



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Radicación: 08001 2333 000 2013 00439 01 (5187-2016)

Demandante: EINER LUÍS CÁRDENAS RODRÍGUEZ

Demandado: Unidad Nacional de Protección -UNP – sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS.

Temas: Contrato realidad. Escolta contratista. Ley 1437 de 2011.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA



ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del **4 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico**, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

El señor EINER LUÍS CÁRDENAS RODRÍGUEZ, a través de apoderado, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contra el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS (en proceso de supresión), hoy Unidad Nacional de Protección, para lo cual formuló las siguientes pretensiones:

La declaración de nulidad **del Oficio 2012100665 de 8 de mayo de 2012** por medio del cual el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- en supresión, le negó la solicitud de reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de

¹ Fs. 72 a 92 del expediente



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

los derechos laborales generados en virtud de los servicios prestados.

A título de restablecimiento del derecho solicitó la declaración de existencia de una relación laboral entre él y el DAS, sin solución de continuidad, la nivelación al código y al grado que en forma equivalente exista en la planta de personal y el reconocimiento de las prestaciones sociales.

1.2. Fundamentos fácticos

El demandante relató que (i) estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, de manera ininterrumpida, desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 25 de marzo de 2011, (ii) desempeñó el «cargo de escolta» y (iii) prestó sus servicios en el horario y las fechas señaladas por sus inmediatos superiores.

1.3. Disposiciones violadas y concepto de violación.

El actor invocó como normas violadas los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 25, 29, 53 y 122 de la Constitución Política y los Decretos 1835 de 1994, 1047 de 1978 y 1933 de 1989, con sus normas concordantes.



Al exponer el concepto de violación, refirió que desempeñó las mismas funciones y asumió iguales responsabilidades que las atribuidas a los servidores de planta, sin recibir una remuneración en igualdad de condiciones.

Destacó que el precedente de la Corte Constitucional² ha sido constante y uniforme al indicar los escenarios que se deben demostrar para dar aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas en una relación laboral, de tal manera que las entidades no pueden escudarse en contratos de prestación de servicios para ocultar vínculos en donde se aprecia la subordinación como un elemento constante.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

El Departamento Administrativo de Seguridad- DAS se opuso a las pretensiones formuladas por el demandante, en los siguientes términos:

² Citó la sentencia T-500 de 2000, T-890 de 2000, T- 159 de 2000,

³ Folios 409 a 442



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

Manifestó que la insuficiencia de personal para desarrollar la labor aludida condujo al DAS a suscribir contratos de prestación de servicios para cumplir con el apoyo que debía prestar para la protección de las personas enlistadas en el artículo 81 de la Ley 418 de 1997. De este modo se satisface la condición que exige el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Por otro lado, enfatizó que el hecho de que el demandante recibiera órdenes, por sí solo no lleva a inferir que existía una relación laboral ni un trabajo subordinado y dependiente.

Por último, propuso como excepciones: la inexistencia de causa jurídica, la falta de interés jurídico para obrar y la genérica o innominada.

3. AUDIENCIA INICIAL⁴

El 27 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Atlántico celebró audiencia inicial en la que (i) declaró saneado el proceso (ii) encontró que no había excepciones previas por resolver y (iii) fijó el litigio, como se transcribe a continuación:

«(...) determinar si existió una relación laboral entre el actor EINER CÁRDENAS RODRÍGUEZ y el departamento Administrativo de seguridad DAS (hoy Unidad Nacional de Protección) y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.»



De igual forma, las partes solicitaron el decreto y práctica de pruebas y se corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 4 de marzo de 2016 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Encontró demostrada la existencia de los contratos suscritos entre el DAS y el señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez como escolta desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 25 de marzo de 2011 y la prestación del servicio de manera personal, así como la

⁴ Folio 514

⁵ Fs. 625 a 633 del expediente



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

remuneración recibida por tal servicio, y destacó la existencia del elemento de dependencia o subordinación, pues el antes nombrado recibía instrucciones, de manera precisa y puntual, para custodiar a las personas asignadas para ello.

Precisó que de conformidad con el acervo probatorio se determinó que si bien el demandante tenía un contrato de prestación de servicios con el DAS, no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometido a horarios y turnos de trabajo debido a la naturaleza de sus funciones de escolta; en ese orden, era dependiente y sometido a la subordinación, situación que configura los elementos propios de una relación laboral.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Atlántico **declaró** la nulidad del oficio No 2012100665, emitido por el DAS, mediante la cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de sus prestaciones sociales y **ordenó** a la Unidad Nacional de Protección reconocer a favor del demandante, las prestaciones sociales, tomando como base el monto de honorarios pactados entre el período en el que se demostró la existencia de la relación laboral.

Por último, negó las demás pretensiones y no condenó en costas.



5. RECURSO DE APELACIÓN⁶.

La Unidad Nacional de Protección solicitó que se revoque la decisión anterior y nieguen las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

El demandante fue contratado para prestar servicios de protección de escolta de forma personal. Asimismo se tiene que el hecho de que el supervisor del contrato mantuviera constante vigilancia del control de las obligaciones del contratista no es sinónimo de subordinación, esto debido a que toda autoridad contractual requiere de una vigilancia y control por parte del contratante, máxime cuando en este caso la labor pactada es especialísima puesto que de ella depende la vida de quienes son beneficiarios del programa, por ende existen ciertos elementos órdenes y misiones que constituyen un medio para hacerla efectiva, y es así como se refleja que para todo contrato surge una serie de obligaciones mutuas cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada

⁶ Folios. 641 a 649



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

dependencia o subordinación de una parte a la otra, el acatamiento del ordenamiento técnico es un deber del contratista.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1 La parte demandante insistió en los argumentos expuestos en la demanda y solicitó que la sentencia de primera instancia sea confirmada.⁷

6.2 La parte demandada reiteró los motivos presentados en el recurso de apelación⁸.

7. El Ministerio Público solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, porque se demostró que el actor prestó sus servicios de escolta al ente demandado por más de 5 años, interregno en el que cumplió un horario y estuvo sujeto a una tarea de protección, control y coordinación⁹.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Subsección para decidir dentro del proceso del epígrafe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA¹⁰. Asimismo, conforme con lo dispuesto en el artículo 328¹¹



⁷ Folio 712 a 723

⁸ Folio 731 a 739

⁹ Folios 740 a 747

¹⁰ CPACA, art. 150: «Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]».

¹¹ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. // Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por la apelante.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se circunscribe a resolver si:

➤ ¿Se configuraron los elementos que la ley y la jurisprudencia exigen para que se declare la existencia de un contrato realidad entre las partes?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala se referirá (i) a la figura de la sucesión procesal del DAS a la Unidad Nacional de Protección (ii) al contrato realidad y (iii) al caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1. Sucesión procesal

En el presente asunto se advierte que la Unidad Nacional de Protección – UNP insiste que no debe asumir obligaciones que la ley no le otorgó.

Al respecto, se advierte que el Departamento Administrativo de Seguridad se suprimió en virtud de lo establecido por el Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011¹² y sus funciones las asumió la Unidad Nacional de Protección, la Sala se pronunciará sobre el fenómeno de la sucesión procesal entre entidades de derecho público para establecer si en este caso se presenta dicho instituto y la UNP está legitimada por pasiva para acudir al presente proceso.

La sucesión procesal es la figura jurídica a través de la cual uno de los sujetos procesales es reemplazado totalmente por un tercero que toma el litigio en el estado en que se halle al momento de su

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

¹² “por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”.





Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

intervención¹³. Al sucesor le es transmitido o transferido¹⁴ el derecho litigioso convirtiéndose en el nuevo legitimado para obtener una decisión del caso, ocupando la posición procesal de su antecesor. Así mismo, tal situación puede tener diferentes causas dependiendo si se trata de una persona natural o jurídica, o si la sustitución proviene de un acto entre vivos o por la muerte de una persona natural o extinción de una persona jurídica¹⁵.

Por su parte el artículo 68 del Código General del Proceso reiteró lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente, dispuso: *«(...) si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrá comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos, aunque no concurren»*.

El Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011¹⁶, dispuso la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), y ordenó el cese definitivo de sus actividades, por cuanto allí se dispuso a trasladar la función comprendida en el numeral 14 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendieran de la misma que se encontraban en cabeza del DAS, a la Unidad Nacional de Protección, lo cual se establecería en decreto separado:



«Artículo 3°.Traslado de funciones. Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2°, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

3.1 Las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros de que trata el numeral 10 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 y las demás

¹³ Según el artículo 62 del Código de Procedimiento Civil «Los intervinientes y sucesores de que trata este Código, tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención».

¹⁴Según la doctrina la palabra transmitir se encuentra reservada para actos *mortis causa* y el vocablo transferir denota actos entre vivos. Al respecto ver: BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2004, pp. 5 a 6.

¹⁵La Sección Segunda de esta Corporación en sentencia dictada el 15 de agosto de 2013 con ponencia de la Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez precisó que en virtud de la sucesión procesal «una de las partes [actor o demandado] en cualquier momento pueda ser reemplazado por otro sujeto que pasa a ocupar su lugar en el litigio, que produce como efecto inmediato el cambio de titularidad de los derechos subjetivos que conforman el objeto del proceso».

¹⁶ «Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones.»



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

disposiciones sobre la materia, se trasladan a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, que se creará en decreto separado.

3.2 La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política.

3.3 La función comprendida en el numeral 12 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional Policía Nacional. Una vez culminado el proceso de incorporación de los servidores del DAS necesarios para la prestación del servicio a la planta de personal del Ministerio de Defensa Policía Nacional, así como el traslado de los elementos, bienes y equipos, las autoridades judiciales continuarán remitiendo los informes y avisos necesarios para que el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional mantenga actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.».

Acorde con lo anterior, se profirió el Decreto 4065 de 2011, por el cual se creó la Unidad Nacional de Protección, como una entidad del «orden nacional, [...] con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Interior, hará parte del Sector Administrativo del Interior y tendrá el carácter de organismo nacional de seguridad». Allí, en su artículo 23 se dispuso que «Los archivos de los cuales sea el titular el Programa de Protección de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, a la entrada en vigencia del presente decreto y que tengan relación con las competencias de la Unidad Nacional de Protección, deberán ser transferidos a esta entidad, en los términos que señalen los representantes legales a través de las Secretarías Generales.»

Por su parte el Decreto 1303 de 2014 «Por el cual se reglamenta el Decreto 4057 de 2011» estableció en su artículo 7.º:

«**Artículo 7º.** Procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales. Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte el DAS y/o el Fondo Rotatorio del DAS **que aún no han sido recibidos por las entidades que asumieron las funciones**, Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación de conformidad con lo señalado en el numeral 3.2., del artículo 3° del Decreto-ley 4057 de 2011, serán entregados





Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

a estas entidades por el Director del DAS en proceso de supresión debidamente inventariados y mediante acta, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

Ahora bien, según lo explicado previamente se concluye que el sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad es la Unidad Nacional de Protección, de conformidad con los Decretos 4057 de 2011¹⁷, 4065 de 2011¹⁸ y 1303 de 2014¹⁹.

Se resalta que este último Decreto, en su artículo 9°, estableció lo siguiente:

«Artículo 9°. Atención de procesos judiciales posteriores al cierre. 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. Si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva, serán notificados y asumidos por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. [...]».

Así las cosas, la Unidad Nacional de Protección (UNP) en los términos del artículo 68 del Código General del Proceso es la llamada a responder por las súplicas de la presente demanda.



3.2. Del contrato realidad

En primer lugar, debe señalarse que existe una clara línea jurisprudencial de esta Corporación²⁰ en la que ha considerado 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

¹⁷ «Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones».

¹⁸ «Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura».

¹⁹ «Por el cual se reglamenta el Decreto 4057 de 2011».

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, expediente 0088-2015, magistrado ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

se propende hacia la garantía de los derechos mínimos de las personas, preceptuados en normas respecto de la materia.

De acuerdo con lo anterior, para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, especialmente que el contratista desempeñó una actividad de la entidad en condiciones de subordinación y dependencia continuada.

Contrario sensu, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993, cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, caso en el cual el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, recibe el pago de honorarios por los servicios prestados por una labor convenida que no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Es de resaltar que en la sentencia C – 154 de 1997²¹, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad pura y simple y no condicionada de la expresión «cuando no puedan realizarse con personal de planta» del artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, motivo por el cual la diferencia entre una y otra forma de vinculación se encontrará en la continuada dependencia del servidor público, en los términos del literal b del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pero lo anterior no quiere decir que las actividades «relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad» no se puedan adelantar a través de contratistas puesto que precisamente la suprema guardiana de la Constitución Política declaró ajustada al ordenamiento la mencionada expresión.

En ese orden de ideas, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato administrativo estatal.

Ello en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. De tal manera se superó esa prolongada tesis que prohijaba la

²¹ Corte Constitucional, sentencia C – 154 de 19 de marzo de 1997, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.





Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados²².

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 25 de agosto de 2016, unificó su jurisprudencia y señaló que el pago de las prestaciones que se reconocen como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que negó la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho y no como reparación integral del daño. Al efecto, expresó lo siguiente:

«Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, 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»²³.

En cuanto a los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó que no prescriben, debido a

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de abril de 2008, expediente 2776-05, magistrado ponente: Jaime Moreno García.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, expediente 0088-2015, magistrado ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.





Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

que su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque la decisión judicial al declarar la existencia de la relación laboral tiene carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo²⁴.

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó que, aunque es cierto que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda el de la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años²⁵.

De igual manera, sobre este punto referido a la prescripción del derecho reclamado en el marco de un contrato realidad, la Sección Segunda de esta Corporación, en la referida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, señaló:

«Por lo tanto, 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*” (artículo 53 constitucional), 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.

Pero 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. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.»

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de abril de 2008, expediente 2152-06, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de abril de 2014, expediente 131-13, magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.





Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

Asimismo, dicha providencia aclaró que el fenómeno prescriptivo no opera respecto de los aportes para pensión, teniendo en cuenta la condición periódica del derecho pensional que lo hace imprescriptible.

Finalmente, es de señalar que la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021²⁶ estableció las siguientes pautas de unificación frente a varios aspectos del contrato realidad como son: i) el sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» (temporalidad) contenido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; ii) la delimitación del término de solución de continuidad en los contratos estatales de prestación de servicios que ocultaron la existencia de una relación laboral que se declara, a efectos de determinar la prescripción de derechos; y, iii) improcedencia de la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista.

Al efecto señaló la Sección Segunda:

«[...] **(i) La primera regla** define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal».

En esta misma providencia expresamente se puso de presente que «aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de septiembre de 2021, expediente: 1317-2016, magistrado ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.





Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política».

4. Análisis del caso concreto.

4.1. Hechos demostrados.

a). Los contratos celebrados: El señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez celebró los siguientes contratos de prestación de servicios de escolta con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS:

Numero	Vigencia	Objeto
Contrato 056 de 2006 (folio 20)	3/03/2006 a 30/11/2006	«El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»
Contrato No 116 de 2006 (fl 27)	1/12/2006 a 30/06/2007	«El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»
Contrato No 049 de 2007 (fl 37)	1/07/2007 a 31/12/2007	«El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes





Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

		Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»
Contrato No 109 de 2007 (fl 43)	1/01/2008 a 31/12/2008	«El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»
Contrato No 157 de 2008 (fl 61) Adición del contrato 157 (fl 64)	1/01/2009 a 30/06/2009 30/06/2009 a 28/09/2009	El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»
Contrato No 042 de 2009 (fl 66) Adición del Contrato 042 (f 68)	29/09/2009 a 27/11/2009 28/11/2019 a 17/12/2009	El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»
Contrato No 094 de 2009 (fl 70)	18/12/2009 a 31/03/2010	El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales,





Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

		Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»
Contrato No 130 de 2010 (fl 77)	1/04/2010 a 31/07/2010	El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»
Contrato No 176 de 2010. (fl 86)	1/08/2010 a 31/12/2010	El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»
Contrato No 224 de 2010 (fl 93)	31/12/2010 a 31/03/2011	El contratista se compromete para con el Das a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos [...]»



b) Órdenes de trabajo: Fueron allegadas órdenes de trabajo dirigidas al señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez para que prestara los servicios de escolta, así como las instrucciones dadas por la Coordinadora Grupo Seguridad a Personas del Departamento Administrativo de Seguridad DAS. (fls 195 a 214).

c) Permiso: A folio 279 se observa solicitud de permiso del señor Einer Cárdenas dirigida al jefe de Área de Protección Seccional DAS Atlántico, para ausentarse el 28 de marzo de 2008.



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

d) Misión de Trabajo: A folios 214 y siguientes se encuentran visibles órdenes de misión de trabajo por parte de la Unidad Nacional de Protección, consistentes en el desplazamiento del demandante, junto con los recursos logísticos que se entregaban para tal fin.

e) Informes de misión: Se encuentra informes dirigidos a la Oficina de Protección Especial – Área programas especiales – Certificación de permanencia, por parte del demandante que da cuenta de la actividad realizada, visibles a folios 250 a 257.

f) Acto administrativo demandado: El jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DAS en proceso de supresión, mediante **del Oficio 2012100665** negó la solicitud²⁷, esto con base en que los contratos suscritos con el demandante «no generaron ningún tipo de relación laboral ni el derecho al pago de las prestaciones sociales».

4.2. Análisis sustancial

De acuerdo con el anterior contexto normativo y probatorio, se colige que el señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez prestó sus servicios de escolta para el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS mediante contratos de prestación de servicios, desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 25 de marzo de 2011, de forma continua como se pudo colegir de las ordenes de servicios anteriormente referenciados. De Análisis de los elementos de la relación laboral:



✓ **La prestación personal del servicio:**

En ese sentido, se observa que el objeto común de los contratos consistió en que el contratista, en virtud de sus condiciones personales, se comprometió para con el DAS a prestar los servicios de protección, escolta con sede principal en la ciudad de Barranquilla y eventualmente en la ciudad donde se asignara el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme con las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia, probándose de esta manera uno de los requisitos de la relación laboral, como lo es la prestación personal en su calidad de escolta.

²⁷ Folios 6 y 7



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

✓ **Remuneración por el servicio prestado**

En lo que se refiere a este elemento de la relación laboral no ha sido objeto de debate, toda vez que las partes coinciden en que durante el tiempo en que el señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez prestó sus servicios como escolta en el DAS, hoy Unidad Nacional de Protección, percibió las sumas pactadas en los contratos por concepto de honorarios. Igualmente, se encuentran las actas de liquidación de los contratos que acreditan la remuneración.

✓ **Subordinación y dependencia**

En este aspecto, se advierte que el señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez, ejerció funciones establecidas por la entidad demandada, pues se aprecia que en el desarrollo de las actividades prestadas por el demandante, debía sujetarse a las precisas instrucciones dictadas por el DAS; hoy Unidad Nacional de Protección, las cuales eran exactas frente a los sitios de prestación de servicio, los elementos que debía usar, que eran suministrados por esta, el continuo reporte de sus actividades al supervisor y la coordinación con las autoridades locales. En suma, debía someterse al acatamiento de las directrices de la institución, a efectos de garantizar la integridad de las personas en situación de riesgo especial.



En tal sentido, se tiene que el señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez debía proporcionar sus servicios de seguridad a determinadas personas, utilizando los medios de defensa, transporte y comunicación suministrados por la entidad; también debía comunicar permanentemente al supervisor del contrato o al inspector de turno, cualquier novedad en el desarrollo de sus actividades e informar los desplazamientos que por la naturaleza del contrato le correspondía hacer a otras ciudades y cualquier acontecimiento que se prestaran en el servicio.

En ese orden, advierte la Sala que en este caso se demostró por las pruebas allegadas, que el desarrollo del contrato implicaba una relación que iba mucho más allá de la coordinación, ya que el escolta contratista debía desplegar una actividad minuciosamente estructurada y vigilada, para evitar riesgos de seguridad sobre los protegidos, sin que gozara de autonomía frente a las condiciones de tiempo, lugar y modo en la prestación del servicio, configurándose el segundo de los requisitos, como lo es, la subordinación y dependencia.



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

En esa línea argumentativa y de acuerdo con el objeto de los contratos arriba relacionados, se colige que el señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez como escolta, cumplía las mismas funciones que aquellos que estaban vinculados en planta, bajo un marco de subordinación específico y con una retribución mensual por su labor, de manera que la vinculación por contrato de prestación de servicios envolvía una verdadera relación laboral con la entidad. Además, es de indicarse que esta Subsección en casos de perfiles análogos de escoltas del DAS²⁸, previo análisis de las pruebas aportadas ha accedido a las pretensiones de la demanda, cuando como en el *sub lite*, se demuestran cada uno de los elementos que dan cuenta de la configuración de los elementos del contrato realidad, como ocurre en el *sub examine*.

De acuerdo con la pauta de unificación proferida por esta Corporación el 25 de agosto de 2016 y SUJ-025-CE-S2-202, deben reconocerse las prestaciones sociales que el contratista dejó de devengar con ocasión de la modalidad de vinculación a través de contratos de prestación de servicios, y tener ese tiempo como efectivamente laborado para efectos pensionales. La liquidación de las prestaciones sociales se hará con base en los honorarios pactados en los contratos suscritos entre la entidad y el demandante²⁹.



Así las cosas, y teniendo en cuenta que el vínculo contractual finalizó el 25 de marzo de 2011 y comoquiera que el 30 de abril de 2012, el señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez presentó la reclamación administrativa, su solicitud se encuentra dentro del término legalmente establecido para ello.

En tal sentido y teniendo en cuenta lo expuesto en la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016, es pertinente precisar que la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.³⁰

²⁸ Sentencia de 10 de septiembre de 2020, proferida dentro del proceso 76001-23-31-000-2012-00257-01 (3166-2017), con ponencia de quien se ocupa de esta providencia.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 6 de octubre de 2016. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³⁰ «[...] En este orden de ideas, 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, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)³⁰, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier



Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales³¹; ii) el principio *in dubio pro operario*³²; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad³³ y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad³⁴.

Así las cosas, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, sin embargo y como quiera que en el proceso sub examine el Tribunal no hizo pronunciamiento alguno frente al tema de los aportes pensionales y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un apelante único, como lo es, la Unidad Nacional de Protección, la Sala no se pronunciará de oficio al respecto, para no afectar la situación del apelante único.

En orden a lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia proferida el 4 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

5. De la condena en costas

En lo que se refiere a las costas, esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016³⁵, concluyó que en vigencia del CPACA la

momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[...]

³¹ «[...] que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.»

³² «[...] conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.»

³³ «[...] en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.»

³⁴ «[...] que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad [...]

³⁵ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.





Radicado: 08001 2333 000 2013 00439 01
Número interno: 5187-2016
Demandante: Einer Luís Cárdenas Rodríguez

legislación avanzó de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

En el presente caso hay lugar a imponer condena en costas a la parte demandada conforme al numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, toda vez que el recurso de apelación interpuesto por la entidad demanda no prosperó, y el demandante presentó alegatos de conclusión.

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: CONFIRMAR la sentencia de 4 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Einer Luís Cárdenas Rodríguez contra la Unidad Nacional de Protección -UNP – sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Efectúense las anotaciones correspondientes en el sistema de gestión judicial SAMAI y una vez en firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual está disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>

