



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 76001233300020130040901

No. Interno: 0349-16

Apelación sentencia. Contrato prestación de servicios

Actor: Marco Fabián Clavijo Amaya

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las súplicas de la acción instaurada contra el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la parte actora por intermedio de apoderado solicita la nulidad del oficio OJUR 2012-1297675 de 28 de noviembre de 2012 suscrito por la jefe de la Oficina Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), por medio del cual negó el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria y el pago de las prestaciones sociales derivadas de ella.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el pago de las prestaciones sociales, tales como primas de navidad y de vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, dotación de vestido y calzado, auxilio de transporte, vacaciones, subsidio familiar, gastos de representación, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, viáticos, incremento del salario por antigüedad, primas de servicio, dirección, técnica, reconocimiento por coordinación, horas extras, dominicales e indemnización y festivos, reconocidas a los empleados públicos de la planta de personal de la entidad.

De igual manera, que se ordene la indemnización por retiro sin justa causa y el reconocimiento y pago de las cotizaciones correspondientes a la seguridad social integral, la devolución de descuentos por retenciones y demás gastos asumidos con ocasión del desarrollo de los contratos de prestación de servicios; y, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 al 178 del Código Contencioso Administrativo.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

1.1.2.1. El señor Marcos Fabián Clavijo Amaya ingresó al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) por medio de órdenes de prestación de servicios, dentro del periodo comprendido entre el 1.º de noviembre de 2007 y el 16 de febrero de 2009.

1.1.2.2. Desempeñó actividades propias de un escolta de planta del DAS, al brindar protección a las personas amenazadas del programa de protección de dirigentes sindicales, a las organizaciones sindicales, a los defensores de derechos humanos y a los servidores públicos de diferente nivel, salvaguardando la vida e integridad en circunstancias de riesgo.

1.1.2.3. El 12 de octubre de 2012 solicitó a la entidad reconocer la existencia de una relación laboral y el pago de todas las prestaciones sociales que devengan los servidores públicos de planta, argumentando que se configuraron los elementos de una relación laboral, tales como el pago de salario, la subordinación y la prestación personal del servicio, solicitud que fue despachada de manera desfavorable a través del Oficio 2012-129767-5 de 28 de noviembre de 2012.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas vulneradas citó los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 83 y 122 de la Constitución Política; 131, 132, 135, 137 y 152 del Código Contencioso Administrativo; 2 de la Ley 50 de 1990; y, los Decretos 2146 de 1989 y 1951 de 1993.

En el concepto de la violación expuso que desempeñó las labores de escolta en idénticas condiciones a los funcionarios de planta de la entidad, como quiera que prestó de manera personal el servicio, se fijó un horario determinado y cumplió órdenes de sus superiores, bajo una continua subordinación y dependencia.

De conformidad con lo anterior, adujo que la función de protección que brinda el DAS corresponde a funciones permanentes que hacen parte del giro

ordinario de la entidad y que por ende, configuran una verdadera relación laboral.

1.2. Contestación de la demanda

El apoderado del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de defensa los siguientes¹:

Consideró que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama, ya que del contrato de prestación de servicios suscrito con la institución no se derivan los elementos esenciales del contrato de trabajo.

En efecto, adujo que la labor debe ser ejecutada por profesionales con conocimientos especializados en el tema de protección y en el marco de los parámetros mínimos de un esquema de este carácter cuyo cumplimiento se ejecuta a través de misiones que indican a quién se debe prestar el servicio de protección, pues los contratos son genéricos al respecto, por lo que deben materializarse con una orden de trabajo o misión, sin que ello configure el elemento de la subordinación.

Afirmó que los contratos suscritos entre el actor y el DAS se efectuaron en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que estableció que la función pública puede ser ejercida a través de contratos de prestación de servicios. Lo anterior, como quiera que en su momento la entidad no contaba con el personal de planta suficiente para cumplir con el programa de protección.

¹ Folios 125-159

Insistió en que de las distintas formas de vinculación con la administración pública, a saber, estatutaria, contractual y auxiliares de la administración, la situación del actor no se encuadra en ninguna de ellas, pues lo que se suscribió fueron contratos de prestación de servicios, los cuales son permitidos por la ley, cuando las actividades contratadas no puedan realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Propuso como excepciones las de buena fe, inexistencia de la obligación, pago y falta de legitimación en la causa pasiva.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia del 22 de octubre de 2015² declaró la nulidad del Oficio OJUR 2012-129767-5 de 28 de noviembre de 2012 y, en consecuencia condenó al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección, a pagar en favor del señor Marcos Campo Vargas el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes que devengan los escoltas de planta de la entidad, liquidados conforme a los valores pactados en los contratos, por el periodo comprendido entre el 1.º de noviembre de 2007 y el 16 de febrero de 2009³. «Así mismo deberá tenerse en cuenta para dicho reconocimiento y pago, lo dispuesto para las prestaciones con destino a la seguridad social».

De conformidad con el material probatorio allegado al plenario, se logró desvirtuar el vínculo contractual del demandante con la DIAN, en razón a que se encontraba subordinado a las órdenes e instrucciones impartidas por su superior jerárquico, los cuales eran realizadas en aras de cumplir las funciones propias de los escoltas de planta de la entidad, prestó sus servicios de seguridad «por más de 2 años (sic) en forma continua» y percibía una remuneración mensual por concepto de su labor habitual y subordinada.

² Folios 279-292

³ Folios 279-292

1.4. El recurso de apelación

El apoderado especial de la Unidad Nacional de Protección (UNP), presentó recurso de apelación que sustentó con los siguientes planteamientos:

1.4.1. El A quo desconoció que las manifestaciones de voluntad de la administración se materializan a través de actos administrativos los cuales por su naturaleza están investidos de legalidad; sin embargo, da por ciertas las manifestaciones hechas por el demandante sin verificar los documentos públicos que acrediten las órdenes impartidas por los superiores jerárquicos.

1.4.2. No apreció la descripción del empleo dentro del cual se establece la equivalencia, pues se limitó a señalar que la permanencia en disponibilidad es una función propia de los escoltas y en virtud de ello, el demandante desborda el contenido del contrato y cumple funciones propias de la planta de personal de la entidad.

1.4.3. El Consejo de Estado ha señalado en materia de contrato realidad que para que él se genere, el contratista debe desarrollar las mismas funciones del servidor público, y en el presente caso ello no ocurre porque el agente escolta no tiene la función de prestar guardia.

En ese orden, el demandante no cumplió con las funciones propias de detective, ni su función estaba supeditada a la función pública del DAS, por lo tanto se tiene que la relación contractual surgió para cubrir las necesidades de la prestación de un servicio técnico y especializado que no ha sido asignado a ningún empleo de planta de personal del DAS.

1.4.4. De conformidad con la exigencia del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el entorno de la contratación del personal especializado en seguridad personal por parte del DAS, la necesidad de contratar no fue indefinida y así lo demuestran las disposiciones del Ministerio del Interior para el departamento de seguridad.

En consecuencia, la realidad probatoria que reposa en el plenario indica claramente que la relación sostenida entre el DAS y el demandante es de carácter contractual regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios especializados que no desarrollen propiamente la función pública encomendada a la entidad y que no sea prestado por ningún empleado de la planta de personal.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

Los apoderados de las partes⁴ reiteraron los argumentos expuestos en el escrito de la demanda y en la contestación, respectivamente.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

1. Consideraciones

2.1. Cuestión previa- Sucesor Procesal del DAS

En atención a lo dispuesto en los Decretos 4057 de 2011, 4065 de 2011 y 1303 de 2014, se tendrá como sucesor procesal del DAS a la Unidad Nacional de Protección.

⁴ Folios 348-365

En efecto, mediante Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011 se dispuso la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, y en el artículo 3.º se estableció que «...Las funciones [...] que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2º, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así: [...] 3.4. La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2º del Decreto 643 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado[...].».

Por su parte, el Decreto 4065 de 2011 en su artículo 3 estableció que «El objetivo de la Unidad Nacional de Protección (UNP) es articular, coordinar y ejecutar la prestación del servicio de protección a quienes determine el Gobierno Nacional que por virtud de sus actividades, condiciones o situaciones políticas, públicas, sociales, humanitarias, culturales, étnicas, de género, de su calidad de víctima de la violencia, desplazado, activista de derechos humanos, se encuentren en situación de riesgo extraordinario o extremo de sufrir daños contra su vida, integridad, libertad y seguridad personal o en razón al ejercicio de un cargo público u otras actividades que pueden generar riesgo extraordinario, como el liderazgo sindical, de ONG y de grupos de personas desplazadas, y garantizar la oportunidad, eficiencia e idoneidad de las medidas que se otorgan...».

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

De lo anterior, se tendrá a la Unidad Nacional de Protección como sucesor

procesal en los términos del artículo 68 del Código General del Proceso.

2.2. El problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el presente asunto se trata de establecer si entre el señor Marco Fabián Clavijo Amaya y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculado contractualmente con la entidad.

2.2.1. Marco normativo y jurisprudencial

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes «la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo».

La anterior premisa fue desarrollada en sus artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales:

i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y «recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica»; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo⁵ en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

⁵ Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la «primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales», como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. El tenor literal de la disposición en comento, señala lo siguiente:

Artículo 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. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

De lo anterior, se entiende que la finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)⁶, expresamente consagró en su Preámbulo el «reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor» premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT⁷ al señalar que: «todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

⁶ Aprobada en 1919

⁷ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

De acuerdo a lo expuesto, el derecho constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 (aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: «los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna», cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

En armonía con lo anterior, se tiene que el artículo 122 ibidem consagra que «no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», disposición que presenta una regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública.

En desarrollo del marco constitucional previamente expuesto, se tiene que el ejecutivo nacional profirió el Decreto 2400 de 1968 «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil», disposición que fue modificada por el artículo 1.º del Decreto Ley 3074 de 1968, en los siguientes términos:

ARTICULO 1o. Modificase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

El artículo 2o. quedará así:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

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

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

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

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones (Negrita no es del texto)

La parte destacada de la citada disposición normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009, en los siguientes términos:

La disposición normativa impugnada dispone que, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Cabe advertir que esa regla jurídica se encuentra reiterada en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, según el cual «En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos».

Sin duda, esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

De esta forma, el texto normativo impugnado constituye un claro desarrollo de las normas constitucionales que protegen los derechos laborales de los servidores públicos porque: i) impone la relación laboral, y sus plenas garantías, para el ejercicio de las funciones permanentes en la administración, ii) consagra al empleo público como la forma general y natural de ejercer funciones públicas y, iii) prohíbe la desviación de poder en la contratación pública.

De igual manera, la norma acusada despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones

permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos. Así mismo, la creación de empleos en la planta de personal de la administración exige convocar, en igualdad de condiciones, a todos los aspirantes y, de todos ellos, escoger con moralidad y transparencia, al servidor con mayores calidades y méritos.

[...]

En conclusión, como la Corte encuentra ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes, debe declararse la exequibilidad de la disposición normativa impugnada.

A su turno, se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral en los siguientes términos:

i) La actividad personal del trabajador; ii) 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»; y iii) un salario como retribución del servicio, presupuestos que han servido de sustento a esta corporación para determinar la existencia de un vínculo laboral.

En efecto, esta Sección en la sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14, consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve desarrolló los elementos de la relación laboral así: (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de

comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y, (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

2.2.1.1. Marco normativo del contrato de prestación de servicios

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

ARTÍCULO 32. De los contratos estatales. 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. Contrato de Prestación de Servicios. 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**⁸.

Las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «en ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales», de la norma antes

⁸ Los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

citada fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, en donde, entre otras disquisiciones, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente forma:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De conformidad con las nítidas voces de las normas previamente señaladas, esta Corporación ha protegido el derecho al trabajo y ha tutelado los derechos de quienes han sido vinculados a través de contratos de prestación de servicios con el fin de desnaturalizar la relación laboral. Dentro de este contexto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura con los 3 elementos relacionados (prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración); iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3.º de

la Ley 80 de 1993, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-154 de 1997; y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado «contrato realidad».

Adicional a lo anterior, también se puede concluir que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y/o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta. En ambos casos no se admiten los elementos de subordinación ni de dependencia por parte del contratista, y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

Así las cosas, para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por la duración del contrato; y una retribución del servicio.

2.2.1.2. Sentencia de Unificación SU2 No.005/16

Esta corporación en la sentencia del 25 de agosto de 2016, expediente 0088-16- SUJ2 No.005/16 con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter señaló que el denominado contrato realidad «aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales».

La citada sentencia además de reiterar la importancia del elemento «subordinación» para determinar la existencia del contrato realidad, unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo relacionado a la forma como deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran una verdadera relación laboral. Para ello, discernió de la siguiente forma:

[...] 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.

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

aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén⁹.

De igual manera, estableció las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción. Al respecto, señaló lo siguiente¹⁰:

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.

⁹ Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos:

(...)

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

(...):

¹⁰ Folios 34-35

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.

viii) El consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho.

xi)) El ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Las anteriores reglas jurisprudenciales fueron fijadas con la finalidad de acoger el criterio más favorable a los peticionarios que acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal.

2.3. Caso concreto

De conformidad con las consideraciones que anteceden, se desarrollará el caso concreto en los siguientes términos:

2.3.1. Prestación personal del servicio y funciones desempeñadas: Dentro del expediente se encuentra probado que el demandante celebró con el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) entre el 11 de noviembre de 2007 y el 16 de febrero de 2009, tres contratos de prestación de servicios, en los siguientes términos:

CONTRATO	PERIODO	VALOR	FOLIOS
127 de 2007	1 de noviembre – 31 diciembre 2007	\$1.500.000 Mensuales	41-46
133 de 2008	1 Enero a 31 diciembre de 2008	\$1.575.000 mensuales	47-53
029 de 2009	1 enero a 16 de febrero de 2009	\$1.575.000 mensuales	55-60

De conformidad con la certificación laboral expedida por el responsable del área de protección de la Seccional DAS – Valle del cauca, hizo constar: (f-12)

Que el señor MARCO FABIAN CLAVIJO AMAYA tuvo los siguientes contratos de prestación de servicios como escolta contratista así:
No.127 de 1 de noviembre de 2007 al 31 de diciembre de 2007
No. 133 de 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008
No. 029 del 1 de enero de 2009 al 16 de febrero de 2009.

En los contratos de prestación de servicios que suscribió el actor con el DAS se encontraban presentes los siguientes objetivos y obligaciones¹¹:

El contratista en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Cali (Valle) y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia. PARÁGRAFO: RESULTADOS ESPERADOS. El objeto de este contrato está orientado a brindar protección a las personas que se encuentran amenazadas por la situación de violencia que vive el país, buscando así disminuir los índices de criminalidad en los sectores más vulnerados.[...] OCTAVA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA Además de las obligaciones de orden legal el contratista cumplirá con aquellas que se deriven del objeto contratado y en especial las siguientes: 1.- Cumplir con las actividades de protección en el lugar que le sea asignado por el DAS o por su protegido. 2.- Realizar las actividades de índole protectivo previa misión de trabajo, o destinación del Jefe de Área competente del Departamento Administrativo de Seguridad. 3.- Presentar para su revisión en la dependencia de Control de Armamento, radios y vehículos del DAS, o en la que haga sus veces, los elementos logísticos de dotación, dentro de los primeros 5 días de cada mes. 4.- Cuando por alguna circunstancia, el contratista no se encuentre prestando el servicio para el cual fue contratado deberá hacer entrega de los elementos en la misma dependencia. 5.- 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. 6.- No ingerir bebidas embriagantes, sustancias alucinógenas o sicotrópicas. 7.- Respetar las normas de tránsito y de convivencia ciudadana y colaborar con las autoridades civiles y militares. 8.- Informar oportunamente a la Oficina de Protección Especial del DAS, los desplazamientos que por naturaleza del contrato deba hacer a otras ciudades y las novedades que se presenten en el servicio. 9.- Mantener en buen estado los elementos logísticos de dotación y velar por su buen uso y cuidado, los cuales deberán destinarse en forma exclusiva para el servicio objeto del presente contrato. 10.- Observar en forma permanente las instrucciones impartidas en lo relacionado con el uso de armas, técnicas protectivas y las demás que se relacionen con las actividades propias del objeto del presente contrato. 11.- Informar al Supervisor del Contrato las novedades de servicio relacionadas con premisos, incapacidades u otras circunstancias que suspendan o interrumpan la ejecución del contrato, caso en el cual se efectuarán los descuentos

¹¹ Folios 41-60

correspondientes al valor diario por el tiempo en que no se preste el servicio [...].

De lo anterior, se encuentra claramente acreditado que i) el demandante prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en la Unidad de Protección a Dirigentes sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores del Derechos, de forma permanente entre el 1.º de noviembre de 2007 y el 16 de febrero de 2009; ii) que en dicho periodo sus labores se prestaron en forma personal de acuerdo a las necesidades del servicio requeridas por los sujetos a quienes les brindo el servicio de escolta; y iii) las labores asignadas no eran distintas a las desempeñadas al personal de planta de la entidad, como quiera que les correspondía el manejo de armamento y elementos de dotación de uso privativo del DAS, cumplía su labor a través de misiones destinadas a brindar protección a los sujetos cuya situación de seguridad se estimaba vulnerable.

2.3.2. Subordinación o dependencia: De las ordenes de trabajo 705, 617, 768, 695, 682, 628, 810, 918, 793, 073, 965, 118,994,106, 810, 793, 673, 744, 628, 646, 602, 489, 918, y 893¹², suscritas por la coordinadora del Área Operativa y por el responsable de Área de Protección, se encuentra claramente determinado que en su condición de contratista del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en supresión, i) cumplía un horario de trabajo superior a 8 horas, por la labor implícita de protección; ii) siempre se encontraba bajo la supervisión del jefe de la división del programa de protección; y, iii) debía dejar constancia de todo lo acontecido diariamente ante el inspector encargado, al responsable de área de protección y al coordinador operativo de la seccional la entidad.

En efecto, durante el término que prestó su labor de escolta del ex candidato a la Alcaldía de Cali, Carlos Urresty Benavides, tenía como función diaria la de hacer la respectiva presentación personal ante la seccional o puesto operativo del DAS, lugar donde debía informar cualquier novedad que se presentara durante el servicio, y realizaba un reporte diario de la orden de

¹² Entre julio de 2008 y febrero de 2009

trabajo en aras de dar cumplimiento a la circular OPLA de 6 de diciembre de 2002, en la que se señala que las órdenes de trabajo deben ser legalizadas el mismo día en que se finaliza labor o a más tardar al día hábil siguiente a la terminación de la misión.¹³

De conformidad con el material probatorio previamente señalado, se colige sin lugar a dudas que el demandante recibía órdenes por parte del DAS de forma constante para el desarrollo de sus servicios; debía cumplir un horario de trabajo asignado por dicha entidad, que en muchos casos era superior a la jornada ordinaria laboral; no podía ejercer sus servicios de escolta de forma autónoma e independiente porque se debía circunscribir a las instrucciones del DAS; y ,no se le permitía ejercer actividades de escolta para otras entidades.

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

En efecto, la labor de brindar seguridad a los beneficiarios del programa de protección le imponía el deber de atender las directrices impartidas por la entidad en las distintas misiones. Dichas tareas comportan una «subordinación», pues al desarrollarse en cumplimiento de órdenes directas de su superior, es claro que se 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.

¹³ Folio 37

2.3.3. De la contraprestación: Del material probatorio¹⁴ aportado al plenario, se encuentra debidamente acreditado el pago a favor del demandante de los honorarios pactados en los distintos contratos de prestación de servicios suscritos con el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en supresión, lo que demuestra aún más que se trató de una verdadera relación laboral.

En vista de que se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio del demandante, al igual que la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral, se concluye que el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) vinculó al actor bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza real de la labor que éste desempeñó.

Lo anterior genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades regulado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque el demandante desarrolló la función de protección en el DAS, en idénticas condiciones que los demás empleados públicos que desempeñaban el cargo de «agente escolta».

Resta agregar que las entidades públicas no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado esta Corporación y la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal.

¹⁴ Folios 41-60

De forma expresa lo prohíbe el artículo 17 de la ley 790 de 2002 «Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República». Al respecto, señaló:

Artículo 17. Plantas de personal. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

Parágrafo. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública. (Subrayado del Tribunal).

La norma citada es aplicable al presente caso porque para la época de celebración y ejecución de los contratos de prestación de servicios entre el DAS y el demandante, dicha entidad estaba constituida como un Departamento Administrativo.

Bajo estos supuestos, queda demostrado para el presente caso, la existencia de los elementos de la relación laboral, a saber, la prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación; y por tal razón, como lo consideró el Tribunal en la sentencia apelada, el actor tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones reclamadas en el escrito de la demanda.

2.4. Del restablecimiento del derecho

Sobre el particular, se tiene que el tribunal condenó a la entidad demandada al pago de las prestaciones sociales comunes que devengaban los escoltas de dicha entidad (dentro del periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2007 y el 16 de febrero de 2009) y liquidadas conforme a los honorarios pactados en los contratos, decisión que es acorde a lo dispuesto en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, expediente 0088-15, CESUJ2 consejero Ponente Carmelo Perdomo Cueter.

Pese a lo anterior, se encuentra que debe declararse la prescripción extintiva del derecho, pues tal y como lo señaló la citada sentencia de unificación «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».

Por consiguiente, comoquiera que el último de los contratos suscritos por el accionante culminó el 16 de febrero de 2009 y la reclamación la formuló el 28 de noviembre de 2012, esto es, por fuera de los tres años señalados como el término de la prescripción extintiva, no resulta procedente conceder los emolumentos deprecados¹⁵, por cuanto no se reclamaron oportunamente.

De otra parte, es preciso aclarar que conforme a lo expuesto en la sentencia de unificación los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, razón por la cual la entidad deberá tomar durante el tiempo comprendido entre el 1 de noviembre de 2007 y el 16 de febrero de 2009 «el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al

¹⁵ solicitó el pago de las cesantías, primas de servicios, de dirección, técnica, de vacaciones y de navidad,

mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador¹⁶».

Finalmente, en lo que refiere a la declaración de que el tiempo laborado por el actor sea contabilizado para efectos pensionales, esta condena está ajustada a derecho, pues conforme a la sentencia de unificación estos tiempos una vez probada la relación subordinada y dependiente deben ser tenidos en cuenta para esos efectos prestacionales y que, además, son imprescriptibles.

En conclusión se confirmará la sentencia recurrida que accedió a las pretensiones de la demanda, excepto el numeral 3 que se modifica con el fin de: i) declarar probada la excepción de prescripción de los emolumentos solicitados en el escrito de la demanda (pago de cesantías las cesantías, primas de servicios, de dirección, técnica, de vacaciones y de navidad); y, ii) se ordenará al ente territorial accionado tomar el tiempo que desempeño en los contratos de prestación, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

2.4. De la condena en costas

¹⁶ Página 34 de la sentencia SU-005-16

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016¹⁷, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la regulación de la condena en costas, de un criterio “subjetivo” a uno “objetivo valorativo”.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se «dispondrá» sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del CGP; y *valorativo*, en cuanto se requiere que el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal; que 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; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, se abstendrá la Sala a condenar en costas, en atención a que en la segunda instancia no se desplegó ninguna actuación de defensa judicial por parte de la parte demandante.

¹⁷ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

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,

F A L L A:

1. CONFÍRMASE la sentencia proferida el veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por MARCO FABIAN CLAVIJO AMAYA contra el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS hoy Unidad Nacional de Protección, EXCEPTO, el NUMERAL tercero que se modifica y quedará así:

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, i) **ORDÉNASE** al Departamento Administrativo de Seguridad Das- Hoy Unidad Nacional de Protección tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1 de noviembre de 2007 y el 16 de febrero de 2009) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, en armonía con lo dicho en la parte motiva de esta providencia; y ii) Declarase probada la **EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN** relacionada con el pago de las cesantías, primas de servicios, de dirección, técnica, de vacaciones y de navidad, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. Sin condena en costas.

3. Se reconoce personería al abogado Yolmar Reinaldo Yomayusa Murcia, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 375.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS