

**RETIRO DEL SERVICIO – Improcedencia / FACULTAD DISCRECIONAL – Límites / CARRERA ADMINISTRATIVA DAS – Régimen especial / RETIRO POR CONVENIENCIA INSTITUCIONAL - Improcedente**

El Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, al ejercer sus atribuciones para retirar a los detectives inscritos en el régimen de carrera especial – en ejercicio de la facultad discrecional, por conveniencia institucional-, debe ceñirse a unas razones objetivas de conveniencia que deben obrar ya sea consignadas en la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, en los archivos de la entidad, o llegado el caso en sede judicial, indicárselas al juez dentro de las ritualidades procesales. Ello porque a pesar de que estos servidores se hallan inscritos en el régimen especial de carrera, por tener a su cargo funciones de seguridad del Estado, el legislador ha revestido de manera excepcional al nominador, de la facultad discrecional para removerlos. No obstante, el ejercicio de esta facultad no es ilimitado ni injustificado, menos caprichoso. De ahí que al someter al juzgamiento un acto de esta naturaleza, la autoridad pública demandada, en defensa del principio de legalidad en su actuación, está en la obligación de explicar al juez y demostrar ante el juez, cuáles fueron las razones de conveniencia que la llevaron a tomar tal decisión. Es cierto que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional goza de prerrogativas, entre ellas, de la presunción de legalidad, es decir, se presume expedido en beneficio del buen servicio público o bien común, sin embargo, tal presunción es desvirtuable a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No se puede pasar por inadvertido que las únicas presunciones que no admiten prueba contraria, son las de derecho, por fundarse en principios científicos incuestionables. Las presunciones legales sí admiten prueba contraria y en el proceso se pueden desvirtuar. Sobre este particular, cabe recordar que una vez sometido a juzgamiento el acto de retiro expedido en ejercicio de la facultad discrecional, en el respectivo proceso imperan reglas de obligatorio cumplimiento no sólo para el juez, sino también para las partes involucradas en la controversia. Dentro de esas reglas procesales el juez está en la obligación de hacer efectivo el principio de igualdad de las partes y éstas de cumplir sus obligaciones, entre ellas, la carga probatoria que les corresponde. Examinada en su conjunto la documental reseñada, se pone en evidencia que no fueron razones del buen servicio, las que llevaron al nominador a retirar al demandante. Lo anterior, por cuanto no encuentra la Sala justificación de ninguna naturaleza con la cual se explique que un funcionario de las calidades anotadas, pueda ser retirado por conveniencia institucional, sin mediar ni la más leve razón de inconveniencia y no obra en el proceso, prueba siquiera indiciaria que demuestre que el actor hubiera observado alguna conducta que hiciera inconveniente su permanencia en la Institución. En esas condiciones el ejercicio de la facultad discrecional de libre remoción, se queda sin ninguna justificación, pues si bien es cierto el nombramiento de los detectives del DAS, inscritos en el régimen especial de carrera, puede ser declarado insubsistente en ejercicio de la facultad discrecional consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, tal decisión debe estar orientada al buen servicio público, de lo contrario, se rompe el marco de razonabilidad y proporcionalidad de los hechos que le sirven de causa y se estructura el desvío de poder. No puede perderse de vista que por disposición del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser proporcional tanto a los fines de la norma como a los hechos que le sirven de causa. En otras palabras, el desvío de poder es evidente. Las razones que anteceden son suficientes para que la Sala proceda a revocar el fallo apelado y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda.

**RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Reintegro e indexación de lo dejado de percibir / DESCUENTO EN LA CONDENA – No habrá lugar por lo percibido en el desempeño de otro cargo, durante el tiempo que estuvo separado del servicio**

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la siguiente fórmula:  $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$ . En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. Se declarará igualmente que no hay lugar al descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que el actor estuvo separado del servicio, en aplicación de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 29 de enero de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"**

***Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN***

**Bogotá, D.C., abril diecisiete (17) de dos mil ocho (2008).**

**Radicación: 25000232500020001841601**

**Expediente: 8982-2005**

**Autoridades Nacionales**

**Actor: PEDRO GERMÁN MORENO MAHECHA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 20 de enero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**ANTECEDENTES**

Pedro Germán Moreno Mahecha, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad de la Resolución No. 1183 del 21 de julio de 2000, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Detective Agente 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignada a la Dirección General de Investigaciones.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, impetró el correspondiente restablecimiento del derecho.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda los hace consistir en lo siguiente:

El actor se vinculó a la entidad, como alumno de academia grado 03, el 20 de noviembre de 1990, y fue inscrito en el régimen de carrera especial del DAS. Por sus capacidades y esfuerzo, logró ascender hasta llegar al cargo de Detective Agente 208-07.

Durante el tiempo que permaneció al servicio de la Entidad, se distinguió por ser un excelente servidor y desempeñar sus servicios con eficiencia, lealtad, probidad e imparcialidad, como lo demuestra la hoja de vida, sin que allí se registre calificación deficiente.

En esas condiciones el acto de retiro acusado es violatorio de sus derechos y contrario al ordenamiento superior y está afectado de falta de motivación y desviación de poder, puesto que si el ideal de la función pública es prestar un excelente servicio público mal puede decirse que se actuó en función del mismo. Con la actuación en esos términos se le impuso una destitución disfrazada de insubsistencia.

**Normas violadas.** Invocó las siguientes:

- C.P. artículos 2, 4, 15, 21, 25, 29, 53, 125, 209 y 237.
- C.C.A. artículos 35 y 36
- Decreto 2147 de 1989, artículos 46, 47 y 51 a 53.

Estima el actor que el acto acusado adolece de desviación de poder, por cuanto existieron intereses diferentes al mejoramiento y prestación de un buen servicio, en tanto lo venía prestando de manera excelente. Afirmó que en la entidad se retira primero al empleado y después se investiga si la causa fue justa o no.

La jurisprudencia ha señalado que una buena hoja de vida y una excelente calificación no generan inamovilidad pero sí dan ciertas garantías para que se respete la estabilidad laboral, hasta el punto de invertirse la carga de la prueba, correspondiéndole a la entidad demostrar que con el ejercicio de la facultad de libre remoción se proponía mejorar el servicio.

Se ha desconocido el régimen especial de carrera, por cuanto se le dio tratamiento de empleado de libre remoción, cuando el constituyente quiso amparar y dar estabilidad a quien se hallaba inscrito en el escalafón. Estimó entonces no válido el argumento del ejercicio de especiales funciones que desempeña el personal del DAS.

Alegó igualmente falta de motivación del acto de insubsistencia, porque no existió razón que soportara la decisión acusada, ni se dejó constancia en la hoja de vida

de las causas que la ocasionaron, en tanto se afectaron derechos particulares del demandante. Y por último, violación del debido proceso, porque no se adelantó una investigación disciplinaria en su contra.

## **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

Luego de hacer referencia a la normatividad y jurisprudencia existente sobre la materia, concluyó que en este caso concreto, se demostró que el actor a pesar de ocupar un cargo de carrera, estaba contenido dentro de la excepción a la regla general de no aplicación de la facultad discrecional por parte del nominador y en consecuencia podía ser removido libremente en procura del buen servicio.

Agregó que al no haber sido demostrados los cargos formulados en la demanda, no era posible acceder a las súplicas de la demanda.

## **LA APELACIÓN**

En memorial visible a folios 259 y siguientes del cuaderno principal del expediente, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, de cuyas razones de inconformidad, se destacan las siguientes:

En su sentir, la norma (art. 66 - literales a) y b) - Dcto. 2147/89), no permite escoger uno de tales literales, sino que deben aplicarse ambos, puesto que la “y” no es disyuntiva sino copulativa, en tanto protege a quienes se hallan en el régimen especial de carrera.

Cuando se acude a la jurisdicción contenciosa, las razones de inconveniencia o de seguridad esgrimidas por la Entidad deben probarse, pues de no ser así, el juez se convertiría en un simple espectador sin prueba a la cual referirse. Si bien se presume que la decisión está fundada en el buen servicio, tal circunstancia es desvirtuable mediante prueba en contrario y para ello opera el principio de igualdad de las partes.

La insubsistencia de detectives es de recibo en el caso de que no exista lealtad, confiabilidad y honradez, situación que no es la del demandante, pues no existe un informe de inteligencia o de contrainteligencia, a lo que se agrega que ocho (8) meses antes del retiro había sido ascendido, situación que sólo se da previo estudio de su hoja de vida.

Para concluir, considera que es importante tener en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia SU-250/98, en la que realizó un estudio sobre la discrecionalidad, la arbitrariedad y la motivación de los actos administrativos.

Para resolver, se

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

Estima el actor que la Resolución No. 1183 de 21 de julio de 2000, expedida por el Director General del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Detective Agente 208-07 de la planta global área operativa, asignada a la Dirección General de Investigaciones infringió la normatividad en que debía fundarse, en razón a que dicho acto requería motivación, exigencia que no se cumplió, a lo que agrega que se incurrió en desviación de poder, pues en su sentir, fue expedido por razones distintas al buen servicio.

Lo primero, las razones de inconveniencia, debieron ser comprobadas por la entidad demandada, y lo segundo, por cuanto no existía ni la más leve razón que aconsejara su retiro de la Entidad.

En orden a resolver el problema jurídico planteado, se imponen las siguientes precisiones:

La Resolución de insubsistencia atacada, fue expedida por el Director del Departamento demandado, en ejercicio de la facultad consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, cuyo tenor es:

**Causales.** El retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el régimen especial de carrera se producirá por los casos

previstos por disposiciones precedentes de este Decreto y por lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 2146 de 1989. Sin embargo, la insubsistencia del nombramiento de los Detectives solamente procede por las siguientes razones:

- a) Haber tenido dentro del mismo año y en lapso superior a un (1) mes dos calificaciones deficientes de servicio, y
- b) Cuando el Jefe del Departamento, en ejercicio de la facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario.

La Sala al resolver las controversias que se han presentado con ocasión de la aplicación del precepto transcrito, le ha fijado los siguientes alcances:

En sentencia de 17 de agosto de 1995 dictada en el proceso No. 8557, al analizar el contenido del literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, concluyó que el acto de insubsistencia que expedía el Director del DAS en ejercicio de esa facultad, exigía motivación, es decir, que en la misma providencia, debían consignarse los motivos de conveniencia que justificaran la desvinculación del funcionario.

Posteriormente rectificó dicho criterio, en el sentido de precisar que tal disposición revestía al Director del DAS del poder discrecional para retirar a estos servidores, cuando a su juicio lo estimara, facultad que encuentra su razón de ser en la naturaleza de las funciones que les corresponde desarrollar, dirigidas esencialmente a salvaguardar la seguridad, no sólo de las instituciones estatales, las autoridades que las representan, sino a la sociedad civil en general. En ese sentido, no es indispensable motivar la decisión, es decir, no se requiere consignar en el acto de remoción, las razones de conveniencia. Tampoco se requiere el adelantamiento previo de un proceso disciplinario, puesto que este no es propio de la potestad discrecional.

Esta orientación no ha sufrido modificaciones, es decir la ausencia de motivación expresa en la decisión fundada en razones de conveniencia institucional, **per se** no enerva la presunción de legalidad del acto de remoción atacado.

Por lo anterior, se desestima el planteamiento expuesto en la demanda, según el cual el acto de insubsistencia acusado, debió ser motivado, tampoco es necesario, como lo sugiere el demandante, que previo a adoptar la decisión de retiro en ejercicio de esta facultad discrecional, deba adelantarse proceso disciplinario.

Ahora bien, tanto en la demanda, como en el recurso de apelación, el actor mediante su apoderado es insistente en afirmar que el Director del Departamento Administrativo de Seguridad para la expedición del acto de insubsistencia de su nombramiento, no se inspiró en razones del buen servicio público, sino que fueron motivos distintos, en cuanto no se probó que su retiro conviniera a la institución y su hoja de vida demuestra que era un funcionario eficiente que no existían motivos que ameritaran su retiro del servicio. Es decir, que el nominador incurrió en desvío de poder.

En orden a resolver este extremo, es necesario poner de presente de una parte, que la Corte Constitucional mediante sentencia C-048 de 6 de febrero de 1997, declaró exequible el literal c) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, norma que confiere al nominador la facultad discrecional para retirar del servicio a los Detectives inscritos en el régimen especial de carrera, al concluir que era razonable la aplicación, en forma excepcional, de un instrumento ágil y expedito para prescindir de los servicios de estos funcionarios, dadas las responsabilidades y grado de confiabilidad que a ellos se exige.

Empero, dicha facultad como toda atribución de esta naturaleza, no goza de inmunidad tal que lleve a extremos tales como aceptar que a su amparo se cubra la arbitrariedad o el capricho de la autoridad nominadora y que ella no tenga control, pues ésta como cualquiera otra atribución de carácter discrecional, tiene límites bien definidos en el ordenamiento jurídico: está al servicio del interés general y se ejerce con sujeción a los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política.

Obedece la anterior aclaración a que, en asuntos como el presente, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, al ejercer sus atribuciones para retirar a los detectives inscritos en el régimen de carrera especial – en ejercicio de la facultad discrecional, por conveniencia institucional-, debe ceñirse a unas razones objetivas de conveniencia que deben obrar ya sea consignadas en la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, en los archivos de la entidad, o llegado el caso en sede judicial, indicárselas al juez dentro de las ritualidades procesales.

Ello porque a pesar de que estos servidores se hallan inscritos en el régimen especial de carrera, por tener a su cargo funciones de seguridad del Estado, el legislador ha revestido de manera excepcional al nominador, de la facultad



discrecional para removerlos. No obstante, el ejercicio de esta facultad no es ilimitado ni injustificado, menos caprichoso. De ahí que al someter al juzgamiento un acto de esta naturaleza, la autoridad pública demandada, en defensa del principio de legalidad en su actuación, está en la obligación de explicar al juez y demostrar ante el juez, cuáles fueron las razones de conveniencia que la llevaron a tomar tal decisión.

El apoderado de la entidad demandada al contestar la demanda, expresó que el retiro del servicio no obedece a faltas disciplinarias o de carácter penal sino que la determinación obedece al deber que tiene el nominador de valorar la conveniencia para el servicio público, "... juicio de razón por la cual no existe obligación legal de presentar prueba documental diferente al acto administrativo inmotivado, ni mucho menos tendientes a demostrar en qué consistió la conveniencia que justificara el ejercicio excepcional de la facultad discrecional."

No encuentra la Sala de recibo el planteamiento anterior, pues de aceptar tal perspectiva, ella conduciría a concluir que un acto de esta naturaleza no tiene control jurisdiccional.

Es cierto que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional goza de prerrogativas, entre ellas, de la presunción de legalidad, es decir, se presume expedido en beneficio del buen servicio público o bien común, sin embargo, tal presunción es desvirtuable a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No se puede pasar por inadvertido que las únicas presunciones que no admiten prueba contraria, son las de derecho, por fundarse en principios científicos incuestionables. Las presunciones legales sí admiten prueba contraria y en el proceso se pueden desvirtuar.

Sobre este particular, cabe recordar que una vez sometido a juzgamiento el acto de retiro expedido en ejercicio de la facultad discrecional, en el respectivo proceso imperan reglas de obligatorio cumplimiento no sólo para el juez, sino también para las partes involucradas en la controversia. Dentro de esas reglas procesales el juez está en la obligación de hacer efectivo el principio de igualdad de las partes y éstas de cumplir sus obligaciones, entre ellas, la carga probatoria que les corresponde.

Señala la Ley procesal: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.". El vigor de la

presunción de legalidad del acto atacado no se mantienen con transcripción de lo afirmado en sentencias que decidan controversias diferentes. Tampoco se defiende tal presunción afirmando que la determinación es la consecuencia de la expresión de "... juicio de razón por la cual no existe obligación legal de presentar prueba documental diferente al acto administrativo inmotivado, ni mucho menos tendientes a demostrar en qué consistió la conveniencia ...", como lo planteó la entidad demandada en la respuesta a la demanda. El privilegio de tal presunción no llega a tales extremos, pues se recuerda que la Carta Política garantiza la protección especial del derecho al trabajo en todas sus modalidades y prevé la estabilidad, como principio mínimo fundamental de este derecho.

Es indispensable señalar y aportar las pruebas que hacían inconveniente la permanencia del servidor en la institución. Son las reglas que gobiernan el proceso y son de imperativo cumplimiento.

La documental que obra en el expediente, demuestra que PEDRO GERMÁN MORENO MAHECHA prestaba un servicio público adecuado y en su extracto de su hoja de vida no le figuran sanciones disciplinarias.

En efecto, el demandante ingresó a la entidad como Alumno de Academia Grado 03 de la Academia Superior de Inteligencia y Seguridad Pública (fl. 4); fue designado en período de prueba como Detective Agente Grado 05 de la Planta Operativa (fl. 5); fue ascendido al cargo de Detective Agente 208-07 (C.2) y finalmente, fue inscrito el 19 de febrero de 1993 en el régimen especial de la carrera del DAS (Res. 0284) (fl. 62 C. 2).

En cuanto a sus calidades personales, profesionales y laborales, se encuentra el siguiente material probatorio:

- Fue objeto de felicitaciones por el empeño y contribución en la materialización un programa que permitió el acercamiento con la comunidad (fl. 197 C. 2);
- Fue comisionado en varias oportunidades, por necesidades del servicio, para aplicar sus conocimientos, como grafólogo forense, en la Seccional Antioquia (fls. 144, 157, 185 y 187 C.2);
- Durante su desempeño obtuvo calificaciones satisfactorias de servicio con un promedio superior a 80/100 puntos (C. 2);
- Al momento de considerarse su ascenso se conceptuó que el actor asumió con responsabilidad todos los trabajos asignados, demostró siempre disponibilidad para el servicio, fue leal con los objetivos de la institución y se destacó por sus trabajos meritorios (fl. 201 C. 2).
- El 2 de noviembre de 1999 fue promocionado al cargo de Detective Agente 208-07 de la planta global operativa, asignado a la Dirección General de Investigaciones, según resolución 1572 del 29 de octubre de 1999 (fl. 212 C.2).

Si bien le aparece una amonestación, esta obedeció al extravío del carné que lo identificaba como servidor público del DAS, lo cual ocurrió el 13 de febrero de 1997, sin que este hecho se constituya, a juicio de la Sala, en una conducta de consideración (fl. 6 - 7 C. Ppal y 165 -170 C. 2).

Examinada en su conjunto la documental reseñada, se pone en evidencia que no fueron razones del buen servicio, las que llevaron al nominador a retirar al demandante.

Lo anterior, por cuanto no encuentra la Sala justificación de ninguna naturaleza con la cual se explique que un funcionario de las calidades anotadas, pueda ser retirado por conveniencia institucional, sin mediar ni la más leve razón de inconveniencia y no obra en el proceso, prueba siquiera indiciaria que demuestre que el actor hubiera observado alguna conducta que hiciera inconveniente su permanencia en la Institución.

En esas condiciones el ejercicio de la facultad discrecional de libre remoción, se queda sin ninguna justificación, pues si bien es cierto el nombramiento de los detectives del DAS, inscritos en el régimen especial de carrera, puede ser declarado insubsistente en ejercicio de la facultad discrecional consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, tal decisión debe estar orientada al buen servicio público, de lo contrario, se rompe el marco de razonabilidad y proporcionalidad de los hechos que le sirven de causa y se estructura el desvío de poder. No puede perderse de vista que por disposición del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser proporcional tanto a los fines de la norma como a los hechos que le sirven de causa. En otras palabras, el desvío de poder es evidente.

*Es necesario aclarar, eso sí, que no todo asunto en que se controviertan actos de insubsistencia de esta naturaleza, por el solo hecho de registrar un extracto hoja de vida eficiente, conlleva el desbordamiento de los límites del ejercicio de la facultad discrecional, sino que en este asunto en particular, la documental a que se ha hecho referencia, pone en evidencia que el señor PEDRO GERMÁN MORENO MAHECHA presenta una hoja de vida que lo califica, no sólo como funcionario eficiente, sino de excelentes cualidades, mística y compromiso excepcionales y que no aparece indicio alguno que hiciera inconveniente su permanencia en la institución y la entidad tampoco se encargó de indicarlo o comprobarlo.*

Las razones que anteceden son suficientes para que la Sala proceda a revocar el fallo apelado y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda.

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Se declarará igualmente que no hay lugar al descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que el actor estuvo separado del servicio, en aplicación de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 29 de enero de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en la cual se dispuso lo siguiente:

“(…) Empero de esta preceptiva - art. 128 C.P. - no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la

indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.

***El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiende, se insiste, a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley.***

El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc.”.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **F A L L A**

**REVÓCASE** la sentencia apelada del 20 de enero de 2005 que negó las pretensiones de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por Pedro Germán Moreno Mahecha.

En su lugar se dispone:

**DECLÁRASE LA NULIDAD** de la Resolución No. 1183 del 21 de julio de 2000, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénase al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo al cargo.

Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor, como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la fórmula y términos señalados en la parte considerativa.

No hay lugar al descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que el actor estuvo desvinculado del servicio.

Declárase para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

**GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN      JAIME MORENO GARCIA**

**ALFONSO VARGAS RINCON**

Expediente No. 8982-05. Actor: PEDRO GERMÁN MORENO MAHECHA

### **3.- SE ORDENA PAGO A TITULO DE PRESTACION SOCIAL Y NO DE INDEMNIZACION EN CONTRATO REALIDAD**

La entidad, al contratar los servicios de una persona a través de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, en abierta contradicción con el derecho consagrado en el artículo 53 Superior y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe su realización por ser actividades propias del personal de planta, que no requieren conocimientos especializados, impone al servidor una relación no convenida y lo induce a la firma de tales órdenes y contratos. El artículo 85 del C.C.A. al concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño. La Sala se aparta de la conclusión a que se llegó en la sentencia de 18 de marzo de 1999 y replantea tal posición, pues lo cierto es que en casos como el presente no tiene lugar la figura indemnizatoria, porque sin duda alguna, la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente. Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes.

**Sentencia de 17 de abril de 2008, Exp. 2000-00020 (2776-05) M.P. JAIME MORENO GARCIA. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL**



## **CONTRATO REALIDAD – Antecedente jurisprudencial / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Desvirtuada su naturaleza por una relación de tipo laboral**

En el presente caso, se suscribieron con el demandante ocho órdenes de trabajo entre el 10 de abril de 1995 y el 06 de abril de 1997, lo que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo sus servicios. Por consiguiente, no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, sino de una verdadera relación de trabajo, que por ello, requirió de la continuidad que ha sido destacada, lo cual se constituye en una prueba de que la administración utilizó erróneamente la figura del contrato de prestación de servicios, cuando en realidad se trata de una relación de tipo laboral. Podría afirmarse que la Sala Laboral de esta Corporación no es competente para conocer del presente asunto. Sin embargo, el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Carta Política, permite advertir que bajo la apariencia de un contrato se pretende ocultar una relación estatutaria o legal.

## **CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – El restablecimiento del derecho se hace a título de prestación social y no de indemnización**

El artículo 85 del C.C.A. al concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño. La acción indemnizatoria surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la misma naturaleza del daño impide tal circunstancia, pues sabido es que dentro de la sociedad y la naturaleza hay situaciones que resultan irreversibles y la única manera de compensar a la víctima es a través de una retribución pecuniaria. La Sala se aparta de la conclusión a que se llegó en la sentencia de 18 de marzo de 1999 y replantea tal posición, pues lo cierto es que en casos como el presente no tiene lugar la figura indemnizatoria, porque sin duda alguna, la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente. Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral. Los anteriores razonamientos resultan suficientes para que la Sala decida revocar la sentencia apelada, mediante la cual el Tribunal denegó las súplicas de la demanda y, en su lugar, declare la nulidad del oficio No. 05386 del 24 de agosto de 1999. A título de restablecimiento del derecho ordenará el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, según el cuadro que aparece en las consideraciones de esta sentencia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A"**

**CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil ocho (2008)

**Radicación: 540012331000200000020 01 (2776-2005)**

**AUTORIDADES DEPARTAMENTALES**

**ACTOR: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS**

Procede la Sala a resolver la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, impetrada por el apoderado judicial del señor José Nelson Sandoval Cárdenas, para que se declare la nulidad del Oficio 05386 de 24 de agosto de 1999, mediante el cual el Instituto Financiero para el Desarrollo de Norte de Santander – IFINORTE - negó el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada pagar las prestaciones sociales que le corresponden, así como la liquidación de intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada; pide así mismo, se disponga el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Sostiene que el señor José Nelson Sandoval Cárdenas, laboró en el Instituto Financiero para el Desarrollo de Norte de Santander IFINORTE, durante el periodo de un año once meses y 26 días, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

Arguye que la prestación personal del servicio, en virtud del cumplimiento del contrato, no difería en nada de las demás personas vinculadas bajo la modalidad contractual laboral, por cuanto el actor cumplía labores administrativas en las dependencias de la entidad y tanto él como sus compañeros, servidores públicos, se sometían al mismo régimen de trabajo en relación con el reglamento interno, jornada laboral, sistema disciplinario, así como el desempeño de iguales funciones.

Señala que el contrato de prestación de servicios correspondía efectivamente a un contrato laboral, ya que, dentro de su estructura se configuraron los elementos constitutivos de este.

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN**

Señala como normas violadas las siguientes:

Artículos 2º, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política.

Artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995.

Sostiene que IFINORTE incumplió con el deber social de proteger los derechos laborales del actor, por negarle el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales a las que tenía derecho, por haber laborado en la entidad como funcionario; que con ello desconoció los principios mínimos y garantías constitucionales.

Aduce que el demandante siempre estuvo vinculado en un cargo administrativo del ente demandado, relacionado directamente con los servicios propios de sus funciones, laborando en forma habitual y permanente, bajo una relación de trabajo subordinada, personal y cumpliendo horarios en forma ininterrumpida.

Expresa que la entidad demandada desconoció el principio de igualdad, que se traduce en el derecho que tienen los administrados a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

Considera que el supuesto contrato de prestación de servicios correspondía efectivamente a una vinculación laboral con la entidad, de donde surge que la relación contractual entre las partes, es ficticia, pues en realidad correspondió a una inequívoca situación legal y reglamentaria por la naturaleza de la función encomendada y desarrollada.

Manifiesta que una de las características esenciales del contrato de prestación de servicios es la autonomía e independencia del contratista, desde el punto de vista técnico, lo cual le brinda a este un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la ejecución de la obligación contractual; que en el presente caso se configuran los elementos esenciales de un contrato laboral, obligando de esta forma a la entidad demandada a reconocer y pagar las prestaciones a las que el demandante tiene derecho.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Instituto Financiero para el Desarrollo del Norte de Santander – IFINORTE – contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo introductorio.

Alega que el oficio demandado no es el acto creador de la situación jurídica demandada y que tampoco puede revivir la relación laboral que causa cesantías, sueldos y demás prestaciones.

Propone las excepciones de inepta demanda, por no ser el oficio demandado el acto creador de los derechos reclamados y de caducidad, por cuanto las indemnizaciones reclamadas y los hechos materia de la demanda ocurrieron hace más de tres años.

## SENTENCIA RECURRIDA

Mediante sentencia de 20 de agosto de 2004, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander denegó las suplicas de la demanda (fls 225-237).

Sostiene que la relevancia jurídica que representa una relación contractual o laboral no es la existencia formal de un contrato de trabajo, sino que se presenten en la práctica los tres elementos esenciales que constituyen dicha relación: prestación personal del servicio, continuada subordinación y dependencia y retribución económica; que para determinar la relación laboral de los funcionarios públicos se debe partir de la existencia del empleo en la planta de personal, que se haya dado la correspondiente designación y se haya llevado a cabo la posesión del funcionario quien previamente debió llenar los requisitos exigidos para el cargo, de conformidad con lo señalado en reiteradas jurisprudencias del Consejo de Estado.

Cita como apoyo de los argumentos esgrimidos, jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual en el evento en que los empleados de planta de la empresa no sean suficientes para colmar las necesidades estatales, se debe llevar a cabo la contratación de personal que pueda suplir dicha falencia, partiendo de que el mencionado personal deberá acoplarse a las estructura organizacional de la planta de trabajo en la cual van a desarrollar la labor.

Sostiene que bajo los parámetros jurisprudenciales anotados, al actor se le contrató bajo las previsiones de la Ley 80 de 1993, debido a la inexistencia del cargo de operador de sistemas dentro de la planta de personal de IFINORTE. Respecto al cumplimiento de un horario y la continuada subordinación a él impartida, afirma que se debe al adecuado cumplimiento del objeto contractual para el cual fue contratado, sin que por ello se desprendan de éste los elementos que componen una relación netamente laboral.

Aduce que por no acreditarse las censuras impetradas contra el acto acusado, debe permanecer incólume, como en efecto lo declaró.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

*Mediante escrito de 17 de septiembre de 2004 el demandante presentó y sustentó el recurso de alzada, para que se revoque la sentencia del Tribunal y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda. (Fls 241 a 245).*

*Sostiene que conforme lo señala la Corte Constitucional en pronunciamiento recaído dentro del expediente D – 1430, la existencia demostrada de una relación laboral que implica la actividad personal, subordinada y dependiente, sin importar su forma de contratación, le otorga a quien lo suscribe, el derecho al pago de las prestaciones laborales propias de una relación laboral.*

*Argumenta que de conformidad con el artículo 25 de la Carta Política, el trabajo constituye un derecho que goza de la especial protección del Estado, de lo cual se desprende la prohibición existente para la administración de celebrar contratos de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución presenten las características esenciales de un contrato de trabajo.*

*Indica que según jurisprudencia del Consejo de Estado, independientemente de la denominación dada a la vinculación, la administración no puede celebrar contratos en los cuales se configuren los elementos esenciales del contrato de trabajo, para evitarse el pago de las prestaciones sociales que legalmente le corresponde asumir.*

*Sostiene que dentro del expediente quedó establecido que el contrato de prestación de servicios por el que se vinculó al señor Sandoval Cárdenas, se utilizó para evadir la responsabilidad de reconocer y pagar las prestaciones a las que tiene derecho, pues siempre laboró bajo una constante subordinación, cumpliendo horario de trabajo y recibiendo remuneración como contraprestación a la labor desempeñada.*

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **De IFINORTE**

Mediante escrito presentado el 28 de septiembre de 2005, el apoderado judicial del Instituto Financiero para el Desarrollo del Norte de Santander IFINORTE presentó alegatos de conclusión solicitando que sea confirmada en todas sus partes la sentencia recurrida (Fls 255 a 259)

Sostiene que las obligaciones generadas en los contratos de prestación de servicios fueron cumplidas de manera oportuna bajo los parámetros señalados en los mismos por parte de la entidad contratante, sin configurarse por este hecho una relación de carácter laboral, ya que no existió una relación de subordinación que permitiera su configuración.

Indica que el material probatorio existente dentro del expediente no es suficiente para corroborar el alcance de las afirmaciones del actor, por cuanto lo que está demostrado es la existencia de una relación fruto de un contrato de prestación de servicios, lo que indica que en desarrollo de la actividad para la cual fue contratada recibía un continuado control para el adecuado desarrollo de la actividad administrativa.

Sostiene que, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, es el elemento de subordinación o dependencia 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 no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho al pago de prestaciones sociales.

Argumenta que dentro del acervo probatorio no se vislumbran elementos que pudieran conformar una relación de carácter laboral; sostiene que el actor equivocó el ejercicio de la acción incoada mediante la cual pretende la prosperidad de su petición, ya que según jurisprudencia del Consejo de Estado, la nulidad del contrato de prestación de servicios procede previa demanda en acción contractual y mediante sentencia, cuyo efecto es indemnizatorio, razón por la cual, por la vía de la acción laboral, no es procedente suponer la nulidad del contrato, ni pretender efectos salariales y prestacionales.

## **CONSIDERACIONES**

Se demanda en el presente asunto, la nulidad del oficio No.05386 del 24 de agosto de 1999, suscrito por la subgerente administrativa del Instituto Financiero para el Desarrollo de Norte de Santander – IFINORTE -, por medio del cual denegó al actor la solicitud de reconocimiento y pago de los derechos laborales, a los que estima tiene derecho como consecuencia de las órdenes de prestación de servicios suscritas con la entidad.

### **Antecedente Jurisprudencial del “contrato realidad”:**

Sobre el tema de la prestación de servicios, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral, de la siguiente manera:

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

**elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.**

*Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

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

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador y, en ese evento, surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales (art. 53 C.P.).

Esta Corporación ha reiterado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente 0245, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Razonó de la siguiente manera:

*"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un 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.*

...

*De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados."*

Tal tesis, se contrapone a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que exista un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así lo estipuló la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que concluyó:

*“...si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.**” (Se destaca).*

Este razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado de 23 de julio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada por la Sección en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98). La Sala ha hecho prevalecer, entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.

## El caso concreto

Hechos probados:

De conformidad con los documentos allegados al expediente, el demandante laboró para el INSTITUTO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE NORTE DE SANTANDER "IFINORTE" mediante órdenes de prestación de servicios desde el 10 de abril de 1995 hasta el 07 de marzo de 1997, desempeñándose en diferentes cargos del área de sistemas, así:

No. de la orden de prestación de servicios	Periodo de tiempo que comprende la orden	Valor de la orden	Cargo desempeñado
Sin numero (fl.151 y 152)	Del 10 de abril al 05 de mayo de 1995	\$358.464=	Técnico en computadores
Sin numero (fl.148 y 149)	Del 08 de mayo al 08 de agosto de 1995	\$800.337=	Tecnólogo en informática y estadística
Orden de trabajo No.06 (fl.154 y 155)	Del 09 de agosto al 31 de diciembre de 1995	\$1.271.646=	Tecnólogo en informática y estadística
No.01 (fls.157 y 158)	Del 05 de enero al 04 de julio de 1996	\$2.100.000=	Operador de sistemas
No.07 (fls. 165 y 166)	Del 05 de julio al 04 de diciembre de 1996	\$1.875.000=	Operador de sistemas
No.00123 (fl.179)	Del 05 al 31 de diciembre de 1996	\$375.000=	Digitador de sistemas
No.03 (fls. 172 y 173)	Del 07 de enero al 06 de marzo de 1997	\$826.000=	Operador de sistemas
No.0047 (fl.175)	Del 07 de marzo al 06 de abril de 1997	\$413.000=	Operador de sistemas

Se observan varias reclamaciones hechas por el demandante a la entidad (fls 09, 10 y 11) de las cuales no se obtuvo respuesta alguna. La ultima reclamación visible a folio 223, fue radicada el 09 de agosto de 1999 con No.5351, en la cual solicita el pago de sus prestaciones sociales, indemnización moratoria e incapacidad por accidente de transito de dos (2) meses. Esta reclamación fue

contestada por la entidad, a través del oficio 05386 del 24 de agosto de 1999, en el cual se señaló:

*“En atención a su oficio de fecha 9 de agosto/99, radicado 535, nos permitimos manifestarle que no es viable lo solicitado mediante el oficio en mención ya que entre usted y el instituto no existió ningún vínculo laboral, pues su vinculación fue mediante Contrato de Prestación de Servicios de acuerdo a lo establecido en la Ley 80/93, tal y como consta en los archivos del Instituto.” (f. 8)*

Pueden leerse los testimonios recibidos dentro de proceso, los cuales bien pueden ser apreciados junto con las demás probanzas. Es así como en diligencia de declaración rendida por uno de los empleados de IFINORTE, señor LUIS ARNOLDO GOMEZ PEÑARANDA (fl.189) en la cual se le preguntó si sabía cuál era el horario de trabajo del actor, contestó: *“Mientras que yo estoy (Sic) trabajando ahí y el estuvo ahí el horario era el mismo de nosotros...”*

En la declaración del señor JORGE BERNARDO MARTINEZ DELGADO (fl.195), quien se desempeñó como tesorero de IFINORTE, se le preguntó por el horario de trabajo que cumplía al señor SANDOVAL CARDENAS y respondió: *“El horari (sic) era el normal que cumplíamos todos, de 7:30 a.m. a 12m y 2pm a 6pm, creo que se vinculó por contrato”*. En la misma diligencia se le indagó si tenía conocimiento de quién era el jefe del señor SANDOVAL CARDENAS y contestó: *“Era el Jefe administrativo y financiero y creo que tenía que presentarle informes”*

Así mismo, fue interrogado el señor JOSE LORENZO VELANDIA CHACON ex empleado de IFINORTE (fl.195 vto.) acerca de quién dependía el actor cuando laboró en la entidad y a quién tenía que rendirle informes, a lo cual respondió: *“El dependía del jefe administrativo dr JAIME VILLAMIZAR aunque funcionalmente me colaboraba en funciones relacionadas con sistemas”*. Así mismo, al interrogársele acerca de qué opinión le merecía el desempeño laboral

del actor, dijo: *“Buen trabajador, cumplía horario, el horario era de ocho a doce y de dos a seis, incluso si tenía que ir un sábado iba”*

Se lee a folio 196, la declaración de la señora MARIA ELISA MENDOZA CANO, quien se desempeñaba como auxiliar contable de IFINORTE. Al cuestionársele si tenía conocimiento del horario que cumplía el actor y cuál era el superior, respondió: *“El horario de 7:30 a doce y dos a seis y el jefe JAIME VILLAMIZAR Jefe Administrativo y Financiero.”*

Por último, obra a folio 196 vto., el testimonio de la señora JESUSA STELLA PEREZ, quien para la época se desempeñaba como secretaria de la entidad demandada. Se le preguntó de quién dependía laboralmente el actor y a quién tenía que rendirle informes, a lo cual contestó: *“Dependía del jefe administrativo y las ordenes las recibía tanto el (sic) jefe administrativo como el (sic) ingeniero de sistemas, la gerente también le daba ordenes.”* Y al ser interrogada por el horario que cumplía el actor, manifestó: *“De 7:30 a 12m y 2pm a 6p.m”*

Se ha considerado que el cumplimiento de un horario es uno de los aspectos de la subordinación laboral, cuya prueba testimonial, apreciada dentro del contexto probatorio, aporta elementos de convicción sobre la situación fáctica que se debate

En el presente caso, se suscribieron con el demandante ocho órdenes de trabajo entre el 10 de abril de 1995 y el 06 de abril de 1997, lo que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo sus servicios. Por consiguiente, no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, sino de una verdadera relación de

trabajo, que por ello, requirió de la continuidad que ha sido destacada, lo cual se constituye en una prueba de que la administración utilizó erróneamente la figura del contrato de prestación de servicios, cuando en realidad se trata de una relación de tipo laboral.

Adicionalmente a lo anterior, se aprecia que todas las órdenes de trabajo suscritas por las partes, contemplan en el numeral 6º de la cláusula primera que estipula las funciones del Contratista, lo siguiente:

**“...6) *Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el Superior Inmediato,...*”** (La Sala destaca).

Lo anterior corrobora que pese a que el demandante desarrolló su actividad bajo la figura aparente de órdenes de prestación de servicios, tuvo lugar una relación de tipo laboral.

Podría afirmarse que la Sala Laboral de esta Corporación no es competente para conocer del presente asunto. Sin embargo, el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Carta Política, permite advertir que bajo la apariencia de un contrato se pretende ocultar una relación estatutaria o legal.

Que el vínculo que ata al demandante con la administración es de índole laboral, lo acreditan, además, la actividad personal, el horario de trabajo y la subordinación permanente del mismo a las autoridades del organismo territorial.

No obstante, la Corte Constitucional ha expresado sobre la situación jurídica de estos supuestos contratistas, lo siguiente:

*“Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal”....*

*“La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar. Admitir que ello pudiera ser así, significaría hacer caso omiso de : (1) la existencia de un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que es sustituido por una simple práctica realizada al margen de las condiciones constitucionales y legales que deberían darse para poder producir la vinculación; (2) la posesión para tomar el cargo, de modo que sigilosamente pueden ingresar al servicio público personas que no asumen públicamente el compromiso de obedecer la Constitución y las leyes; (3) planta de personal que no contempla el empleo o cargo que mediante la vía de hecho pretende consolidarse; (4) la disponibilidad presupuestal para atender el servicio, con lo cual se pueden generar obligaciones que superan las posibilidades fiscales, además por parte de personas y autoridades no autorizadas para gravar el erario público y a través de procedimientos no democráticos; (5) las regulaciones generales que gobiernan el ejercicio, las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales son sustituidas por estipulaciones que, por desconocer el régimen legal, representan una invasión de poderes que son del resorte del Congreso, las Asambleas o los Concejos, o de otras autoridades”. (Sentencia C-555 de 1994).*

Para la Sala, las razones esgrimidas por la Corte Constitucional en el texto transcrito, tienen lugar en casos en que haya sido el administrado quien haya omitido dar cumplimiento a las previsiones legales para acceder a la posesión en



el cargo, caso en el cual, como es apenas lógico, no podrá ejercerlo válidamente ni pretender derivar beneficio alguno de una situación que nunca llegó a consolidarse. Pero cuando la prestación del servicio tiene lugar por parte de quienes simplemente son llamados a laborar bajo la modalidad que impone el propio Estado, sin oportunidad alguna de discutir las condiciones en que habrá de regirse tal relación, cabe sin duda otra lectura de la aplicabilidad de las exigencias constitucionales y legales para acceder al servicio público.

En primer lugar, es preciso adentrarse en la génesis de los principios generales del derecho, que no son otra cosa que la expresión de valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, sobre los cuales se constituyen las convicciones ético – jurídicas de una comunidad y, por ende, son los que dan sentido a determinadas reglas. Su denominación de principios precisa su carácter básico en sentido ontológico.

En el derecho administrativo los principios están descifrados por los fines políticos de las normas, en cuanto expresan necesidades públicas. Por ello las normas no pueden convertirse sólo en instrumentos de políticas concretas y cambiantes que tiendan a instrumentalizar también a los ciudadanos y sus derechos, sino que ante todo han de ser la expresión de un sistema de relaciones justas; entonces, la justicia es un criterio ineludible para el funcionamiento de la vida social y de legitimidad de las instituciones, como unidades elementales de la vida jurídica.

El derecho administrativo, surgido en el seno de la Revolución Francesa como expresión de un nuevo régimen donde impera la voluntad general (ley) en contraposición a la voluntad monárquica (individual), se fundamenta en la necesidad de arbitrar acciones de protección para resolver problemas de justicia

en los enfrentamientos entre la administración y los ciudadanos. Ningún sentido tendría el surgimiento de esta rama del derecho y su consecuente ficción jurídica - la administración - , si su actuar no se rige bajo los supuestos de la legalidad objetiva, que se sobrepone a la misma administración. Lo contrario la equipararía con la emanación personal del soberano, régimen que le precedió.

Así, el principio de legalidad de la administración debe operar como cobertura legal de toda actuación, pues es la potestad gestada en esa legalidad la que la habilita para su acción, otorgándole poderes jurídicos en los que se concreta el poder público. Así, el vértice finalista debe encaminarse a la gestión fincada en la materialización de valores superiores como la justicia, la igualdad, el pluralismo, donde el imperio del derecho en el que además de leyes formales, entran esos valores, los principios y las garantías constitucionales, es lo que constituye el parámetro del control de legalidad de la actividad administrativa.

Por tanto, el control de legalidad no está circunscrito a la idea confinada de la ley, sino que está conformada por el contenido material del ordenamiento jurídico. Además, debe considerarse que el papel de la administración dentro de una democracia es inseparable de la teoría y la práctica del derecho y su poder es un poder delegado, al servicio de la colectividad y en nombre de ella.

La entidad, al contratar los servicios de una persona a través de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, en abierta contradicción con el derecho consagrado en el artículo 53 Superior y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe su realización por ser actividades propias del personal de planta, que no requieren conocimientos especializados, impone al servidor una relación no convenida y lo induce a la firma de tales órdenes y contratos, que día a

día se han convertido en la generalidad de la forma como la administración pacta la prestación de los servicios, constituyendo “nóminas paralelas” con la diferencia de que a quienes las conforman les despoja de todo derecho surgido de tal relación. Además, los derechos mínimos reconocidos en las normas laborales son irrenunciables.

El Decreto 2400 de 1968, régimen de administración de personal de la Rama Ejecutiva, concibe el empleo como el conjunto de funciones señaladas en la Constitución, la ley y el reglamento, para ser atendidas por una persona natural y sólo excluye del concepto de empleados a quienes prestan servicios ocasionales y que cataloga como meros auxiliares de la administración pública. De manera que lo que corresponde hacer a la administración es crear los cargos suficientes para el cumplimiento de las funciones de cada entidad y no acudir a la figura ficticia de contratación que, sin duda, desvirtúa el servicio público, pues, se repite, la contratación en la forma en que se ha venido dando está sólo permitida en la Ley 80 de 1993 para casos de excepción que se enmarquen dentro de la excepcionalidad y la pericia en actividades específicas, en todo caso, extrañas a la función propia de la entidad.

Es, esa la razón por la que el artículo 2º infine del Decreto 2400 de 1968 señaló:

*“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.”*

Así mismo, la Ley 790 de 2002, reiteró el precepto anterior al disponer:

*“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.”*** (Negrilla por fuera del texto original).

Es, por tanto, el Estado el que infringe el ordenamiento jurídico al contratar por ese medio los servicios de personal, precaviendo los requisitos de la existencia del cargo en la planta de personal, del presupuesto, el acto administrativo de nombramiento y la posesión, convirtiendo todo ello en una simple práctica.

Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral.

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

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

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

Los anteriores razonamientos resultan suficientes para que la Sala decida revocar la sentencia apelada, mediante la cual el Tribunal denegó las súplicas de la demanda y, en su lugar, declare la nulidad del oficio No. 05386 del 24 de agosto de 1999. A título de restablecimiento del derecho ordenará el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, según el cuadro que aparece en las consideraciones de esta sentencia.

Para determinar el monto de la suma que debe reconocerse al demandante, se tendrán en cuenta:

- a. Los valores pactados en los contratos.
- b. Las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la entidad.
- c. Las sumas que resulten se ajustarán de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y la siguiente fórmula:

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada prestacional.

No procede reconocer salarios porque éstos se equiparan a las sumas pactadas en los contratos y órdenes de prestación de servicios, cuya omisión en el pago no se alega ni aparece demostrada. Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

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

**F A L L A:**

**REVOCASE** la sentencia de veinte (20) de agosto de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, dentro del proceso promovido por el señor JOSE NELSON SANDOVAL CARDENAS contra el Instituto Financiero para el Desarrollo de Norte de Santander "IFINORTE".

En su lugar se dispone:

**1) DECLARASE LA NULIDAD** del oficio No. 05386 de veinticuatro (24 ) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), expedido por la demandada.

**2) ORDÉNASE A LA ENTIDAD DEMANDADA RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DEL ACTOR, las prestaciones sociales** correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, según el cuadro que aparece en las consideraciones de esta sentencia.

**3) El tiempo laborado se computará para efectos pensionales,** para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones.

**4) INDÉXESE LA CONDENA,** de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

**5) DENIÉGANSE LAS DEMAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA.**

**6)** Cúmplase la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**7)** Reconócese personería al abogado GIOVANNY ALBERTO PEÑALOSA PAVÓN, como apoderado de IFINORTE, en los términos y para los efectos de poder obrante a folio 252 del expediente.

**8)** Reconócese personería al abogado VÍCTOR JULIO ORTEGA ACERO, como apoderado del demandante, en los términos y para los efectos de poder obrante a folio 261 del expediente.

Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE**

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

**JAIME MORENO GARCÍA**

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN      ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**Radicación: 540012331000200000020 01 (2776-2005)**

**ACTOR: JOSE NELSON SANDOVAL CARDENAS**



