que dependen económicamente del solicitante y que su parentesco es esposa e hijo, no va más allá de su propio dicho, que además, carece de fundamentación probatoria por lo menos, para verificar el cuarto requisito que instituye el examinado artículo 18.

Razones por las cuales y en el desarrollo efectivo de la alzada interpuesta, se negará la pretensión encaminada al pago del subsidio familiar analizado.

Otro de los cuestionamientos esgrimidos por el apoderado judicial apelante, atañe a la omisión de pronunciamiento sobre el argumento basado en que la entidad deberá pagarle, devolverle, reconocerle y/o compensarle en dinero al actor lo que efectivamente consignó en salud y pensión, toda vez que el 100% de los aportes fueron efectuados por su mandante.

Al contrario de lo refutado, en la sentencia de primera instancia el *a quo* ordenó “...pagar al demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos respectivos,”²⁵ es decir, se muestra el pronunciamiento que aprecia ausente el recurrente, y respecto del cual, la Sala precisa que el demandante en su calidad de contratista, tenía la obligación de afiliarse al sistema de seguridad social en salud y pensiones, y de hacer los respectivos pagos, así como se estipuló en los contratos de prestación de servicios; por ejemplo, la cláusula octava del No. 012 de 2005, indica: “OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.- Además de las obligaciones de orden legal el **CONTRATISTA** cumplirá con aquellas que se deriven del objeto del contrato y en especial las siguientes:... **14.- 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,**”²⁶.

Sobre este aspecto y teniendo en cuenta la tesis planteada por la Sala de Sección en la aludida sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, la entidad accionada deberá tomar durante el tiempo comprendido entre los vínculos

²⁵ Folio 468 del cuaderno 1, numeral 2º, inciso final.

²⁶ Folios 100 y 101 del cuaderno 1.

contractuales, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

En relación con la pretensión de devolución de los dineros que a título de aportes al sistema de seguridad social le hubiera correspondido efectuar a la entidad y que se asevera fueron sufragados por el demandante, solo es procedente respecto de la cuota parte legal que la parte demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios relacionados en la sentencia de primera instancia.

Asimismo, es importante aclarar que el pago de prestaciones sociales a que tiene derecho el accionante, como lo ha reiterado la Sala, es consecuencia de la nulidad del acto acusado, y se reconoce a título de restablecimiento del derecho; pero ello no conlleva concederle el estatus de empleado público, ya que tal condición presupone la existencia de (i) un acto administrativo que disponga el nombramiento, (ii) la posesión en el cargo y (iii) la disponibilidad presupuestal.

En este orden de ideas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el inciso final del numeral 2º de la sentencia, para ordenarle a la parte demandada lo adocinado en precedencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- REFORMAR el numeral “2.” de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 14 de diciembre de 2016, para incluir dentro de “...*las prestaciones sociales comunes...*”²⁷, el pago de la compensación por vacaciones no disfrutadas junto con la prima de vacaciones, bajo los parámetros dispuestos por el *a quo* para la cancelación de las demás prestaciones económicas.

SEGUNDO.- NEGAR el pago a título de indemnización del subsidio familiar solicitado, por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO.- REVOCAR el inciso final del numeral “2.” del fallo apelado, para ordenar que la entidad demandada deberá (i) tomar durante el tiempo comprendido entre el 8 de marzo de 2005 hasta el 9 de enero de 2009, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; (ii) para efectos de lo anterior, el accionante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador; y (iii) devolver los dineros cancelados por el actor en razón a la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos entre el 8 de marzo de 2005 hasta el 9 de enero de 2009.

²⁷ Folio 468.

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

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER