



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)

Demandante: Julián Andrés Rentería González

**Demandado: Nación, Departamento Administrativo de Seguridad – DAS-
hoy Unidad Nacional de Protección**

SO. 0126

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4.º del artículo 247¹ del CPACA, decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado judicial de la Unidad Nacional de Protección, contra la sentencia de 29 de octubre de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Julián Andrés Rentería González contra la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad – DAS-, hoy Unidad Nacional de Protección.

ANTECEDENTES

El señor Julián Andrés Rentería González, a través de apoderado judicial, solicitó declarar la nulidad del Oficio 2012-79021-2 de 26 de marzo de 2012

¹«**Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias.** El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...).».

proferido por el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, en proceso de supresión; a través del cual se le negó su solicitud de reconocimiento de los emolumentos salariales y prestacionales generados por su desempeño en esa entidad desde el 1.º de enero de 2008 hasta el 13 de junio de 2011.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó se declare la existencia de una relación laboral (contrato realidad) entre el demandante y la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.

De igual manera, solicitó se condene a la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad, DAS en supresión, al reconocimiento y pago de las consecuencias jurídicas y económicas que de la declaración del contrato realidad se generen, con la nivelación al código y grado que equivale en la planta de personal de acuerdo con la asignación básica mensual y funciones ejercidas; así como la suma equivalente en proporción al tiempo laborado por indemnización por retiro sin justa causa, bonificación por servicios prestados, viáticos, vacaciones, primas de servicios, antigüedad y riesgo, cesantías, intereses a las cesantías, dotaciones, primas especiales de clima e instalación, reliquidación de salarios y prestaciones sociales con fundamento en los anteriores conceptos; sanción por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, indemnización por falta de pago, devolución del dinero cancelado por concepto de pólizas de seguro de cumplimiento correspondientes al periodo laborado entre el 1.º de enero de 2008 hasta el 13 de junio de 2011.

Finalmente solicitó se condene en costas a la entidad demandada.

Como **hechos** relató que estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, en forma continua e ininterrumpida desde el 1.º de enero de 2008 hasta el 13 de junio de 2011, ejecutando labores propias de las asignadas por la entidad, con lo que se desvirtuaron las características

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

del contrato de prestación de servicios, pues se desempeñó de manera personal, dependiente o subordinada, cumpliendo un horario de trabajo y las funciones que desempeñó fueron las de escolta, en el servicio de protección a personas, asignadas por la ley a esa entidad, recibiendo una contraprestación por esto.

Como **normas vulneradas** citó los artículos 1.º, 2.º, 13, 25, 29, 53 y 83 de la Constitución Política; del CCA los artículos 131, 132, 135, 137 y s.s. 152 y s.s.; los Decretos 2146 de 1989 y 1951 de 24 de septiembre de 1993 y la Resolución 01759 de 17 de agosto de 2004.

En el **concepto de la violación** expuso que desempeñó las labores de escolta en idénticas condiciones a los funcionarios de planta de la entidad, la cual está asignada por la ley al DAS; que su servicio lo prestó de manera personal, con un horario determinado, para lo cual cumplió órdenes de sus superiores, bajo una continua subordinación y dependencia y en los sitios que le fueron indicados por los funcionarios de la entidad.

De conformidad con lo anterior, adujo que la función de protección que brinda el DAS corresponde a funciones permanentes que hacen parte del giro ordinario de la entidad y que por ende, configuran una verdadera relación laboral.

Contestación de la demanda

La apoderada del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS - en supresión, se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual estimó lo siguiente:

La vinculación del accionante con la entidad se efectuó a través de sucesivos contratos de prestación de servicios de escolta, realizados por el DAS en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues la entidad no contaba con el personal suficiente para cumplir

con el programa de protección a personas; que la prestación de los contratos celebrados, no debe interpretarse como subordinación pues la prestación del servicio debe ser realizada conforme con las normas de la entidad.

Además, la contraprestación se pactó como remuneración a la prestación de un servicio de escolta, lo que es propio de tales tipos de contratos por lo que no constituye salario.

Insistió en que toda actividad contractual requiere de un vigilancia y control por parte del contratante *máxime* cuando en este caso, la labor contratada es especialísima puesto que de ella depende la vida de quienes son beneficiarios del programa, por ende las ordenes y misiones se constituyen un medio para hacerla efectiva y todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas cuyo cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación, conforme lo indica el artículo 5.º, numeral 2.º de la Ley 80 de 1993.

Argumentó que es diferente la modalidad de vinculación como contratistas o como servidores públicos y que no es cierto como lo señala el demandante, que se configuró un contrato realidad pues de conformidad con las pruebas aportadas se aprecia que mediante los contratos de prestación de servicios el demandante se trató de un contratista quien debía cumplir labores de protección en el lugar que le fuera asignado por el DAS o por su protegido, por lo que era necesario que realizara la labor de manera personal y con la intervención de un supervisor.

Conforme a lo señalado por el artículo 32 del Decreto 372 de 1996 dijo que la misión de protección en estos casos específicos no corresponde exclusivamente al DAS sino que por el contrario es al Ministerio del Interior a quien la ley le asignó esa tarea para que una vez definidas las políticas de protección, en coordinación con el apoyo del DAS se ejecuten tales programas.

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

Frente a la misión del DAS precisó colabora en el programa de protección a personas, prestando su personal, pero esto no es suficiente para brindar el servicio a todos aquellos ciudadanos que lo requieren, por lo que el Ministerio del Interior y Justicia realiza un traslado presupuestal para que el DAS contrate el personal que le falta para ejecutar adecuada e idóneamente el programa.

Finalmente propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, pago y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Trámite en primera instancia

A través de proveído de 19 de febrero de 2013 el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda (ff. 99-100); luego, por auto de 18 de septiembre de 2013 se fijó la audiencia inicial para el 31 de octubre de esa misma anualidad (f. 155). En dicha diligencia (i) fue saneado el proceso, (ii) se declaró no probada la caducidad de la acción (iii) se dijo que las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, pago y falta de legitimación en la causa por pasiva se analizarían con el fondo del asunto, (iv) de igual manera se **fijó el litigio** en los siguientes términos:

«[...] Establecer si en el presente asunto entre el señor JULIÁN ANDRÉS RENTERÍA GONZÁLEZ y la NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS, se configuró la existencia de un contrato realidad, de ser afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones en igualdad de condiciones a los empleados de planta». (f. 169.)

Adicionalmente, se fijó fecha para audiencia de pruebas, que se llevó a cabo el 22 de enero de 2014 (ff. 177 y s.s.).

A través de proveído de 12 de febrero de 2014 (f. 184 y s.s.) ordenó a las partes presentar alegatos de conclusión, y dentro del término otorgado se pronunciaron las partes, quienes reiteraron los argumentos expresados en la

demanda y en la contestación. (ff. 187 y s.s. y 194 y s.s.).

La sentencia apelada

A través de providencia de 29 de octubre de 2015, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda².

Al efecto declaró la nulidad del Oficio demandado 2012-79021-2 de 26 de marzo de 2012 proferido por el DAS, y, en consecuencia condenó a esa entidad, a pagarle al demandante las prestaciones sociales ordinarias a que tienen derecho los empleados que se desempeñan como escoltas.

Para su liquidación dijo que debía tenerse en cuenta «la forma establecida para las que no pudo devengar (prima de navidad, cesantía, etc)» y el valor de los honorarios pactados, por el periodo comprendido desde el 1.º de enero de 2008 hasta el 13 de junio de 2011.

Así mismo, indicó que debía tenerse en cuenta para dicho reconocimiento y pago, lo dispuesto para las prestaciones con destino a la Seguridad Social; ordenó la indexación de las citadas sumas conforme con el artículo 187 del CPACA; el reconocimiento de intereses moratorios, de conformidad con el inciso final del artículo 192 del CPACA; condenó a la parte vencida al pago de las costas procesales y fijó agencias en derecho el 1 % del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

Para arribar a la anterior decisión, consideró que a pesar de la existencia de un contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuarlo al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia, la prestación personal y la remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. Por ello, dijo, para confirmar la verdadera existencia de una relación laboral, se necesitaba probar que el contratista se

² ff. 206 y s.s.

desempeñó en igualdad de condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades que realizó para desarrollar el objeto del contrato no eran de coordinación entre las partes.

En este caso, precisó que se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios, en cuanto el actor desempeñó las funciones y responsabilidades que le fueron asignadas en forma permanente, continua y subordinada, pues debía estar atento a las instrucciones diarias que se le daban por escrito a través de las misiones que le impartía su superior, bajo un horario establecido y la dirección de un supervisor y en los sitios que le señaló la entidad, lo cual constituían los elementos propios de la relación laboral.

Advirtió que en este caso no ocurrió el fenómeno de la prescripción en cuanto la sentencia tenía carácter constitutivo.

Razones de la apelación

El apoderado de la Unidad Nacional de Protección interpuso recurso de apelación³, para que se revocara la decisión del *a quo* al considerar que desconoció que, por la labor de escolta, era necesario que el servicio se prestara de manera personal y que si bien hubo supervisión por parte de la entidad esto no significa que se presentó subordinación al ser normal en el desarrollo del contrato, que encerraba una labor especialísima como es la protección de personas que son blanco de amenazas; además, la contraprestación se produjo porque así se pactó en el contrato de prestación de servicios, con lo que tampoco implicaba cumplir un horario.

Añadió que el mismo artículo 32 de la Ley 80 de 1993 ha reiterado que son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta y se requiera de

³ ff. 237 y s.s.

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

conocimientos especializados la labor, dos requisitos que fueron de aplicabilidad absoluta para el caso *sub examine*.

Por lo anterior, precisó que en este caso el programa de protección a personas era del Ministerio del Interior y el DAS solo administraba el programa por lo que debió contratar el personal para su ejecución al no contar con personal suficiente de planta y que esa no era misión del DAS.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por autos de 3 de agosto⁴ y 24 de octubre de 2016⁵, este despacho resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 29 de octubre de 2015 y correr traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, respectivamente.

El apoderado del demandante⁶ insistió en que las pruebas aportadas demostraron la relación laboral que sostuvo el señor Rentería González con el DAS y que por consiguiente, se configuró un contrato de trabajo, al reunirse los elementos de continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, que se presentó una actividad personal del trabajador por lo que se fijó un salario como retribución del servicio.

Finalmente solicitó que se condene a la entidad a pagar a la demandada los rubros solicitados en la demanda sin aplicación de la prescripción y que se reconozca la sanción moratoria, se haga devolución de descuentos y pretensiones, devolución del pago de pólizas y demás gastos asumidos por el demandante y se condene en costas a la entidad.

Tanto la entidad demandada como el Ministerio Público guardaron silencio⁷.

⁴ f. 267 del expediente.

⁵ f. 273 del expediente.

⁶ F. 278 y s.s. del expediente.

⁷ Informe secretarial f. 285.

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

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

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 12, 34 y 36 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 CPACA⁸ y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación⁹, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

Aclaración previa.

El Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011 «Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones», estableció en su artículo 3.º se estableció que «...Las funciones [...] que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2º, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así: [...] 3.4. La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2º del Decreto 643 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a **la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado[...]**». (Negrilla de la Sala).

⁸ Modificado por el artículo 615 del Código General del Proceso.

⁹ Modificado por el artículo 1.º del Acuerdo 55 de 2003.

Dicha Unidad se creó a través del Decreto 4065 de 2011¹⁰, en cuyo artículo 3.º estableció que su objetivo es «[...] articular, coordinar y ejecutar la prestación del servicio de protección a quienes determine el Gobierno Nacional que por virtud de sus actividades, condiciones o situaciones políticas, públicas, sociales, humanitarias, culturales, étnicas, de género, de su calidad de víctima de la violencia, desplazado, activista de derechos humanos, se encuentren en situación de riesgo extraordinario o extremo de sufrir daños contra su vida, integridad, libertad y seguridad personal o en razón al ejercicio de un cargo público u otras actividades que pueden generar riesgo extraordinario, como el liderazgo sindical, de ONG y de grupos de personas desplazadas, y garantizar la oportunidad, eficiencia e idoneidad de las medidas que se otorgan[...]».

Finalmente, el artículo 9.º del Decreto 1303 de 2014 «Por el cual se reglamenta el Decreto 4057 de 2011» señaló que los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral y contractual, en los que sea parte el DAS y/o su Fondo Rotatorio al cierre de la supresión del DAS, serán notificados a las entidades que hayan asumido las funciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal y que si aquellas no fueron atribuidas a alguna de las entidades de la Rama Ejecutiva, corresponderán a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

De lo anterior, se tendrá a la Unidad Nacional de Protección como sucesor procesal en los términos del artículo 68 del CGP.

Problema Jurídico

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si entre demandante y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de

¹⁰ «Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección - UNP, se establecen su objetivo y estructura».

las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculado contractualmente con la entidad.

Para resolver el anterior interrogante la Sala se referirá en primer lugar al marco normativo y jurisprudencial del contrato de prestación de servicios y del contrato realidad, para luego contrastarlo con las pruebas aportadas y concluir si le asiste razón al apelante.

Marco normativo y jurisprudencial

Del contrato de prestación de servicios

El artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993 consagró el contrato de prestación de servicios como aquel que «[...] 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**»¹¹.

Al referirse sobre la constitucionalidad de las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «en ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales», la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, para lo cual destacó que el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que quien celebra un contrato de prestación de servicios 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

¹¹ Los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

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. Esto dijo la Alta Corporación:

[...]

3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.*”

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración

debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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

[...].

Conforme con la providencia en cita se puede concluir 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 y/o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta.

En ambos casos no se admiten los elementos de subordinación ni de dependencia por parte del contratista, y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

En este sentido, las entidades pueden suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993, pero tales contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado «contrato realidad», figura que se estructura con los elementos de prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración.

Igualmente, la Sección Segunda de ésta Corporación en sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, estableció cuáles eran los elementos de la relación laboral así:

- (i) Subordinación o dependencia continuada: se refiere al cumplimiento de órdenes por parte del servidor público en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo,
- (ii) Permanencia: le corresponde a la parte actora demostrar que la labor es inherente a la entidad.
- (iii) Equidad o similitud, es la pauta de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para aclarar si existió una verdadera relación laboral.

Sin embargo, también precisó la Corporación que 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.

De todo lo expuesto se extrae que para demostrar la configuración del

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

contrato realidad la parte demandante debe probar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, de manera continuada y una retribución del servicio.

Posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al contrato realidad. Sentencia de Unificación SUJ2 No.005/16

A través de sentencia de unificación jurisprudencial 005/16 del 25 de agosto de 2016, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado interno 0088-15¹² se estableció que el contrato realidad se configura 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 laborales».

A partir de lo anterior, la Corporación unificó su posición frente a la forma en que deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran una verdadera relación laboral, con la finalidad de acoger el criterio más favorable a los peticionarios que acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal.

Al efecto dijo la Corporación:

[...] resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la

¹² Con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter.

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

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

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

Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; **también podrá solicitar que se le repare el daño**”*, sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones

diferenciadas según el grado en el que estén¹³.

En la citada providencia la Corporación estableció las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción.

Conforme a esa decisión, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la «*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*», se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

No obstante, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

Además se aclaró que la prescripción extintiva no se puede aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno.

En este sentido, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su

¹³ Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos:

(...)

b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón;

(...)"

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.

Así mismo, como consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, el juez deberá pronunciarse, así no haya sido objeto de solicitud en la demanda, 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*.

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.

Adicional a lo anterior se estableció que el 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 y que el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Caso concreto

En el expediente consta que entre el actor y el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS- en supresión, se suscribieron las siguientes órdenes de prestación de servicios de escolta, desde el 1.º de enero de 2008 al 13 de junio de 2011, de conformidad con los documentos obrantes a folios 97 a 266 del expediente:

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
 Demandante: Julián Andrés Rentería González
 Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

| CONTRATO | PERIODO | PLAZO | FOLIOS |
|----------|---|---|---|
| 193 | 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008 | 12 meses | DVD Antecedentes administrativos F. 17 certificación |
| 82 | 1 de enero de 2009 al 28 de septiembre de 2009 | Plazo inicial fue de 6 meses. Se prorrogó desde el 1 de julio de 2009 hasta el 29 de agosto de ese año y luego del 30 de agosto de 2009 hasta el 28 de septiembre del mismo año. Total: 9 meses | DVD Antecedentes administrativos F. 17 certificación |
| 77 | 29 de septiembre de 2009 al 17 de diciembre del mismo año | Término de 60 días, desde el 29 de septiembre de 2009 hasta el 27 de noviembre de ese año. Se prorrogó hasta el 17 de diciembre de 2009. Término total: 2 meses y 17 días | DVD Antecedentes administrativos F. 17 certificación |
| 229 | 18 de diciembre de 2009 al 31 de marzo de 2010 | 3 meses y 14 días | DVD Antecedentes administrativos F. 17 certificación |
| 54 | 1 de abril de 2010 al 31 de julio de 2010 | Se fijó hasta el 30 de junio de 2010 y se prorrogó hasta el 31 de julio del mismo año. Término: 4 meses | DVD Antecedentes administrativos F. 17 certificación |
| 124 | 1 de agosto de 2010 hasta el 27 de diciembre de 2010 | Se fijó como plazo hasta el 31 de diciembre de 2010. Término señalado en el contrato: 5 meses. | DVD Antecedentes administrativos F. 17 certificación |
| 193 | 28 de diciembre de 2010 al 30 de abril de 2011 | Se fijó como plazo hasta el 31 de marzo de 2011, | DVD Antecedentes |

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
 Demandante: Julián Andrés Rentería González
 Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

| | | | |
|----|--------------------------|---|---|
| | | pero se prorrogó hasta el 30 de abril del mismo año. Término 4 meses y 3 días. | administrativos F. 17 certificación |
| 24 | 1 al 31 de mayo de 2011 | Término 1 mes | DVD Antecedentes administrativos F. 17 certificación |
| 53 | 1 al 13 de junio de 2011 | Se estableció un término de un mes, pero se liquidó hasta el 13 de junio de 2011 | DVD Antecedentes administrativos F. 17 certificación |

En los contratos de prestación de servicios que suscribió el actor con el DAS se establecieron los siguientes objetivos y obligaciones¹⁴:

[...]

El contratista en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Cali 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. PARÁGRAFO: RESULTADOS ESPERADOS. El objeto de este contrato está orientado a brindar protección a las personas que se encuentran amenazadas por la situación de violencia que vive el país, buscando así disminuir los índices de criminalidad en los sectores más vulnerados.[...] OCTAVA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA Además de las obligaciones de orden legal el contratista cumplirá con aquellas que se deriven del objeto contratado y en especial las siguientes: 1.- Cumplir con las actividades de protección en el lugar que le sea asignado por el DAS a través del supervisor, o por autorización para cumplir con la actividad encomendada, o destinación del funcionario competente del Departamento Administrativo de Seguridad. 3.- Presentar para su revisión en la dependencia de Control de Armamento, Radios y Vehículos del DAS, o en la que haga sus veces, los elementos logísticos de dotación, dentro de los últimos cinco (5) días de cada mes. 4.- Al terminar el servicio y cuando por alguna circunstancia, el contratista no se encuentre prestando el servicio para el cual fue contratado deberá hacer entrega de los elementos en la misma dependencia diariamente. 5.- Observar excelente conducta social, laboral y buenas relaciones interpersonales

¹⁴ Folios 18 y s.s.

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

con los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, con sus compañeros y con la persona protegida. 6.- No ingerir bebidas embriagantes, sustancias alucinógenas o sicotrópicas. 7.- Respetar las normas de tránsito y de convivencia ciudadana y colaborar con las autoridades civiles, militares y de policía. 8.- Informar oportunamente a la Oficina de Protección Especial del DAS, los desplazamientos que por naturaleza del contrato deba hacer a otras ciudades y las novedades que se presenten en el servicio. 9.- Mantener en buen estado los elementos logísticos de dotación y velar por su buen uso y cuidado, los cuales deberán destinarse en forma exclusiva para el servicio objeto del presente contrato. 10.- Observar en forma permanente las instrucciones impartidas en lo relacionado con el uso de armas, técnicas protectivas y las demás que se relacionen con las actividades propias del objeto del presente contrato. 11.- Informar al Supervisor del Contrato las novedades de servicio relacionadas con permisos, incapacidades u otras circunstancias que suspendan o interrumpan la ejecución del contrato, caso en el cual se efectuarán los descuentos correspondientes al valor diario por el tiempo en que no se preste el servicio [...].

Igualmente a folio 17 obra certificación suscrita por el Subdirector Seccional DAS Valle del Cauca, donde aparecen relacionados los contratos suscritos con esa entidad, de manera ininterrumpida desde el 1.º de enero de 2008 al 13 de junio de 2011.

A folios 30 a 32 obran copias de las órdenes de trabajo suscritas Nos. 122, 081 y 162, por el DAS, y dirigidas al accionante para prestar servicio de escolta en la ciudad de Cali. Y a folios 45 a 58 obra copia de actas de entrega y recibo de armamento, en el Almacén del DAS; Seccional Valle del Cauca, por el periodo enero de 2009 a enero de 2011.

Se allegó además, a folios 33 a 44, las siguientes certificaciones de permanencia del actor, cumpliendo labores de escolta como «funcionario del DAS» en los siguientes municipios:

- De 23 de diciembre de 2009, expedida por el comandante de la estación de policía del municipio de Borrero Ayerbe (Valle del Cauca).
- 24 de octubre de 2009, suscrita por el comandante de guardia de la estación de policía de Villa de Leyva.
- De 8 de marzo y 26 de octubre de 2010, 30 de abril y 10 de junio de 2011, proferida por el secretario de gobierno de Florida (Valle del

Cauca).

- De 5 de marzo de 2010 suscrita por el secretario de gobierno de Trujillo (Valle del Cauca).
- De 1 de marzo, 28 de junio y 19 de julio de 2010, del Secretario de Gobierno Municipal de El Cerrito (Valle del Cauca).
- De 10 de mayo de 2010, suscrita por el Secretario de Gobierno de Buga.
- De 9 de noviembre de 2010, expedida por el Secretario de Gobierno de Riofrío (Valle del Cauca).

Finalmente se aportó copia de la Resolución 1759 de 17 de agosto de 2004, o manual específico de funciones y requisitos a nivel de grado, de la oficina de protección especial del DAS (ff. 64-65) y donde se describen aquellas referentes al cargo de «Agente escolta Nivel central y seccional, código 206 y grado 05»; y específicamente frente a las funciones de la seguridad a personas, instalaciones o estudios técnicos, se estableció:

«1. Realizar las actividades tendientes (sic) a lograr la protección de las personas a las cuales el DAS les presta servicio de seguridad, según el programa para el cual fue nombrado, utilizando los medios logísticos adecuados dentro del marco jurídico que señala la ley y los reglamentos.».

De lo anterior, se encuentra claramente acreditado que el demandante prestó sus servicios al DAS en la Unidad de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores del Derechos, de forma continuada y permanente entre el 1.º de enero de 2008 al 13 de junio de 2011, en forma personal de acuerdo a las necesidades del servicio y que sus labores asignadas no eran distintas a las desempeñadas al personal de planta de la entidad, como quiera que les correspondía el manejo de armamento y elementos de dotación de uso privativo del DAS, y que cumplía su labor a través de misiones destinadas a brindar protección a los sujetos cuya situación de seguridad se estimaba vulnerable.

De igual manera puede extraerse el elemento **subordinación** de las órdenes de trabajo suscritas por la coordinadora del Área Operativa, donde se establece que el señor Rentería González, en su condición de escolta contratista del DAS, en supresión, i) cumplía un horario de trabajo superior a 8 horas, por la labor implícita de protección; ii) siempre se encontraba bajo la supervisión del jefe de la división del programa de protección; y, iii) debía dejar constancia de su labor ante los funcionarios de policía o del ente territorial donde se trasladaba en función de protección de personas y entregaba su arma de dotación al terminar el servicio, en el almacén de la Seccional del Valle del Cauca.

Conforme a lo expuesto, es evidente que el demandante recibía órdenes por parte del DAS de forma constante para el desarrollo de sus servicios; debía cumplir un horario de trabajo; no podía ejercer sus servicios de escolta de forma autónoma e independiente porque se debía circunscribir a las instrucciones del DAS.

Esta situación permite desvirtuar las características del contrato de prestación de servicios porque el demandante en su condición de escolta cumplía funciones que no eran temporales; y tampoco contaba con autonomía e independencia porque, al estar sometido a horarios, turnos de trabajo, reglamentos y supervisión, debido a la naturaleza de sus funciones, es decir era dependiente y sometido a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

En cuanto a la contraprestación, es evidente que en cada contrato de prestación de servicios se estableció un monto por honorarios pactados¹⁵ en los distintos contratos de prestación de servicios suscritos con el DAS, en supresión, lo que demuestra aún más que se trató de una verdadera relación laboral.

Así, las cosas, en atención a que quedó demostrado para el presente caso,

¹⁵ F. 18, 23.

la existencia de los elementos de la relación laboral, a saber, la prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación, se concluye que el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) vinculó al demandante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza real de la labor que éste desempeñó. Bajo estos supuestos, y por tal razón, como lo consideró el Tribunal en la sentencia apelada, el actor tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones reclamadas en el escrito de la demanda.

Del restablecimiento del derecho

Ahora bien, en el recurso de apelación el apoderado de la Unidad Nacional de Protección atacó la sentencia del Tribunal para señalar que no se configuró en este caso el contrato realidad para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumento que como se vio resultó infundado; sin embargo considera necesario la Sala referirse a los términos del restablecimiento ordenado por el Tribunal en la medida en que dependen de la esencia de la citada figura (contrato realidad) y además, en atención a que la orden impartida por ese colegiado no es clara frente al tema de aportes en materia pensional y de salud por lo que se dará aplicación a lo señalado en la sentencia de unificación citada en acápite precedente para ese tema específico, como se explicará a continuación:

Frente a este aspecto de la sentencia, el tribunal condenó a la entidad demandada al pago de:

[...] las prestaciones sociales ordinarias a que tienen derecho los escoltas del DAS. Para su liquidación se debe tener en cuenta la forma establecida para las que no pudo devengar (vgr prima de navidad, cesantía etc) y el valor de los honorarios pactados, por el periodo comprendido desde el 1° de enero de 2008 hasta el 13 de junio de 2011. **Así mismo deberá tenerse en cuenta para dicho reconocimiento y pago, lo dispuesto para las prestaciones con destino a la Seguridad Social, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.**(Negrilla de la Sala) (f. 214).

La decisión anterior se ajusta a lo señalado en la sentencia de unificación en

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

cuanto no determinó prescripción alguna al verificarse que los contratos se desarrollaron de manera sucesiva e ininterrumpida, hasta el 13 de junio de 2011, la solicitud del demandante se presentó el 2 de febrero de 2012 (f. 7 y s.s.) y la demanda se presentó el 3 de septiembre de 2012 (f. 91 vto.).

Sin embargo, no ocurre lo mismo con la decisión consistente en que **«Así mismo deberá tenerse en cuenta para dicho reconocimiento y pago, lo dispuesto para las prestaciones con destino a la Seguridad Social, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia».**

Y en la parte motiva se dijo lo siguiente:

«Respecto de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, la reparación del daño no puede ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista durante el tiempo de la relación». (f. 217)

Para tal efecto, citó la sentencia de 15 de junio de 2011, de la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, dentro del proceso radicado 25000232500020070039501, donde se señaló lo siguiente:

«De otra parte, esta Sala destaca que al tenerse elementos de juicio para que se declare una relación laboral, entre quien presto el servicio y la entidad en que se ejecutó el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional¹⁶. Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al **reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir**, en los siguientes términos:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del

¹⁶ Cita de cita. Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: *“cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”.*
(...)

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

daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia".¹⁷.

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

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

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

Así, que en caso de que existe un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

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

"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del

¹⁷ Cita de cita. Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”.

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista». (Negrilla de la Sala).

Como se advierte, no es procedente la devolución de los aportes en salud y pensión, conforme a la misma sentencia a que acudió el Tribunal, así como a la sentencia de unificación de la Sección Segunda de esta Corporación (2016) que se citó párrafos atrás; sin embargo esta última sí especificó la compensación frente a los porcentajes en la cotización en pensión, por su incidencia en el derecho pensional, íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la seguridad social, donde se estableció lo siguiente:

Resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a 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, **por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y 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 demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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.[...]**

Por lo anterior se modificará el numeral cuarto de la providencia apelada para ordenar a la Unidad Nacional de Protección, además, tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1.º de enero de 2008 y el 13 de junio de 2011)

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), 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 que indique el actor, la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el señor Rentería González 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.

De igual manera, se declarará que el tiempo laborado por el demandante como escolta bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el DAS, desde el 1.º de enero de 2008 al 13 de junio de 2011 se debe computar para efectos pensionales.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia recurrida que accedió a las pretensiones de la demanda, excepto el numeral 4.º que será modificado, conforme ha quedado señalado.

De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016¹⁸, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la regulación de la condena en costas, de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Conforme a las anteriores reglas, la Sala condenará en costas a la entidad demandada al resolverse en su contra el recurso interpuesto y en la medida en que se generó la actuación de defensa judicial de la parte demandante.

¹⁸ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- SE CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia de 29 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida por el señor Julián Andrés Rentería González en contra de la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad – DAS-, hoy Unidad Nacional de Protección, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia, salvo el numeral 4.º que se modifica. En su lugar quedará así:

«**CUARTO.- SE CONDENA** a la Nación- Departamento Administrativo de Seguridad DAS en supresión hoy Unidad Nacional de Protección – UNP- a título de restablecimiento del derecho a reconocer y pagar a favor del señor Julián Andrés Rentería González, las prestaciones sociales ordinarias a que tienen derecho los escoltas del DAS. Para su liquidación se debe tener en cuenta la forma establecida para las que no pudo devengar (vgr prima de navidad, cesantía etc) y el valor de los honorarios pactados, por el periodo comprendido desde el 1.º de enero de 2008 hasta el 13 de junio de 2011.

El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones en caso que no se hayan realizado por el contratista. En caso contrario, se ordena a la Unidad Nacional de Protección, tomar el ingreso base de cotización pensional a efectos de determinar, mes a mes, si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y 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 demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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.»

SEGUNDO.- SE CONDENA en costas de segunda instancia a la parte demandada, de conformidad con las consideraciones expresadas en esta

Radicación 76001233300020130009901 (0402-2016)
Demandante: Julián Andrés Rentería González
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección

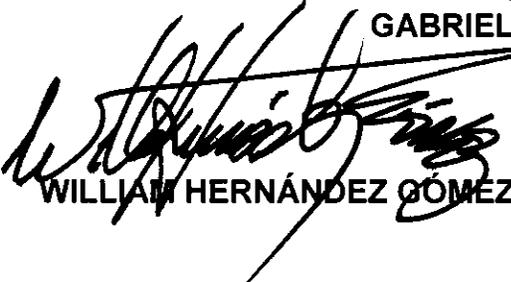
sentencia. Liquidense por Secretaría del Tribunal, conforme con lo señalado por el art. 366 del CGP.

TERCERO.- Una vez realizadas las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia, SE DEVOLVERÁ el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS