

CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Objeto / CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Características / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Prohibición de desempeño de funciones públicas permanentes / DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El contrato de prestación de servicios, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas. Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, toda vez que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes. De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público. Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, porque, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con las características del contrato estatal de prestación de servicios, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, radicación: 0088-15, C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sobre la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, ver: Corte constitucional, sentencia C-614 de 2009.

FUENTE FORMAL: CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 6 / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 7 / PACTO DE SAN SALVADOR – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 53 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32

CONTRATO REALIDAD – Reconocimiento / RELACIÓN LABORAL -Elementos / CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba / SUBORDINACIÓN – Contenido

La figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata 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 continuada propia de las relaciones laborales. (...). Precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral encubierta bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo. (...). Como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y

sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 23

CONTRATO REALIDAD – Reconocimiento / ESCOLTA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS – Labor subordinada / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS PACTADAS

Estima esta Corporación que, por la naturaleza de las actividades ejecutadas por el demandante, esto es, como escolta, debía recibir órdenes e instrucciones por parte de la entidad contratante en tanto que estaba sometido a cumplir horarios y turnos de trabajo, usaba para la ejecución del objeto contractual los elementos que dispensaba el DAS como era el arma y el chaleco, debía identificarse como funcionario de la entidad ante las demás autoridades públicas para lo cual se le suministraba carné que lo identificaba como vinculado a la entidad demandada.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el reconocimiento del contrato realidad para los escoltas del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación: 0621-16, C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD / APORTES A PENSIÓN – Imprescriptibles

En el caso del demandante prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas entre el 5 de julio de 2001 y el 31 de mayo de 2003 sin contar las interrupciones entre los diferentes periodos contractuales. No obstante, el demandante tiene derecho a que la parte demandada realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible en los términos señalados precedentemente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3135 DE 1968 – ARTÍCULO 41 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTÍCULO 102

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00074-01(2200-16)

Actor: HERMES LUIS MARTÍNEZ DUEÑAS

Demandado: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN (UNP) COMO SUCESORA PROCESAL DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-003-2019

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la Unidad Nacional de Protección (UNP), contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA[1]

El señor Hermes Luis Martínez Dueñas, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Pretensiones[2]

1. Declarar la nulidad del Oficio DAS-ART-EPS-DIR 101908-1, sin fecha, por medio de la cual se desconoció la existencia de una relación laboral, legal y reglamentaria, entre Hermes Luis Martínez Dueñas y el DAS.

2. Declarar que entre la entidad demandada y el señor Martínez Dueñas se configuró una relación laboral.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

3. Condenar a la entidad demandada a pagar en favor del señor Hermes Luis Martínez Dueñas las prestaciones sociales a que tenía derecho, como son las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones, incremento por antigüedad, bonificación por servicios prestados, bonificación o prima especial de clima, de riesgo y de instalación, auxilio de transporte, de alimentación, gastos de representación, gastos de viajes de parientes, compensación en caso de muerte, bonificación por comisión de estudios, viáticos, vestuario, entre otras, además de los aportes a la seguridad social integral, dejadas de percibir por los periodos contratados, debidamente indexadas.

4. Condenar a la demandada a pagar en favor del demandante la indemnización por el no pago de las prestaciones sociales al término de la relación laboral y la indemnización por terminación de la misma, imputable al empleador.

5. Condenar a la entidad demandada a pagar en favor del demandante la indemnización por los perjuicios morales y materiales causados por efecto de la terminación de la relación laboral.

6. Condenar al DAS en supresión al pago de las costas y agencias en derecho.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL[3]

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.[4]

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o

de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta de saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.[5]

A folio 273 vto., y CD obrante a folio 275 del cuaderno principal, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] Revisado el expediente se observa que la presidencia de la república, en su contestación de la demanda propuso la excepción de indebida representación judicial de la nación. Manifiesta que la presidencia de la república no tiene responsabilidad legal de aprobar o negar contratos de prestación de servicios en el departamento administrativo de seguridad-das- y no fue la autoridad que expidió el acto administrativo cuya nulidad se busca. Esta corporación considera que deberá acceder a la excepción deprecada en razón a que no tuvo injerencia alguna en la presunta relación laboral originada entre el señor HERMES LUIS MARTÍNEZ DUEÑAS y el DAS y tampoco se observa fundamento legal que determine frente a la primera, la existencia de algún tipo de responsabilidad frente al pago de las prestaciones reclamadas con la demanda. En consecuencia, se declara probada la excepción de falta de representación y se ordena desvincular al departamento administrativo de la presidencia de la república y Policía Nacional. [...]»

Decisión notificada en estrados. No se interpusieron recursos.

Fijación del litigio art. 180-7 CPACA

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última.[6]

En el *sub lite*, a folio 313 vto., y 314 y CD a folio 313 bis, se fijó el litigio sobre los hechos en los que hay acuerdo, en los que hay diferencias y el problema jurídico, así:

«[...] De acuerdo con los hechos de la demanda, y a la contestación de la misma se tiene que el punto sobre el cual existe acuerdo es el siguiente:

Que el señor Hermes Martínez Dueñas, estuvo vinculado, en el cargo de servicio de escolta de protección de personas a través de un contrato de prestación de servicios con el departamento administrativo de seguridad "das en supresión"

Siguiendo con el análisis de los supuestos fácticos de la demanda se tiene que los puntos sobre los cuales existe desacuerdo son los siguientes:

Que el servicio prestado por el señor Hermes Martínez Dueñas, haya sido en forma personal, con total disponibilidad, recibiendo órdenes de servicio en las que se le señalaba el horario, dónde y cuándo debía ejecutar su labor.

Que los funcionarios del das que ejecutaban la labor de escolta servicio de protección de personas-escolta grado 16, recibían o reciben como remuneración, además de su salario los siguientes conceptos como prestaciones sociales: cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones, incremento por antigüedad, bonificación o prima especial de clima, de riesgo y otras.

[...] De acuerdo a lo anteriormente señalado y de lo consignado en la demanda y en la contestación de la misma, el despacho procederá a fijar el litigio en los siguientes términos:

El litigio va dirigido a determinar si entre el demandante y el departamento administrativo de seguridad en supresión das existió una relación laboral por concurrir los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y salario.

[...]» (Mayúscula y cursiva del original)

Las partes manifestaron estar de acuerdo con la fijación del litigio.

SENTENCIA APELADA[7]

Mediante sentencia escrita del 15 de febrero de 2016, el Tribunal Administrativo del Atlántico accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual, en su parte resolutive, decidió lo siguiente:

«[...] **PRIMERO: DECLARESE** no probada (sic) las excepciones propuestas por la entidad demandada, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARESE la nulidad del Oficio DAS-ART EPS-DIR No 101908-1, sin fecha de expedición, mediante el cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de sus prestaciones sociales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación – DAS "En supresión" – Unidad Nacional de Protección pago de las prestaciones sociales ordinarias igual a las que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, desde el 5 de julio de 2001 hasta 29 de agosto de 2009. [...]» (Mayúsculas y negrita del original)

La anterior decisión se sustentó en las siguientes consideraciones:

El a quo concluyó que en el proceso se acreditó que el demandante estuvo vinculado de forma continua e ininterrumpida desde el 5 de julio de 2001 hasta el 29 de agosto de 2009 como escolta contratista según advirtió de los diferentes contratos de prestación de servicios allegados al expediente.

De otro lado, sostuvo que el señor Martínez Dueñas cumplía funciones en las cuales no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometido al cumplimiento de horarios y turnos de trabajo, era dependiente y subordinado, por lo que se configuraron los elementos de la relación laboral.

Hizo relación a las instrucciones recibidas por el demandante, de las cuales dedujo que sus actividades no eran temporales, y porque además de los horarios que tenía que acatar, debía atender las directrices impartidas por la entidad.

Concluyó que se desvirtuó el contrato de prestación de servicios dando lugar a la relación laboral, por cuanto se encuentran cumplidos los criterios desarrollados por la jurisprudencia y por la ley para revelar una relación de tal carácter cuando se ha querido aparentar un contrato de prestación de servicios. Por lo tanto, el señor Martínez Dueñas sí tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ordinarias igual a las que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios, correspondiente a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, desde el 5 de julio de 2001 hasta el 29 de agosto de 2009.

RECURSO DE APELACIÓN[8]

La Unidad Nacional de Protección (UNP) solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes motivos de inconformidad:

En primer lugar, se pronunció frente a los tres elementos de la relación laboral, sobre los cuales señaló que el demandante fue contratado para prestar servicios de escolta por lo que era la persona que debía realizar o ejecutar directamente las obligaciones que le habían asignado mediante el contrato y no un tercero ajeno a la vinculación. De igual forma, indicó que la constante vigilancia del control de las obligaciones del contratista por un supervisor no era sinónimo de subordinación.

Frente a la contraprestación afirmó que al demandante se le cancelaban unos honorarios pactados como contraprestación a sus servicios, los cuales no podían ser confundidos con salarios.

En cuanto a la subordinación y dependencia, argumentó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha reiterado que son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos. Particularmente, adujo que, el vínculo contractual con el DAS se dio con base en la necesidad del Ministerio del Interior y de Justicia de garantizar la integridad personal de individuos considerados blancos de amenazas y que requerían protección especial, programa que, por colaboración, dicho Ministerio le otorgó al DAS su administración, por lo que el departamento no contaba con suficiente personal de planta para su ejecución.

Agregó que, a diferencia de lo sostenido por el demandante y el *a quo*, el hecho de que el DAS facilitara el desarrollo de la labor de escolta, correspondía más a una coordinación de actividades contractuales que a una relación de subordinación entre el contratista y la demandada.

También señaló que la entidad demandada tenía a su cargo la protección de los dignatarios mencionados en el artículo 14 del Decreto 643 de 2004, y que en el caso *sub examine*, por tratarse de persona distinta a los citados, la función estaba a cargo del Ministerio del Interior. Luego, indicó que el DAS brindó seguridad a las personas del programa de protección de dirigentes sindicales y líderes de derechos humanos que, si bien no era su responsabilidad, se llevó a cabo siempre que la obligación fuera asumida por otros organismos del Estado.

Por lo anterior, concluyó que el DAS, o en este caso la UNP como su sucesora procesal, no

debió ser condenada en el presente asunto y, en consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada[9]: La Unidad Nacional de Protección ratificó los razonamientos expuestos en el recurso de apelación.

La parte demandante y el ministerio público guardaron silencio en esta etapa procesal según se advierte de la constancia secretarial obrante a folio 431.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[10], el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso[11], el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

¿El señor Hermes Luis Martínez Dueñas demostró que en su caso se configuraron los elementos de la relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado como escolta con el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)?

En caso afirmativo, se debe resolver el siguiente:

¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Hermes Luis Martínez Dueñas y, en caso afirmativo, cómo debe restablecerse el derecho del demandante frente a las cotizaciones adeudadas a pensión?

Primer problema jurídico

¿El señor Hermes Luis Martínez Dueñas demostró que en su caso se configuraron los elementos de la relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado como escolta con el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)?

Al respecto, la subsección sostendrá la siguiente tesis: si se demostró la configuración de los tres elementos de la relación laboral, razón por la cual, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe confirmarse la decisión del *a quo* en cuanto declaró la existencia de la relación laboral, con base en los argumentos que proceden a explicarse:

Contrato de prestación de servicios vs. contrato realidad

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: i) la vinculación legal y reglamentaria[12]; ii) la laboral

contractual[13]; y iii) la contractual o de prestación de servicio.

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[15]. Dicha forma contractual, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual[16], y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes.

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura[18] y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal.

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha ratificado convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica, ratificó el Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en

condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

[...]

- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Corporación)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador^[20] se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para materializar los derechos que en el Protocolo se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

«**ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.» (Subraya la Sala).

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la

realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas, el cual se desarrolla seguidamente.

Elementos que naturalizan la relación laboral

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada; y iii) remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata 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 continuada propia de las relaciones laborales.^[21]

Ahora, en el *sub examine*, se tiene que la inconformidad de la parte demandada radica precisamente en que el tribunal concluyó que existía un contrato realidad sin que en el expediente se encontraran plenamente demostrados los elementos de la relación laboral.

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral encubierta bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Así las cosas, como en el presente asunto no se discuten los extremos temporales respecto de los cuales se declaró la existencia del contrato realidad, la Corporación únicamente debe analizar si la parte demandante acreditó fehacientemente que el señor Hermes Luis Martínez Dueñas prestó sus servicios personales, recibió una remuneración continua por la prestación de sus servicios y si estuvo bajo continuada subordinación y dependencia por parte del DAS.

Elementos de la relación laboral configurados en el caso

En el presente asunto se observa, conforme con la documentación obrante en el expediente que, el señor Hermes Luis Martínez prestó sus servicios como «escorta» contratado por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), de la siguiente forma:

CPS	Objeto	Periodo	Valor	Folio
007	Prestar servicios profesionales de protección con sede principal en la ciudad de Barranquilla, dentro del componente de seguridad a personas, programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos	05/07/01 a 04/06/02 (11 meses)	\$13.200.000 (\$1.200.000 mensual)	CDs a folios 353
007	<i>Ibidem</i>	11/06/02 a 10/12/02[22] (6 meses)	(\$1.300.000 mensual)	353
019	<i>Ibidem</i>	13/12/02 a 31/05/03[23] (5 meses 18 días)	\$6.023.333 (\$1.300.000 mensual)	353
114	<i>Ibidem</i>	25/06/08 a 31/12/08[24] (6 meses 5 días)	\$14.919.130	129-132
162	<i>Ibidem</i>	01/01/09 a 29/08/09[25] (8 meses)	\$14.506.260 (\$1.575.000 mensual)	353

De acuerdo con lo anterior, pese a que en la demanda se alegó la existencia de una relación de carácter laboral entre el demandante y el DAS continua e ininterrumpida entre el 5 de julio de 2001 y el 29 de agosto de 2009, la Subsección advierte que en el *sub examine* únicamente está demostrado que el señor Hermes Luis Martínez Dueñas estuvo vinculado con la extinta entidad en los siguientes periodos:

Del 5 de julio de 2001 al 4 de junio de 2002
Del 11 de junio de 2002 al 10 de diciembre de 2002
Del 13 de diciembre de 2002 al 31 de mayo de 2003
Del 25 de junio de 2008 al 29 de agosto de 2009

Ello por cuanto no obran pruebas suficientes para encontrar demostrado el vínculo contractual existente entre las partes en los demás periodos reclamados por el demandante, carga que correspondía a este conforme lo regula el artículo 167 del CGP, pues, se itera, para declarar la existencia de un contrato realidad ante esta jurisdicción la parte interesada está en la obligación de demostrar la configuración de todos los elementos de la relación laboral, y entre ellos, tiene el deber de probar cuales fueron los tiempos en los que existió la mentada vinculación porque no es posible declararla por lapsos sobre los cuales el juez no tiene los medios de convicción necesarios para determinar con certeza que entre las partes contratante y contratista se dio una relación contractual.

Elementos de la relación laboral

Prestación personal de servicio

Aclarado lo antepuesto, se observa que el demandante se desempeñó como escolta, según se desprende de los objetos contractuales citados, de lo cual, se infiere que la prestación de servicios fue personal, pues, de acuerdo con las reglas de la experiencia, dicha actividad

debe ser prestada por sujetos cualificados y, dadas las condiciones para su ejecución, se trata de una labor que no puede ser delegada o encomendada a un tercero por parte de quien la ejecuta.

Remuneración o retribución por el servicio prestado

Frente al elemento de la remuneración, encuentra la Corporación que al demandante se le cancelaban mensualmente las sumas reconocidas a título de honorarios en los diferentes contratos de prestación de servicios. Ello se deduce de los contratos de prestación de servicios obrantes en CD visible a folio 353, en los cuales se pactó en las cláusulas de valor y forma de pago, los montos correspondientes.

Subordinación y dependencia continuada

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, es considerado por la doctrina como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad. De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

En ese sentido, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo regula:

«Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

[...]

b. La continuada 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, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]

(Subraya la Sala).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]»[26]

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

En cuanto al elemento de la subordinación o dependencia continuada, esta Subsección observa que, en los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Hermes Luis Martínez Dueñas y el DAS, se pactaron, entre otras, las siguientes funciones u obligaciones a cargo del contratista[27]:

- | |
|--|
| i) cumplir con las actividades de protección en el lugar que le sea asignado por el DAS o por su protegido; |
| ii) realizar las actividades de índole protectivo previa autorización para cumplir con la actividad encomendada, o destinación del funcionario competente del Departamento Administrativo de Seguridad; |
| iii) presentar para su revisión en la dependencia de Control de Armamento, Radio 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; |
| iv) cuando por alguna circunstancia no se encuentre prestando el servicio para el cual fue contratado deberá hacer entrega de los elementos en la misma dependencia diariamente; |
| v) observar excelente conducta social, laboral y buenas relaciones interpersonales con los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, con sus compañeros y con la persona protegida; |
| vi) no ingerir bebidas embriagantes, sustancias alucinógenas o psicotrópicas; |
| vii) respetar las normas de tránsito y de convivencia ciudadana, y colaborar con las autoridades civiles, militares y de policía; |
| viii) informar oportunamente a la Oficina de Protección Especial del DAS, los desplazamientos que por la naturaleza del contrato deba hacer a otras ciudades y las novedades que se presenten en el servicio; |
| ix) mantener en buen estado los elementos logísticos entregados por el DAS y velar por su buen uso y cuidado, los cuales deberán destinarse en forma exclusiva para el servicio objeto del presente contrato; |
| x) 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; |
| xi) informar al Supervisor del contrato las novedades del 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 que no se preste el servicio. Estos descuentos podrán hacerse efectivos durante el tiempo de ejecución del contrato o en la liquidación del mismo, |

previa certificación del supervisor;
xii) observar las medidas de seguridad preventivas para el manejo de las armas de fuego, evitando poner en riesgo la vida e integridad física de los ciudadanos;
xiii) presentar en forma oportuna la documentación mensual al Supervisor del contrato, la cual se requerirá para expedir la certificación de cumplimiento para pago por la prestación de servicios prestados y gastos de viaje estipulados en la cláusula tercera del presente contrato;
xiv) efectuar el pago de los aportes a los sistemas de seguridad social, en salud y pensión; obligación que deberá cumplir y acreditar mensualmente ante el supervisor del contrato.

De las anteriores obligaciones contractuales, debe tenerse en cuenta que las labores ejercidas por el señor Hermes Luis Martínez Dueñas no permitían la autonomía y liberalidad en su ejecución, siendo este un elemento intrínseco de la modalidad contractual por medio de la cual fue vinculado, así como tampoco se puede afirmar que estas eran realizadas en virtud de la coordinación que debe existir entre contratante y contratista, pues estas están ligadas estrechamente a la prestación efectiva del servicio.

En ese sentido, se tiene que el demandante estaba en la obligación de prestar el servicio en el lugar que le fuera asignado por la entidad contratante, con los elementos necesarios para su ejecución, tales como el arma de dotación y el chaleco antibalas, que eran asignados por el DAS al señor Martínez. Así mismo, como escolta, debía entregar los elementos citados diariamente en una dependencia de la entidad y mantenerlos en buen estado, y únicamente podían ser destinados al cumplimiento del objeto contractual.

También se advierte que debía atender en forma permanente las instrucciones impartidas por la contratante respecto a la forma de desarrollar el contrato e informar al supervisor del mismo cualquier novedad relacionada con permisos, incapacidades u otras causas que suspendieran o interrumpieran su ejecución, tiempo que se deducía del valor de cada contrato de prestación de servicios. Además, el demandante debía informar a la Oficina de Protección Especial del DAS de todas las novedades acontecidas durante el servicio.

De igual forma, del material probatorio allegado al expediente obran copias de diferentes órdenes de trabajo en las cuales se impartían instrucciones a los escoltas contratistas, entre ellos el señor Hermes Luis, como las que obran a folios 135 y 136 del expediente, y que se relacionan a continuación:

Así, a folio 135 obra formato de misión fechado del 1.º de julio de 2008, el cual tuvo como objeto «[...] PRESTAR SERVICIO DE PROTECCIÓN A LOS SEÑORES [...] MIEMBROS JUNTA DIRECTIVA ESQUEMA SINTRAMIENERGETICA [...]» para ser desarrollada entre del 1.º al 31 de julio de 2008, y en la cual se impartieron las siguientes instrucciones particulares:

«[...] Los comisionados para presente (sic) orden de trabajo, se desplazarán a los diferentes Municipios y Ciudades del país junto con el protegido, a todos los lugares que estos visiten, deben registrar en el libro de minuta de la salida, en el recorrido terrestre utilizarán todas las medidas de seguridad, inteligencia, protectivas y autoprotección, tendientes a proteger y garantizar la integridad física del citado personaje y la propia, así mismo deberán respetar la normatividad de tránsito existente

en lo concerniente a los límites de velocidad a los 80 Km x hora en carretera, uso del cinturón de seguridad y demás. En la prestación del servicio portarán armas de dotación oficial pertenecientes al DAS con sus respectivos carné que los acreditan como escoltas contratistas, en caso de ser requerido solicitar apoyo a las autoridades militares o de policía cuando sea necesario, de igual manera reconocerán la situación de orden público del lugar en que se encuentren, reportarse con el responsable de protección seccionar al celular [...] avantel [...], inspector diario avantel [...], codas [...], informarán oportunamente cualquier novedad, recibirán instrucciones del responsable área (sic) protección, se les recomienda hacer la respectiva presentación a la Seccional donde se dirijan, si es un lugar donde el DAS no tenga representación debe presentarse al comando de la Policía – Rendirán informe al término de la comisión, igualmente dejar el carné, pistola con su salvoconducto, llave del vehículo y proveedores.

NOTA: SE DEBE DAR Estricto CUMPLIMIENTO OFICIO OPES 68164 DAS BOGOTÁ, DE FECHA JUNIO DEL 2004 "NO SE DEBE TRANSPORTAR EN EL VEHÍCULO DEL ESQUEMA A PERSONAS DISTINTAS A LOS PROTEGIDOS"

CÚMPLASE: [...]» (Mayúsculas y negrita del original)

En dichas misiones y órdenes de trabajo, como eran denominadas, se observa que a los respectivos escoltas se les identificaba con un número de carné, se les indicaba si los desplazamientos serían por vía aérea o terrestre, caso en el cual se les informaba cual era el vehículo previsto para el cumplimiento de la misión y, además, en cada una se daba al escolta unas instrucciones, entre las que se les indicaban que debían: i) dar estricto cumplimiento a las normas y medidas preventivas de seguridad; ii) coordinar con las autoridades civiles, policiales y la fuerza pública, el apoyo necesario para llevar a cabo la misión; iii) presentarse ante el correspondiente director del DAS en el lugar a donde se dirigían, y en caso de que la entidad no tuviera representación, ante el comando de policía de la jurisdicción; iv) una vez finalizado el servicio debían devolver la misión con el correspondiente informe de cumplimiento.

Ello permite concluir que, en el caso concreto, la ejecución de las actividades contratadas no podía ser ejercida en forma independiente y autónoma, se reitera, en tanto que el demandante recibía órdenes por parte del DAS, en forma continua, permanente, para efectos del correcto desarrollo de sus servicios.

En consecuencia, estima esta Corporación que, por la naturaleza de las actividades ejecutadas por el señor Hermes Luis Martínez Dueñas, esto es, como escolta, debía recibir órdenes e instrucciones por parte de la entidad contratante en tanto que estaba sometido a cumplir horarios y turnos de trabajo, usaba para la ejecución del objeto contractual los elementos que dispensaba el DAS como era el arma y el chaleco, debía identificarse como funcionario de la entidad ante las demás autoridades públicas para lo cual se le suministraba carné que lo identificaba como vinculado a la entidad demandada.

Finalmente, sobre los contratos de prestación de servicios ejecutados para prestar el servicio de escolta, esta Subsección ha indicado que la labor de brindar seguridad a beneficiarios de programas de protección impone, a quien ejecuta la actividad, el deber de atender las directrices impartidas por el DAS en las distintas misiones a él encomendadas. En dicha ocasión se concluyó que las tareas que debe ejecutar un escolta comportan el elemento de la subordinación, pues estas se desarrollan en

cumplimiento de órdenes directas de su superior, lo cual, desvanece la figura de la coordinación y por ende se desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio, más aún cuando para su ejercicio, el demandante debía emplear los elementos de dotación suministrados por el DAS como armamento y vehículo, toda vez que desatender el esquema de seguridad propuesto podría afectar el éxito de la labor desarrollada.[28]

En conclusión: Al haberse demostrado en el proceso la configuración de los elementos que configuran la relación laboral, debe declararse la existencia de esta, entre el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y el señor Hermes Luis Martínez Dueñas, como lo hizo el *a quo*, pero únicamente por los periodos contractuales efectivamente acreditados.

Segundo problema jurídico

¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Hermes Luis Martínez Dueñas y, en caso afirmativo, cómo debe restablecerse el derecho del demandante frente a las cotizaciones adeudadas a pensión?

La subsección sostendrá la siguiente tesis: Pese a que la jurisprudencia reconoce que la sentencia declarativa del contrato realidad es constitutiva del derecho, los interesados no pueden exonerarse de su deber de reclamar el derecho dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual, como se explica seguidamente:

Prescripción aplicada a contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[29] y 102 del Decreto 1848 de 1969[30] (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad[31]:

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

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

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros

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

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

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

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

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

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se colige lo subsiguiente:

El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.

En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.^[32]

En virtud de lo anterior se analizan los siguientes supuestos en el presente caso, a fin de analizar si se configuró la prescripción:

La petición de reconocimiento de la relación laboral y el pago de las acreencias laborales fue radicada ante la entidad demandada el 11 de mayo de 2012^[33] y,

Por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización de cada uno de los

diferentes vínculos contractuales.

Periodo contractual	Plazo para reclamar
Del 5 de julio de 2001 al 4 de junio de 2002	5 de junio de 2005
Del 11 de junio de 2002 al 10 de diciembre de 2002	11 de diciembre de 2005
Del 13 de diciembre de 2002 al 31 de mayo de 2003	1.º de junio de 2006
Del 25 de junio de 2008 al 29 de agosto de 2009	30 de agosto de 2012

Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados del periodo de vinculación laboral comprendido entre el 5 de julio de 2001 y el 31 de mayo de 2003, se encuentran prescritos.

Ello, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización del respectivo periodo contractual y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se itera, ocurrió el 11 de mayo de 2012.

No ocurrió lo mismo con el periodo de vinculación comprendido a partir del 25 de junio de 2008 y el 29 de agosto de 2009, por cuanto la reclamación fue presentada dentro de los tres años siguientes a la finalización de dicho contrato, lo cual lleva a concluir que los posteriores periodos tampoco se encuentran prescritos.

Imprescriptibilidad de los aportes a pensión - contrato realidad

No obstante, se reitera, de acuerdo con la sentencia de unificación citada, 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.^[34]

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta subsección que al señor Hermes Luis Martínez Dueñas se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar causados desde el 5 de julio de 2001 y el 31 de mayo de 2003, sin contar las respectivas interrupciones.

Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, **tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional**^[35] del demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes y; si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Martínez Dueñas como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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.

En conclusión: En el caso del señor Hermes Luis Martínez Dueñas prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas entre el 5 de julio de 2001 y el 31 de mayo de 2003 sin contar las interrupciones entre los diferentes periodos contractuales. No obstante, el demandante tiene derecho a que la parte demandada realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible en los términos señalados precedentemente.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la Subsección modificará los ordinales primero y tercero, y se adicionará un ordinal a la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, la cual quedará de la siguiente forma:

«**PRIMERO: DECLARESE** no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, conforme lo expuesto. No obstante, se declara probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho respecto a los derechos prestacionales causados entre el 5 de julio de 2001 y el 31 de mayo de 2003.»

«**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación – DAS "En supresión" – Unidad Nacional de Protección al pago de las prestaciones sociales ordinarias igual a las que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios, correspondientes al período comprendido entre el 25 de junio de 2008 hasta el 29 de agosto de 2009.»

«**TERCERO BIS: CONDENAR** a la demandada a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[36] del demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Hermes Luis Martínez Dueñas como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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.»

En lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez[37] sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al

- pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b. Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
 - c. Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
 - d. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
 - e. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
 - f. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[38], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
 - g. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Corporación se abstendrá de condenar costas, de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, por resultar parcialmente favorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

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: Modificar los ordinales primero y tercero, y adicionar un ordinal a la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, proferida el 15 de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Hermes Luis Martínez Dueñas contra la Nación, Extinto Das, Unidad Nacional de Protección, la cual quedará de la siguiente forma:

«**PRIMERO: DECLARESE** no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, conforme lo expuesto. No obstante, se declara probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho respecto a los derechos prestacionales causados entre el 5 de julio de 2001 y el 31 de mayo de 2003.

«**TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Nación – DAS "En supresión" – Unidad Nacional de Protección al pago de las prestaciones sociales ordinarias igual a las que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios, correspondientes al período comprendido entre el 25 de junio de 2008 hasta el 29 de agosto de 2009.»**

«**TERCERO BIS: CONDENAR** a la demandada a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[39] del demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Hermes Luis Martínez Dueñas como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de

pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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.»

Segundo: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero: Sin condena en costas en la segunda instancia.

Cuarto: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa Justicia Siglo XXI y, ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

[1] Folios 1 a 6 y corrección de demanda a folios 57 a 64.

[2] Folio 2.

[3] En folios 205 a 206, 273 a 274, 281 a 282, 313 a 314 y CDs a folio 207, 275, 313.

[4] Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

[5] Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

[6] Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

[7] Folios 371 a 379 vto.

[8] Folios 388 a 395.

[9] Folios 424 a 430.

[10] 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.

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] la vinculación legal y reglamentaria es la forma predominante de acceso a cargos públicos, la cual está dirigida a la vinculación de los empleados públicos. Por empleado público debe entenderse aquella persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

De acuerdo con la jurisprudencia, los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona se desempeña como empleado público son, en principio: i) la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) la determinación de las funciones propias del cargo; y iii) la existencia de recursos para proveer el cargo.

[13] La relación laboral contractual es la forma de vinculación de los trabajadores oficiales, la cual se realiza a través de contrato de trabajo de acuerdo con la normatividad prevista en el Código Sustantivo del Trabajo y normas concordantes. Estos, si bien desempeñan empleos públicos, cuentan con derechos y reglamentación propia.

Así, el decreto 3135 de 1968 define que, en principio, trabajadores oficiales son aquellos que se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas y, aquellos que prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado, en este último caso con la excepción de quienes realicen actividades de dirección y confianza que ostentan la calidad de empleados públicos.

[14] La vinculación a través de contratos de prestación de servicios, la cual se regula por el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Las personas vinculadas a través de este sistema se denominan contratistas, quienes tienen por finalidad desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que estas no puedan ser ejercidas por el personal de planta o por que requieran de conocimientos especializados para ello.

[15] «Artículo 32. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para

desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

[16] Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

[17] Ver sentencia C-614 de 2009.

[18] Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

[19] C-614 de 2009.

[20] **Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas.** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los[21] Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.



Disposiciones analizadas por A
Normograma de la Comisión de
n.d.
Última actualización: 15 de ago

