



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 08001-23-33-000-2013-00159-01 (0107-2015)
Demandante : **Édgar Fernando Muñoz Lozano**
Demandado : Unidad Nacional de Protección¹ (UNP), como sucesora procesal del extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)
Tema : Contrato realidad

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante (ff. 137 a 151) contra la sentencia de 19 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 1 a 6). El señor Édgar Fernando Muñoz Lozano, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el entonces Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare: (i) la nulidad del oficio 93261-1 (sin fecha específica), suscrito por el director seccional del DAS, que negó la petición formulada por el demandante el 26 de marzo de 2012, en relación con el reconocimiento de sus derechos laborales, y (ii) la existencia de una relación de carácter laboral con la entidad accionada.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada al pago de «[...] *las prestaciones sociales (INTERESES SOBRE LAS CESANTÍAS, VACACIONES, INCREMENTO POR ANTIGÜEDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, BONIFICACIÓN*

¹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 1303 de 11 de julio de 2014, «por el cual reglamenta el Decreto 4057 de 2011», los procesos judiciales en que fue parte el DAS, al cierre de la supresión de dicha entidad, serán notificados a los organismos que hayan asumido sus funciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal.



O PRIMA ESPECIAL DE CLIMA, DE RIESGO Y DE INSTALACIÓN, AUXILIO DE TRANSPORTE, DE ALIMENTACIÓN, GASTOS DE REPRESENTACIÓN, GASTOS DE VIAJES DE PARIENTES, COMPENSACIÓN EN CASO DE MUERTE, BONIFICACIÓN POR COMISIÓN DE ESTUDIOS, VIÁTICOS, VESTUARIOS Y OTRAS) [...]», asimismo, los incrementos salariales que resulten por el reconocimiento de lo pretendido; devolver los aportes realizados al sistema general de seguridad social y asumir costas procesales.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el actor que se vinculó como contratista (escolta) al extinguido DAS, a través de contratos de prestación de servicios, desde el 1.º de marzo de 2006 hasta el 29 de marzo de 2011.

Que prestó sus servicios «[...] de forma personal, con total disponibilidad, recibiendo órdenes de servicios en las que se le señalaba el horario, dónde y cuándo debía ejecutar la labor, con la dotación de armas y vehículos oficiales [...] y recibiendo una asignación salarial mensual por la prestación del servicio».

Dice que la labor ejecutada comporta las mismas funciones del empleo de planta «*AGENTE ESCOLTA*», sin embargo, mientras que quien lo ejerce tiene derecho a todas las prestaciones de ley, a él, por tener una relación contractual, no se las reconocen, como tampoco el pago de afiliación al sistema de seguridad social.

Aduce que el 26 de marzo de 2012 presentó reclamación ante el suprimido ente accionado orientada a obtener «[...] *el reconocimiento de la relación laboral y pago de las prestaciones sociales*», lo que le fue negado a través de oficio 93261-1 (sin fecha específica).

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo demandado los artículos 53 y 125 de la Constitución Política; 131, 132, 135, 137 y 152 de la Ley 1437 de 2011; y los Decretos 1932, 1933 y 2146 de 1989, y 377 de 2006.

Arguye el demandante violación directa de la Constitución y la ley, al considerar que la decisión acusada desconoció el derecho al trabajo, el debido proceso y el principio de la primacía de la realidad, por cuanto prestó sus servicios de manera personal, continua y subordinada, elementos propios de una relación laboral, y por ello tiene derecho a que se le reconozcan y paguen



las prestaciones propias que recibe un empleado que ejerce las mismas funciones, pero que tiene una relación legal y reglamentaria con la Administración.

Que el acto administrativo desconoce la primacía de la realidad sobre las formas, pues desdibujó la verdadera relación contractual al pactar por medio de contratos de prestación de servicios, la ejecución permanente, remunerada y subordinada que mantuvo durante la vinculación laboral.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 62 a 77). El extinguido DAS, a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; respecto de los hechos dice que algunos son ciertos y otros no.

Manifiesta que «[...] los contratos de prestación de servicios señalados por el actor, se efectuaron por el Departamento Administrativo de Seguridad en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 [...], pues para desempeñar la actividad requerida, se consideró en su momento [...], que [ese organismo] no contaba con personal suficiente de planta que pudiera cumplir con el programa, siendo esta situación uno de los requisitos legales para la realización de contratos de prestación de servicios con personas naturales».

Que en la relación contractual que el actor sostuvo con el extinguido DAS no se configuró el elemento de subordinación, toda vez que (i) las misiones de trabajo a las que alude aquel, demuestran el «[...] desarrollo del contrato de prestación de servicios para efectos de las obligaciones contractuales que debía cumplir [...]»; (ii) frente al cumplimiento de órdenes, se debe tener en cuenta que este «[...] es uno de los deberes de los contratistas, previsto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 [...]», por lo que «[...] el hecho de que recibiera órdenes por sí solo no lleva a inferir que exista una relación laboral, ni un trabajo subordinado y dependiente»; y (iii) en lo concerniente al establecimiento de horarios «[...] y la utilización de las instalaciones y recursos de la entidad contratante [...]», aclara que esto no configura una relación laboral, en atención a que, para el caso particular, ello era necesario, ya que «[...] los contratistas encargados de la protección deben someterse a las pautas de esta y la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades, pues ser[í]a absurdo que los escoltas contratistas desarrollen el objeto del contrato como ruedas sueltas y [a] horas en que no se les necesita».



Afirma que «[...] el DAS acordó una obligación contractual con el contratista accionante en razón de la experiencia y formación del citado en los temas de protección, por lo cual se pactaron obligaciones contractuales de tipo netamente técnico, motivo por el cual, previas las etapas precontractuales de rigor, se celebraron los contratos. Adicionalmente, es claro inferir que en [aquellos] [...], siempre se estipuló una duración específica en atención al cumplimiento del objeto contractual, y el pago de unos honorarios [...]», lo cual no puede confundirse con salario, «[...] siendo estas características esenciales de los contratos de prestación de servicios. Además, cualquier contrato debe tener quien lo supervise, por cuanto el contratista independiente se le debe exigir cumplir con el objeto del contrato de prestación de servicios».

Que el demandante no ejercía una función que podía ser desempeñada por personal de planta del DAS, las responsabilidades eran temporales y estaban supeditadas a la ejecución del programa de protección liderado por el Ministerio del Interior y de Justicia, razón por la cual para realizar este tipo de vinculaciones contaba con autonomía. Aclara que las instrucciones que fueron impartidas eran necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contratado, que era brindar protección y/o seguridad a determinadas personas, con lo que no se puede inferir que era dependiente y sometido a la subordinación.

1.6 Providencia apelada (ff. 137 a 151). El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 19 de agosto de 2014, negó las pretensiones de la demanda, al estimar que «[...] las pruebas que obran en el expediente [...] no resultan suficientes a la hora de demostrar el vínculo laboral, pues los contratos de prestación de servicios no tenían otro objeto que el de prestar servicios de protección, con sede principal en la ciudad de Barranquilla y eventualmente en la ciudad donde se asignara el esquema operativo [por lo que] es perfectamente viable que [el extinguido DAS] en orden a cumplir con la misión institucional, pueda suplir la falta de personal con aquellas personas que se contratan a través de órdenes o contratos de prestación de servicios, para desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad [...] sin que ello genere necesariamente una relación laboral».

Que «[...] entre las partes de una relación contractual puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo de la labor encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, el hecho de recibir una serie de memorandos e instrucciones de sus superiores, o tener que



reportar informe sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración del elemento de subordinación».

Por lo anterior, y comoquiera que tampoco aportó ningún documento tendiente a demostrar la similitud de las funciones por él desempeñadas con las del cargo de planta, niega las pretensiones de la demanda. No condena en costas al no haber incurrido en una conducta temeraria o de mala fe.

1.7 Recurso de apelación: (ff. 158 a 161). Inconforme con la decisión de primera instancia, el demandante interpone recurso de apelación, en el que insiste en que se configuran los elementos constitutivos de una relación laboral, y que el *a quo* «[...] no tuvo en cuenta y no practicó todas las pruebas pedidas [...] lo cual hizo que su decisión fuera adversa a las pretensiones [...] teniendo en cuenta solo, para su decisión, las copias de los diferentes contratos de prestación de servicios [...]». Añade que se vulneró el derecho al debido proceso, porque debió decretarse como pruebas las actas de entrega de armas y las certificaciones de la Policía Nacional sobre los sitios en los cuales prestó sus servicios.

II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso fue concedido mediante proveído de 4 de noviembre de 2014 (f. 163) y admitido por esta Corporación a través de auto de 12 de febrero de 2015 (f. 172); en el que se dispuso la notificación personal al Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 247 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 23 de julio de 2015 (f. 179), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por el demandante, para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación y transcribir apartes jurisprudenciales referidos a las diferencias entre el contrato de trabajo y las órdenes de prestación de servicios (ff. 185 a 190).

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.



3.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del DAS el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como escolta - contratista, en aplicación del principio de *«primacía de la realidad sobre formalidades»*, o por el contrario, si los contratos de prestación de servicios que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

3.3 Marco normativo y jurisprudencial. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta del caso concreto.

En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

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

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

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la honorable Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones *«no puedan realizarse con personal de planta o»* y *«En ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales»* contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de



19 de marzo de 1997², precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

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

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

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

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

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968³, *«Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil [...]»*, dispone:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que

² Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

³ Modificado por el Decreto 3074 del mismo año.



deben ser atendidas por una persona natural.

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

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

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

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

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la



realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado «*contrato realidad*» aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁴.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine*.

3.4 Hechos probados. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en

⁴ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.



tal virtud, se destaca:

a) Contratos de prestación de servicios (CD en folio 116 A), con algunas actas de liquidación, suscritos por el demandante con el extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), entre los años 2006 y 2011, que dan cuenta de que aquel se comprometió con este a prestar sus servicios de protección, la mayoría con sede principal en Barranquilla y los otros en Bogotá, «[...] y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del programa de protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia», como se relaciona en el siguiente cuadro:

Contrato No.	Período	Desde	Hasta
52-2006	9 meses	1/3/2006	30/11/2006
118-2006	7 meses	1/12/2006	30/6/2007
51-2007	6 meses	1/7/2007	31/12/2007
159 de 2008	6 meses	1/1/2009	30/6/2009
Adición 1 al contrato 159-2008	2 meses	1/7/2009	29/8/2009
Adición 2 al contrato 159-2008	1 mes	30/8/2009	28/9/2009
47-2009	60 días	29/9/2009	28/11/2009
Adición 1 al contrato 47-2009	«Desde la terminación del 047-2009 hasta el 17 de diciembre del 2009»	29/11/2009	17/12/2009
84-2010	104 días	18/12/2010	31/3/2010
135 de 2010	3 meses	1/4/2010	30/6/2010
Adición 1 al contrato 135 de 2010	1 meses	1/7/2010	31/7/2010
180-2010	5 meses	1/8/2010	27/12/2010
228 de 2010	3 meses	28/12/2010	29/3/2011

Respecto de las instrucciones, en los contratos relacionados, hacen referencia a que debía estar en contacto con el responsable del área de protección, por ser este el coordinador de los esquemas de seguridad, rendir informe de las novedades que surjan durante la prestación del servicio, registrar su permanencia en los libros asignados para ello ante las instalaciones del DAS, y, en caso de no existir oficinas de ese organismo, ante el comando de policía más cercano, así como diligenciar en la minuta de control la iniciación y terminación del servicio diario, y presentarse ante el responsable de protección



o el inspector diario en turno. Asimismo, en las órdenes de prestación de servicios se precisa como medios logísticos para el desempeño de la labor la entrega de armas y vehículos oficiales.

b) Constancias de cumplimiento (CD en folio 116 A) que dan cuenta de que el accionante (i) cumplió, durante los meses de marzo a octubre de 2006, febrero a octubre y diciembre de 2007, enero a noviembre de 2009, febrero, junio, julio y diciembre de 2010 y enero a marzo de 2011 el objeto de los contratos de prestación de servicios que suscribió, (ii) generó gastos de viaje⁶, y (iii) aportó copia de los respectivos comprobantes de pago a seguridad social⁷, lo cual «[...] *acredita el cumplimiento de sus obligaciones con los sistemas de seguridad social en pensión y salud, conforme lo dispuesto en el Artículo 50 de la Ley 789 del 27 de [d]iciembre de 2002, en concordancia con el Artículo 27 de los Decretos 2170 de 2002 y 510 de 2013*», y certificaciones «[...] *de permanencia generadas de las órdenes de trabajo*».

c) Escrito de 26 de marzo de 2012 (ff. 8 a 10), mediante el cual el actor, por medio de apoderado, pidió del extinguido DAS: (i) el reconocimiento de «[...] *una relación laboral [y] se nivele al código y grado equivalente en la planta personal del “DAS”*»; (ii) el pago de prestaciones tales como cesantías, primas de navidad, servicios, vacaciones y riesgo, vacaciones y bonificación por servicios prestados, entre otras, «[...] *dejadas de percibir por los períodos contratados*», esto es, desde el 1.º de marzo de 2006 hasta el 29 de marzo de 2011, (ii) devolver los aportes realizados al sistema general de seguridad social; y (iii) indexar todas las sumas que se le cancelen.

d) Oficio 93261-1, sin fecha específica (ff. 12 y 13), con el que el DAS niega la petición del accionante relacionada en la letra precedente, bajo el argumento de que «[...] *el ingreso al servicio público está suficientemente regulado en la Constitución Política y la ley, y la celebración de contratos de prestación de servicios no tienen la capacidad para crear una relación laboral reglada, en virtud [de] que [e]stos [...] se rigen por la ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y sus respectivos decretos reglamentarios*».

3.5 Caso concreto. De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se tiene que el reclamante (i) prestó de manera personal sus servicios como escolta del

⁶ Durante los meses de febrero y junio de 2006, julio, agosto y diciembre de 2007, enero a junio y octubre a diciembre de 2009 y enero, febrero, abril y mayo de 2010.

⁷ Los cuales fueron consignados a las entidades Citicolfondos y Saludcoop durante los meses de vigencia de cada contrato.



DAS desde el 1.º de marzo de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007 y del 1.º de enero de 2009 al 29 de marzo de 2011, para lo cual hacía uso de armamento y vehículos de propiedad de ese organismo; (ii) se vinculó mediante contratos de prestación de servicios durante los anteriores interregnos, que tenían por objeto que este proporcionara sus servicios de protección, «[...] *dentro del componente seguridad a personas, del programa de protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos* [...]», por cuya actividad recibía una contraprestación económica mensual; (iii) se le asignaban instrucciones a través de «órdenes de trabajo», que consistían en el deber de estar en contacto con el responsable del área de protección, por ser este el coordinador de los esquemas de seguridad, rendir informe de las novedades que surgieran durante la prestación del servicio, registrar su permanencia en los libros asignados para ello ante las instalaciones del DAS, y, en caso de no existir oficinas de ese organismo en un lugar, ante el comando de policía más cercano, así como diligenciar en la minuta de control la iniciación y terminación del servicio diario, y presentarse ante el responsable de protección o el inspector diario en turno, de lo que se concluye que no actuaba de manera independiente en el desarrollo del objeto contractual, sino por el contrario estaba sujeto a las instrucciones y órdenes impartidas por la entidad; y (iv) durante la ejecución de los referidos contratos efectuó los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en salud y pensión, ya que debía presentar dichos soportes para obtener su pago.

Resulta oportuno aclarar que si bien la parte accionante manifiesta que la relación laboral tuvo lugar de manera ininterrumpida entre el 1.º de marzo de 2006 y el 29 de marzo de 2011, también lo es que no se allegó al plenario ningún documento que permita acreditar el vínculo contractual durante el año 2008, por lo que se recuerda que, conforme al artículo 167 del Código General del Proceso (CGP), le incumbe la carga de la prueba al demandante.

Así las cosas, se encuentra claramente demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral como son, por un lado, **la prestación personal del servicio**, en atención a que en efecto el demandante fue contratado por el DAS como escolta, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro, **la remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un valor del contrato con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a recibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración



pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que le era pagada de manera mensual, según lo acordado en cada contrato.

En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se examinará la naturaleza de las funciones desempeñadas por el actor en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

El extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), creado mediante el Decreto 2872 de 31 de octubre de 1953, tenía por objeto «[...] *la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo [...]»*⁸, para lo cual debía producir «[...] *la inteligencia que requiere el Estado, como instrumento de Gobierno para la toma de decisiones y la formulación de políticas relacionadas con la seguridad interior y exterior del Estado [...]»*⁹, y entre sus funciones, de conformidad con el artículo 2.º (numeral 14) del Decreto 643 de 2004, se encontraba la de brindar protección a altos dignatarios, así:

14. Brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Vicepresidente y su familia, Ministros y ex Presidentes de la República; la información relacionada con su seguridad tiene reserva legal.

[...]

Parágrafo. Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de los previstos en el numeral 14 de este artículo, que requieran la protección del Estado, deberá concertarse la asunción de dicha función por parte de otros organismos estatales que desarrollen funciones de protección. El Departamento Administrativo de Seguridad continuará prestando tales servicios hasta que sean asumidos por otras entidades, de acuerdo con los estudios de riesgo correspondientes.

Por su parte, el Decreto 2816 de 2006¹⁰ estableció que «*El Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia tiene por objeto apoyar al Gobierno Nacional en la salvaguarda de la vida, integridad, libertad y seguridad de la población objeto del Programa que se encuentre en situación de riesgo cierto, inminente y excepcional, como*

⁸ Artículo 1.º del Decreto 643 de 2004, «*Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones*».

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ «*Por el cual se diseña y reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia y se adoptan otras disposiciones*».



consecuencia directa y en razón del ejercicio de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales o humanitarias», del cual hacía parte para su desarrollo el extinguido DAS, y según su artículo 3, está dirigido a:

1. Dirigentes o activistas de grupos políticos y especialmente de grupos de oposición.
2. Dirigentes o activistas de organizaciones sociales, cívicas y comunales, gremiales, sindicales, campesinas y de grupos étnicos.
3. Dirigentes o activistas de organizaciones de Derechos Humanos y miembros de la misión médica.
4. Testigos de casos de violación a los Derechos Humanos y de infracción al Derecho Internacional Humanitario, independientemente de que no se hayan iniciado los respectivos procesos disciplinarios, penales y administrativos, en concordancia con la normatividad vigente.
5. Periodistas y comunicadores sociales.
6. Alcaldes, Diputados, Concejales y Personeros.
7. Dirigentes de organizaciones de población en situación de desplazamiento.
8. Funcionarios responsables del diseño, coordinación o ejecución de la Política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional.
9. Ex funcionarios que hayan tenido bajo su responsabilidad el diseño, coordinación o ejecución de la Política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional.

Visto lo anterior, colige la Sala que el servicio de protección era una función permanente y obligatoria del DAS, con soporte normativo, la cual se relacionaba directamente con las labores que desempeñaba el demandante, por ende, se tiene que este no ejerció actividades temporales durante su vinculación al DAS como contratista de prestación de servicios sino de naturaleza permanente.

Agrégase a lo anterior, que en la planta global de personal del extinguido DAS había cargos de escolta, tal como se deduce del Decreto 644 de 2004¹¹, que modificó el Decreto 2759 de 2000¹², cuya función, de acuerdo con el Decreto

¹¹ «Por el cual se modifica la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad».

¹² «Por el cual se adopta la Planta de Personal del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones».



1951 de 1993¹³, consistía en «[p]restar los servicios de protección a personas, contra riesgos, peligros o amenazas que puedan generar perturbaciones de orden público», para lo que se desarrollaban actividades idénticas a las asignadas al actor, las cuales implicaban subordinación en el ejercicio de dichas tareas.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones¹⁴, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

Por lo tanto, si bien es cierto que el accionante se vinculó al extinguido DAS a través de sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 1.º de marzo de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007 y del 1.º de enero de 2009 al 29 de marzo de 2011, también lo es que se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, por lo que es aplicable a la presente controversia el principio de «la primacía de la realidad sobre formalidades», pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de los escoltas nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor y con implementos que le suministraba el extinguido DAS para tal fin, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeto a subordinación y dependencia. Por consiguiente, comoquiera que hay soporte probatorio suficiente, no le era dable al *a quo* negar la existencia del contrato realidad por ausencia de elementos de juicio.

Cabe anotar que pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior¹⁵.

¹³ «Por el cual se adiciona la nomenclatura de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se describe la naturaleza de una denominación, se fijan los requisitos mínimos para su desempeño y se dictan otras disposiciones».

¹⁴ Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actora: María Zulay Ramírez Orozco.

¹⁵ «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.



Por otra parte, en sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016¹⁶, que aunque no se había emitido para la fecha en la que el fallo de primera instancia fue emitido, es la posición jurisprudencial vigente respecto de controversias relativas al reconocimiento de la relación laboral con el Estado (contrato realidad) y el consecuente pago de las prestaciones derivadas de esta, la sección segunda de esta Corporación precisó:

[R]especto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

[...]».

¹⁶ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.



como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho [...].

Con base en la citada jurisprudencia, se tiene que en atención a que el actor laboró para el extinguido DAS por medio de contratos de prestación de servicios desde el 1.º de marzo de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007 y del 1.º de enero de 2009 al 29 de marzo de 2011 y formuló reclamación ante su empleador el 26 de marzo de 2012, las prestaciones sociales que se le reconocerán son las derivadas de los siguientes contratos, pues los anteriores se encuentran prescritos¹⁷:

Contrato No.	Período	Desde	Hasta
159 de 2008	6 meses	1/1/2009	30/6/2009
Adición 1 al contrato 159-2008	2 meses	1/7/2009	29/8/2009
Adición 2 al contrato	1 mes	30/8/2009	28/9/2009

¹⁷ En lo concerniente al término prescriptivo, su fundamento normativo está consagrado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de 3 años contados a partir del momento en que el derecho se hace exigible y que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador.



159-2008			
47-2009	60 días	29/9/2009	28/11/2009
Adición 1 al contrato 47-2009	«Desde la terminación del 047-2009 hasta el 17 de diciembre del 2009»	29/11/2009	17/12/2009
84-2010	104 días	18/12/2010	31/3/2010
135 de 2010	3 meses	1/4/2010	30/6/2010
Adición 1 al contrato 135 de 2010	1 meses	1/7/2010	31/7/2010
180-2010	5 meses	1/8/2010	27/12/2010
228 de 2010	3 meses	28/12/2010	29/3/2011

Lo anotado, comoquiera que el último contrato celebrado por las partes, antes del 159 de 2008, fue el 51 de 2007 con vigencia de 6 meses, cuyo inicio aconteció el 1.º de julio de esa anualidad y culminó el 31 de diciembre siguiente y la respectiva petición solo se presentó, como se dijo, hasta el 26 de marzo de 2012, esto es, por fuera de los tres años establecidos como término de prescripción extintiva, no es factible conceder los emolumentos prestacionales derivados tanto del aludido acuerdo como de los anteriores.

Estima la Sala que dado que para la época en que el actor prestó sus servicios existía el cargo de agente escolta, tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las correspondientes prestaciones sociales devengadas por los servidores de planta, por lo que se debe tener como base para su liquidación, el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el mencionado empleo (en la medida en que no sea inferior a los honorarios, pues en caso contrario se recurrirá al valor de estos), pero en proporción a cada período trabajado, en virtud de las órdenes de prestación de servicios 159 de 2008, 47 de 2009 y 84, 135, 180 y 228 de 2010 (incluidas sus prórrogas).

Pese a lo expuesto, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el accionado deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1.º de marzo de 2006 y el 29 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de agente escolta o los honorarios pactados, si estos son superiores a aquel), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior,



se deben tener en cuenta las cotizaciones que realizó el accionante al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

En lo concerniente a la pretensión de devolución de los dineros cancelados por concepto de aportes al sistema general de seguridad social, se tiene que solo es procedente tal petición respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud, pues dicha carga fue asumida por el actor como da cuenta la relación de consignaciones a Citicolfondos¹⁸, durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios 159 de 2008, 47 de 2009 y 84, 135, 180 y 228 de 2010 (incluidas sus prórrogas), ya que frente a los demás, como se anotó en párrafos anteriores, operó el fenómeno jurídico-procesal de la prescripción trienal, lo cual se hace extensivo al deprecado reintegro, toda vez que, de acuerdo con la pluricitada sentencia de unificación, este es un beneficio puramente económico para el demandante.

A pesar de lo dicho, resulta oportuno declarar en este fallo que el tiempo trabajado por el actor bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 1.º de marzo de 2006 y el 29 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

En lo atañadero a la sanción moratoria pretendida por el accionante, tampoco se accede a esta en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con esta sentencia.

En relación con el reconocimiento del valor de las dotaciones de calzado y vestido de labor, conforme a la Ley 70 de 1988 y el Decreto 1978 de 1989¹⁹, el accionante no tiene derecho a que le sean compensadas en dinero, por haber devengado una asignación mensual superior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁰.

En cuanto al pago de las primas de clima e instalación, reguladas en los

¹⁸ CD en folio 116 A.

¹⁹ Según los artículos 2 y 3, la entrega de dotación de vestido y calzado los días 30 de los meses de abril, agosto y diciembre, siempre y cuando se hubiera trabajado de manera ininterrumpida tres meses antes de cada suministro.

²⁰ Se precisa que la remuneración mensual del actor para el año 2011 derivada del contrato 228 de 2010, corresponde al valor en promedio mensual de \$1'638.000 y el salario mínimo mensual legal vigente era de \$535.600.



artículos 3.º (derogado por el Decreto 2646 de 1994), 5.º y 14 del Decreto 1933 de 1989, no es procedente acceder a ellas, porque el actor no probó haber laborado en la sección de laboratorio forense, dependiente de la división de criminalística de la dirección de investigación y seguridad rural de Bogotá, ni tampoco haber sido trasladado por razones del servicio con carácter permanente a un lugar diferente de su sede habitual junto con su familia.

En lo concerniente a la prima de riesgo no podrá ser objeto de reconocimiento, toda vez que no constituye una prestación social sino un factor de salario²¹.

En lo referente a los viáticos reclamados en la demanda, dentro del proceso no se demostró que diferente a los «*gastos de viaje*» reconocidos (febrero y junio de 2006, julio, agosto y diciembre de 2007, enero a junio y octubre a diciembre de 2009 y enero, febrero, abril y mayo de 2010) se haya incurrido en otras expensas como consecuencia de las autorizaciones de desplazamiento efectuadas al accionante y que la entidad se hubiese negado a reconocer, por el contrario, en algunas órdenes de trabajo se precisaba que «*DE ACUERDO A LA CIRCULAR OPLA 030 DEL 6 DIC/2002, NOS PERMITIMOS ADVERTIR, LAS MISIONES DEBEN SER LEGALIZADAS EL MISMO DIA EN QUE SE FINALIZA O A MAS [sic] TARDAR EL DIA [sic] HÁBIL SIGUIENTE A LA TERMINACION [sic] CON EL CUMPLIDO O CERTIFICACIÓN DE PERMANENCIA DE LO CONTRARIO NO SE RECONOCERÁN VIÁTICOS*» (se destaca).

Frente al reconocimiento de «*gastos de viajes de pariente*», «*compensación en caso de muerte*» y «*bonificación por comisión de estudios*» se negarán, pues pese a ser solicitados en el escrito de demanda, el actor solo se limitó a enunciarlos en el acápite de pretensiones, pero no expuso las razones de dichos pedimentos.

En cuanto al pago de gastos de representación, esta Sala, en sentencia de 6 de octubre de 2016²², después de invocar el artículo 42 del Decreto 1042 de

²¹ Expediente 76001233100020120033401 (3769-2015), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la que se indicó que: «*Así quedó establecido en sentencia de unificación de fecha 1º de agosto de 2013, dentro del proceso con Rad. 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11) en la cual, se dispuso que: «Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores*»

²² Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 6 de octubre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14), consejera ponente: Sandra Lisset



1978, sobre otros factores que constituyen salario, determinó que los que tienen como destinatarios a los empleados públicos, no pueden ser reconocidos, pues, como se expuso en líneas que anteceden, esta condición no la ostentó el actor. En consecuencia, no es viable acceder a esta petición.

Ahora bien, acerca de la condena en costas a la parte vencida, ha de precisarse que esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016²³ se pronunció así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o

Ibarra Vélez, actor: Miguel Ángel Castaño Gallego, demandado: Municipio de Pereira - secretaria de educación.

²³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Por lo tanto, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas.

3.6 Síntesis de la Sala. Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Unidad Nacional de Protección (UNP) (i) pagar al accionante las correspondientes prestaciones sociales devengadas por los servidores de planta, teniendo como base para su liquidación, el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de agente escolta (en la medida en que no sea inferior a los honorarios, pues en caso contrario se recurrirá al valor de estos), en proporción a cada período trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios 159 de 2008, 47 de 2009 y 84, 135, 180 y 228 de 2010 (incluidas sus prórrogas), por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos; (ii) tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1.º de marzo de 2006 y el 29 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de agente escolta o los honorarios pactados, si estos son superiores a aquel), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó



al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador; y (iii) devolver los dineros cancelados por el actor en razón a la cuota parte legal que el extinto DAS no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los mencionados contratos 159 de 2008, 47 de 2009 y 84, 135, 180 y 228 de 2010. De igual manera, se declarará que el tiempo laborado por el demandante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, desde el 1.º de marzo de 2006 hasta el 29 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales. Se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de dotación y calzado, primas de riesgo, clima e instalación, sanción moratoria, gastos de representación y viáticos, conforme a lo expuesto.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia de 19 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor Édgar Fernando Muñoz Lozano contra la Unidad Nacional de Protección (UNP), conforme a la parte motiva, y en su lugar:



1.1 Declárase la nulidad del oficio 93261-1 (sin fecha específica), por medio del cual el director seccional del extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) le negó al accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias laborales, de acuerdo con la motivación.

1.2 Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordénase a la UNP (i) pagar al señor Édgar Fernando Muñoz Lozano las correspondientes prestaciones sociales devengadas por los servidores de planta, teniendo como base para su liquidación, el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de agente escolta (en la medida en que no sea inferior a los honorarios, pues en caso contrario se recurrirá al valor de estos), en proporción a cada período trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios 159 de 2008, 47 de 2009 y 84, 135, 180 y 228 de 2010, por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos; (ii) tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1.º de marzo de 2006 y el 29 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de agente escolta o los honorarios pactados, si estos son superiores a aquel), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones; la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador; y (iii) devolver los dineros cancelados por el actor en razón a la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los mencionados contratos 159 de 2008, 47 de 2009 y 84, 135, 180 y 228 de 2010, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

1.3 La UNP hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:



Expediente: 08001-23-33-000-2013-00159-01 (0107-2015)
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
Édgar Fernando Muñoz Lozano contra la UNP

R = Rh. índice final
índice inicial

1.4 La UNP deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

1.5 Declárase que el tiempo laborado por el señor Édgar Fernando Muñoz Lozano al extinguido DAS, desde el 1.º de marzo de 2006 hasta el 29 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

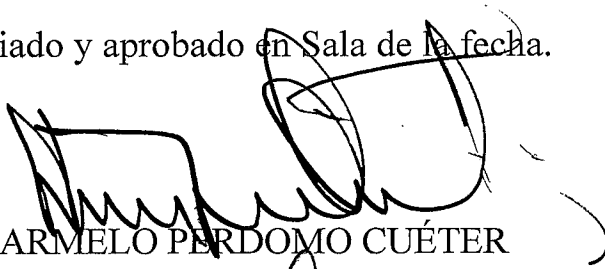
1.6 Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

2. Sin condena en costas a la parte demandada en ambas instancias.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

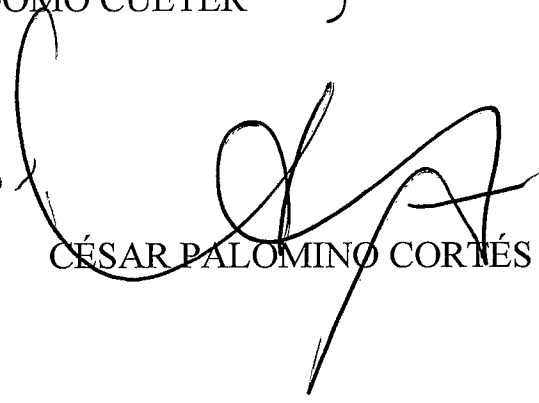
Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.



CARMELO PERDOMO CUÉTER



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



CÉSAR PALOMINO CORTÉS

