



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera: Ana María Charry Gaitán

Número de radicación: 110010306000202300684 00 .

Radicación interna: 2513

Referencia: Viabilidad de que las uniones temporales y los consorcios contraten personal operativo de vigilancia y seguridad privada mediante un contrato laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, me permito expresar a continuación, los motivos que sustentan mi aclaración de voto, respecto de la decisión adoptada en el concepto sobre la consulta de la referencia, formulada por el Ministerio de Defensa Nacional, en la cual solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitir un concepto en relación con la viabilidad de que las uniones temporales y los consorcios contraten personal operativo para prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada mediante un contrato laboral, aun cuando el permiso que concede la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada únicamente puede expedirse a favor de una persona jurídica diferente a las figuras indicadas.

En efecto, el Ministro de Defensa en concreto preguntó:

¿Es viable jurídicamente que las uniones temporales y los consorcios contraten personal operativo del sector de vigilancia y seguridad privada por medio de contrato laboral, aun cuando el permiso dado por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada es para una persona jurídica diferente a las figuras indicadas?

La respuesta dada en el concepto fue la siguiente:

Si. Los consorcios y las uniones temporales tienen capacidad para contratar personal operativo del sector de vigilancia y seguridad privada por medio de un contrato laboral.

En mi criterio, si bien es cierto que esta respuesta se ajusta a un criterio viable desde el punto de vista legal y que lo que se pretende es salvaguardar los derechos laborales de quienes trabajan al servicio de los consorcios y uniones temporales que es, de hecho, un fin constitucionalmente válido; también lo es, que el caso admite otra interpretación desde el punto de vista constitucional, por la especial característica que reviste el servicio de vigilancia y seguridad que no puede entenderse como cualquier actividad empresarial. Lo anterior, puesto que el ejercicio de esta actividad implica un gran riesgo social que puede amenazar la vida, la integridad física o los bienes de las personas y dónde puede comprometerse el principio de exclusividad del monopolio de la fuerza por parte del Estado, y generar un grave riesgo en relación con la responsabilidad por daño antijurídico en la medida en que estas formas de asociación empresarial no son personas jurídicas y puede diluirse su responsabilidad en casos de uso excesivo de la fuerza lo que puede afectar a las entidades del Estado que contratan con estas en los términos del artículo 90 constitucional.

Así las cosas, para sustentar mi postura, a continuación, haré referencia a los temas siguientes: 1) el servicio de vigilancia y seguridad privada como actividad de riesgo social; 2) naturaleza jurídica de los consorcios y uniones temporales; 3) regulación de las empresas de vigilancia privada.

1) El servicio de vigilancia y seguridad privada como actividad de riesgo social

Los servicios de vigilancia y seguridad privada dado que generan una tensión con el principio de exclusividad del monopolio de la fuerza en cabeza del Estado son constitucionalmente admisibles pero bajo una estricta regulación y vigilancia.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional estos servicios tienen dos fundamentos constitucionales: (i) la seguridad como servicio público, de lo cual se deriva que la autorización de su prestación por parte de los particulares supone el sometimiento al régimen jurídico que fije la ley (art. 365 C.P.). (ii), la seguridad privada entendida como una expresión del deber de colaboración ciudadana con la función de las autoridades de mantener el orden (art. 95 C.P.) bajo el límite que impide, que la ley pueda erigir a los particulares en garantes de la seguridad y la defensa, pues esa responsabilidad corresponde exclusivamente a la Fuerza Pública¹.

Así las cosas, el régimen jurídico que regula la actividad especializada de vigilancia y seguridad privada está consagrado en el Decreto ley 356 de 1994 compilado en el del Decreto Único Reglamentario 1070 de 2015, donde se han prescrito los parámetros de carácter organizacional, operacional y técnico que rigen la prestación de dichos servicios. De acuerdo con la Corte Constitucional, el decreto regula «la seguridad ciudadana ordinaria, no asociada al conflicto armado. Se trata de la

¹ C-128 de 2018.

regulación de ciertas actividades realizadas por los particulares, dirigidas a disminuir los riesgos personales que puedan amenazar la vida, la integridad física o los bienes de las personas»², bajo el control de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

Respecto de las condiciones para prestar este servicio la Corte estableció que: «ningún servicio de vigilancia privado puede desplazar o sustituir la actividad de defensa y seguridad desplegada por las fuerzas armadas del Estado». En consecuencia, advirtió la Corte, «tales servicios de seguridad privados se adelantarán siempre en los términos del régimen legal vigente y dentro del pleno respeto a la Constitución.»³ (subrayas fuera de texto).

Ahora bien, el servicio de vigilancia y seguridad dada sus particularidades no puede entenderse como cualquier actividad empresarial ya que su ejecución reviste un gran riesgo social que puede amenazar la vida, la integridad física o los bienes de las personas y dónde puede comprometerse el principio de exclusividad del monopolio de la fuerza por parte del Estado. Así lo ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia C-123/11:

En la regulación adoptada por el Legislador extraordinario los servicios de vigilancia y seguridad privada comprenden actividades relacionadas con la utilización de armas de fuego, recursos humanos, animales, tecnológicos o materiales, vehículos e instalaciones físicas, todos ellos encaminados a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad en lo concerniente a la vida y los bienes propios o de terceros.

Su ejercicio está ligado a la utilización de la fuerza en sus diversas manifestaciones, donde el manejo de armas de fuego y de otros implementos ligados a la seguridad hace que el riesgo de atentar contra la vida e integridad de seres humanos o de afectar sus bienes materiales esté siempre latente. **En otras palabras, la vigilancia y seguridad privada es una actividad que por su naturaleza involucra elevadas dosis de riesgo social.**

Bajo la perspectiva descrita la Corte quiere enfatizar en que las empresas de vigilancia y seguridad privada no pueden ser concebidas como simples nichos empresariales, de mercado o de inversión. No. El servicio de seguridad presenta especificidades que exigen una lectura de estas empresas en clave constitucional ligada a la colaboración de los particulares en la actividad disuasiva de posibles conductas delictivas, con miras a la protección del orden público en la búsqueda de la armónica convivencia social y, en últimas, la realización de los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 CP).

² Ver sentencia C-995 de 2004.

³ C-128 de 2018.

En relación con el concepto riesgo social, la Corte Constitucional ha precisado que, no se refiere a la protección constitucional contra contingencias individuales eventuales sino al amparo del interés general, esto es, a la defensa y salvaguarda de intereses colectivos que se materializan en la protección de los derechos constitucionales de los posibles usuarios del servicio⁴. En este sentido, los criterios para determinar qué se entiende como riesgo social son: i) la identificación de los riesgos directos e indirectos; ii) la precisión de los elementos sobre los cuales recaen; y, iii) el análisis de la magnitud de la afectación potencial. Para lo cual se debe examinar: i) la fuerza del agente productor del riesgo; ii) la vulnerabilidad o nivel de exposición y iii) la importancia o valor de los que está en riesgo⁵.

A partir de lo anterior en la sentencia C-530 de 2015, la Sala Plena concluyó que el ejercicio del oficio de la vigilancia privada a través del porte o tenencia de armas de fuego implica un riesgo social. Recordó que en los casos en los que se trata de un oficio que conlleve un riesgo social, el legislador tiene un amplio margen de configuración, y reiteró que “la norma constitucional establece claras diferencias entre las profesiones y los oficios a propósito del establecimiento de controles. Así, para el ejercicio de los segundos, la ley (i) puede exigir títulos de idoneidad, sin embargo, (ii) los oficios que no requieran formación académica son de libre ejercicio; contrario a ello, (iii) los oficios que impliquen riesgo social no son de libre ejercicio, por tanto, (iv) la libertad para ejercerlos implica ciertas restricciones y están sometidos a la inspección y vigilancia de las autoridades competentes.”

Con base en lo expuesto se concluye que la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada por el riesgo social que entraña debe ser objeto de diferenciación frente a la realización de las demás actividades económicas que no revisten tal riesgo, y, en esa medida los controles que ha establecido la ley para su prestación no pueden relativizarse sin propiciar un desajuste desde el punto de vista constitucional y abrir un margen muy amplio que puede derivar en la desnaturalización del servicio poniendo en cuestión el principio de exclusividad del monopolio de la fuerza y una constante amenaza para la vida y seguridad de las personas que no es sostenible en el modelo del estado social y democrático de derecho establecido por la Constitución.

2) Naturaleza jurídica de los consorcios y uniones temporales y la capacidad para contratar

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 80 los consorcios y uniones temporales se da cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato. Y, la diferencia entre uno y otro radica en el nivel de responsabilidad atribuido a sus miembros pues, en el caso de los consorcios se afectará a todos los miembros que lo conforman y en el de las uniones temporales según su grado de participación.

⁴ Sentencia C-594 de 2019.

⁵ Ibidem

De lo anterior queda claro que estas formas de asociación empresarial no son personas jurídicas, y sobre eso no hay discusión en la medida en que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado así lo han ratificado, y en efecto, tal precisión se hace en el concepto, y en este sentido se señala que no obstante lo anterior, estas formas de asociación tienen capacidad para contratar y para comparecer como partes en un proceso judicial.

Sobre la capacidad para contratar con el Estado hay claridad pues, esta se desprende del propósito mismo de su creación en la ley 80 de 1993 como antes se mencionó. Sin embargo, respecto esa misma capacidad pero en el ámbito de las relaciones laborales han surgido dudas que fueron objeto de revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia mediante la Sentencia del 10 de febrero de 2021⁶, precedente que resulta definitivo en la respuesta que ofrece la Sala a la presente consulta.

De acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia los consorcios y uniones temporales tienen capacidad para obligarse laboralmente como verdaderos empleadores, de modo que, si tienen plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones de carácter laboral, pues se reconoce que, en la práctica contractual, la relación, vínculo y subordinación es con tales organizaciones, y no solo de manera individualizada con uno de sus integrantes.

La Sala reconstruye la ratio decidendi de este pronunciamiento al señalar que:

la relación laboral del personal operativo con tales grupos empresariales debe entenderse con el consorcio o con la unión temporal, pues (i) son titulares de los derechos y las obligaciones que se derivan de las relaciones laborales; (ii) la titularidad y responsabilidad de las obligaciones laborales que reclamen los trabajadores de las uniones temporales o consorcios, debe centrarse en aquellas y no en uno de sus miembros; (iii) proceda reconocer un hecho social evidente frente a una verdadera relación laboral con el consorcio o la unión temporal y (iv) el empleador puede ser el consorcio o la unión temporal que suscriba o celebre el contrato de trabajo o uno de sus miembros individualmente considerados⁷.

Sin embargo, bajo mi criterio esta sentencia no tiene carácter vinculante para el supuesto fáctico objeto de esta consulta, es decir, para el caso de la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada, que es un servicio que está sometido a una estricta regulación, control y vigilancia del Estado, lo cual implica que esas formas de colaboración empresarial tendrían que someterse a dicho control para poder contratar personal de forma directa por medio de contratos laborales para la prestación de ese servicio.

Ahora bien, el concepto al aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia que establece la capacidad de los consorcios y uniones temporales para obligarse

⁶ Exp. 57957. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

⁷ Página 27

como empleadores, está omitiendo que esta tesis se predica de actividades empresariales que no revisten el riesgo social que si tiene la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada. Es más, en dicha sentencia no se hace análisis alguno de las implicaciones de aplicar este precedente a actividades que tienen estricta regulación y están sometidas al control y vigilancia del Estado por la tensión que suponen con principios constitucionales, como en este caso, la prevalencia del interés general y el principio de exclusividad del monopolio de la fuerza.

Y, si bien es cierto en el concepto se señala que: « En todo caso, si el contrato laboral se firma con la unión temporal o el consorcio, todos sus integrantes deben contar con licencia para poder prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada, en los términos de los artículos 2º y 3º del Decreto Ley 356 de 1994, a través del personal operativo vinculado laboralmente.»⁸ también lo es que, de acuerdo a lo reglamentado en el Decreto Ley 356 de 1994 “*Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada*” no es claro que los consorcios y uniones temporales puedan acceder a la licencia o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada para la prestación de este servicio, por cuanto esa norma prevé el otorgamiento de esas licencias a personas naturales o jurídicas, y en efecto los consorcios y uniones temporales no tienen la calidad de personas jurídicas, y ese es un asunto que no se analiza en el concepto.

3) Regulación de las empresas de vigilancia privada

Este punto resulta de trascendental importancia ya que con este concepto, por vía interpretativa se estaría modificando el contenido normativo de los artículos 2º y 3º del Decreto Ley 356 de 1994, esto en la medida en que: (i) se amplía el concepto de servicios de vigilancia y seguridad privada, que al tenor del artículo 2º son las actividades que en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas naturales o jurídicas incluyendo los consorcios y uniones temporales que no tienen tal naturaleza (ii) y en el mismo sentido, se extiende el campo de aplicación del artículo 3º pues, las licencias o credenciales obligatorias para la prestación de este servicio podrían otorgarse a formas de colaboración empresarial que no son personas naturales o jurídicas.

Adicionalmente, la Sala concluye que, si los consorcios y uniones temporales tienen capacidad para contratar con el Estado y para obligarse laboralmente en actividades empresariales ordinarias, podrían también obtener las licencias y credenciales obligatorias para prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada, sin embargo, pierde de vista que estas licencias se otorgan a personas naturales o jurídicas que deben cumplir con **unos requisitos especiales**.

Por ejemplo, en el caso de las empresas de vigilancia y seguridad privada y de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada se exige que los socios sean personas naturales de nacionalidad colombiana condición que en el caso de los

⁸ Página 48

consorcios y uniones temporales que están constituidos por personas jurídicas no se cumpliría.

Esta exigencia fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la medida en que buscan facilitar las condiciones para la vigilancia y control a la actividad de las empresas de seguridad privada, así como la plena identificación de sus miembros a fin de que la responsabilidad por las actuaciones desplegadas en desarrollo del objeto social se pueda individualizar, evitando que se diluya en el órgano societario. Dijo la Corte que este propósito no sólo es legítimo sino incluso puede ser calificado como constitucionalmente imperioso, por cuanto compete al Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos (art. 365 CP) y apunta en últimas al cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado como presupuesto de la paz y armónica convivencia social.

En el caso de los Departamentos de Seguridad, de la norma se infiere que la autorización para crearlos está dirigida a una empresa u organización empresarial o entidad de derecho público o privado y, como se observa, los consorcios y uniones temporales no caben dentro de estos conceptos de organización empresarial.

Por otro lado, existe una exigencia especial en cuanto a la capacitación y entrenamiento del personal al servicio de las empresas de vigilancia y seguridad privada que tendría que ser asumida por los consorcios y uniones temporales y que en los términos del artículo 64 del Decreto Ley 356/94 supone que, estos deberán desarrollar la capacitación y entrenamiento al interior de su empresa, estableciendo un departamento de capacitación, o exigir al personal el desarrollo de cursos en las escuelas de capacitación y entrenamiento aprobados por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. La corte Constitucional se pronunció a este respecto señalando:

(...) tratándose del control a la actividad de vigilancia, es razonable que el legislador, atendiendo a la naturaleza del servicio, a los derechos que son materia de protección, a los principios de Estado que se encuentran involucrados y a los medios que son utilizados en el cumplimiento del objetivo social, haya asignado a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y no al Ministerio de Educación Nacional, la función de ejercer el control sobre los "Servicios de capacitación y entrenamiento en vigilancia y seguridad privada ". En mayor medida, si se tiene en cuenta que el entrenamiento en el uso de armas y la instrucción en técnicas y tácticas defensivas, comporta una actividad que genera riesgo social y, en esa medida, exige del Gobierno un control especial y restrictivo, que impida a los particulares sobrepasar el ámbito de las competencias que en esa área le han sido transferidas.

Si esto es así, la Sala podría estar excediendo su competencia interpretativa al adjudicar un sentido a los artículos 2º y 3º del Decreto Ley 356 de 1994 no previsto por el legislador de un lado, y del otro, al aplicar un precedente jurisprudencial que no es aplicable al supuesto fáctico objeto de estudio.

Considero que la postura del concepto tiende a relativizar las estrictas exigencias que el legislador ha establecido para la regulación de la prestación de vigilancia y

seguridad privada, lo cual resulta contrario a la doctrina constitucional vigente aplicable a esta actividad, que como ha dicho la Corte Constitucional, siendo la prestación del servicio público de seguridad un fin esencial del Estado y servicio público primario, por tal naturaleza ha de ser brindado bajo estrictas condiciones que no podrían modificarse por vía de interpretación.

De todo lo anterior se puede concluir que la apertura a la contratación laboral directa de personal de vigilancia y seguridad por parte de los consorcios y uniones temporales, solo puede ser viable desde el punto de vista constitucional si estos cumplen con las exigencias que se la hace a las empresas de vigilancia y seguridad privada y eso implica que en la práctica se constituyan como estas, lo que es poco probable porque se desvirtúa la esencia y el objeto, cualquiera que este sea, que tengan esas formas de colaboración empresarial y que usualmente se circunscriben a la contratación con el Estado, razón por la cual existe también un riesgo en los términos del Art. 90 de la Constitución para las entidades públicas contratantes.

En mi criterio, la postura expuesta en este concepto supone una flexibilización de las exigencias legales para prestar los servicios de vigilancia y seguridad privada, que sólo sería jurídicamente posible por vía legislativa.

Reitero entonces, que dada la magnitud del riesgo social que implica la actividad de vigilancia privada, no le es aplicable el precedente de la Corte Suprema de Justicia en relación con la capacidad de obligarse laboralmente y fungir como real empleador a los consorcios y uniones temporales pues, como antes se dijo, no se trata del ejercicio de una actividad empresarial o de inversión ordinaria, en la que esa contratación directa del personal que la ejerce no propicie una interferencia injustificada y desproporcionada con el principio de exclusividad del monopolio de la fuerza por parte del Estado, y de la responsabilidad por el eventual daño antijurídico que pudiera causarse en los términos del artículo 90 constitucional en los potenciales casos de uso excesivo de la fuerza o de la desnaturalización del servicio de vigilancia y seguridad hacia formas de seguridad paraestatales que han dejado un alto costo para la paz de nuestro país y que tuvieron lugar en nuestra historia reciente.

En estos términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.


ANA MARIA CHARRY GAITAN
Magistrada

20 FEB 2024

LEVANTAMIENTO DE RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 20 DE FEBRERO DE 2024.

Id Documento: 110010306000202300684001800000800011