**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Tipos de vinculación**

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; **ii)** la laboral contractual; y **iii)** la contractual o de prestación de servicios

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Propósito**

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. 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.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Carácter excepcional**

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.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Elementos que lo desvirtúan**

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.

**CONTRATO REALIDAD – Derecho al pago de las prestaciones sociales**

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.

**CONTRATO REALIDAD – Elementos constitutivos**

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

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Imprescriptibilidad**

La imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00061-01(0454-14)**

**Actor: JOHN ALEXANDER MONSALVE GÓMEZ**

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS**

**Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

**Ley 1437 de 2011**

**Sentencia O-097-2018**

**ASUNTO**

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**LA DEMANDA[[1]](#footnote-1)**

El señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, 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]](#footnote-2)**

1. Declarar la nulidad del Oficio OJUR 69598-2, del 30 de abril de 2012, por medio del cual se negaron los derechos y acreencias laborales solicitadas el 6 de febrero de 2012.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

2. Se declare la existencia de la relación laboral estructurada entre el DAS y el señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, ocultada a través de contratos de prestación de servicios como escolta.

3. Constituir el derecho en favor del señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, como trabajador del extinto DAS, por el tiempo comprendido entre el 1.º de enero de 2004 y el 15 de noviembre de 2011, o por el tiempo que resulte probado, en la labor de escolta.

4. Condenar al DAS a restablecer los derechos del demandante y a reparar los daños a él causados, sin reintegro, en el sentido de ordenar el pago de todas y cada una de las acreencias salariales y prestaciones sociales (ordinarias, compartidas y con fin social), de todo el tiempo laborado, en igualdad de condiciones a aquellas que devengaban los escoltas de planta de la entidad, tales como:

* Cesantías, intereses a las cesantías, primas de navidad, primas de riesgo, compensación por dinero por concepto de dotaciones, viáticos y las demás a que tenga derecho conforme lo devengado por los escoltas de planta del DAS.
* A título de indemnización las vacaciones compensadas, bonificaciones por recreación, primas de vacaciones, devolución de valores que por retención en la fuente que se hayan practicado, devolución de valores del RETE-ICA, los subsidios de alimentación, los porcentajes legales que el DAS debió trasladar a la ARP.
* La devolución del 75% de los valores pagados por el demandante al fondo de pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

5. Declarar que, para todos los efectos legales, especialmente prestacionales, no existió solución de continuidad en la relación laboral.

6. En subsidio de la pretensión cuarta, condenar al DAS a pagar el valor equivalente en pesos, lo que arrojen todas y cada una de las prestaciones sociales y salariales antes citadas y reclamadas en la petición del 6 de febrero de 2012.

7. Condenar al DAS a dar cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

8. Condenar al DAS en costas y agencias en derecho.

**DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL[[3]](#footnote-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]](#footnote-4)

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. 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]](#footnote-5)

A folios 386 y 387 y CD a folio 393 del cuaderno principal, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[…] La parte demandada dentro del escrito de contestación de la demanda, a folios 373 y 374 del expediente, propone como excepciones las siguientes: 1. BUENA FE; 2. INEXISTENCIA DE LA OOBLIGACIÓN; 3. PAGO; 4. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA y; 5. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES.

Lo primero que debe precisarse es que las excepciones denominadas: **BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN;** y **PAGO**; no tienen el carácter de excepciones previas, sino obedecen a argumentos de defensa que serán tenidos en cuenta al resolver el problema jurídico dentro de la sentencia. Además, con relación a la excepción de “PAGO”, es importante aclarar que primero ha de definirse si existe o no el derecho, para luego entrar a determinar si hubo o no pago total o parcial de la obligación derivada del mismo.

Con relación a la excepción denominada **INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES**, por considerar que la demanda adolece de la precisión de las normas violadas y del concepto de la respectiva violación, pues respecto de las normas que se citan no se explica su aplicación al caso, lo cual impide además ejercer válidamente la defensa de la entidad; se tiene que ésta excepción sí tiene el carácter de previa conforme a lo consagrado en el artículo 97 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil, por lo que se debe proceder a su estudio en esta etapa procesal.

Para el Despacho los argumentos que fundamentan esta excepción no son de recibo para la prosperidad de la misma, pues en el capítulo V de la demanda (folios 13 a 52) se exponen una serie de normas constitucionales y legales que se consideran vulneradas con la negativa de la entidad al reconocimiento del contrato realidad, unos cargos de nulidad y extractos jurisprudenciales sobre la materia, y valga aclarar que su pertinencia o no con el caso concreto no se estudia en la admisión de la demanda sino en la sentencia. Así las cosas, no se configuró la alegada inepta demanda, por lo que la excepción planteada no tiene vocación de prosperidad.

Respecto a la excepción denominada **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**, considera la demandada que el DAS EN SUPRESIÓN no es el directamente responsable de las reclamaciones que presenta el demandante, por cuanto es responsabilidad directa del Ministerio del Interior el manejo del programa para el cual prestaba sus servicios.

Para el Despacho, la anterior excepción no tiene vocación de prosperidad, habida cuenta que el acto demandado Oficio OJUR No. 69598 del 30 de abril de 2012 fue expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DAS, y además, se afirma en la demanda que los contratos de prestación de servicios los suscribió el demandante con el DAS; por lo que se hace procedente y necesaria su vinculación a este proceso.

Concluido el análisis de las excepciones, el Despacho **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLÁRANSE NO PROBADAS** las excepciones de **INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES** y **FALTA DDE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** propuesta por el apoderado de la parte demandada […]»

Decisión notificada en estrados.

**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]](#footnote-6)

En el *sub lite,* a folio 388 y cd que obra a folio 393 del cuaderno principal, se fijó el litigio respecto a los hechos relevantes y el problema jurídico, así:

**Hechos relevantes según la fijación del litigio**

«[…] Revisados los hechos expuestos en la demanda (fls. 5-13), así como la contestación de la demandada respecto a los mismos (fls. 349-358), se procede a fijar el objeto del litigio de la siguiente manera:

Los hechos relevantes en el presente asunto, en los que NO existe acuerdo entre las partes, y que deben ser objeto de debate probatorio para determinar si entre el señor JHON ALEXANDER MONSALVE GÓMEZ y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS EN SUPRESIÓN se configuró, o no, una verdadera relación laboral con ocasión de los contratos de prestación de servicio de escolta celebrados por ellos, son los siguientes:

4.1. Si la prestación de los servicios de escolta por parte del señor JHON ALEXANDER MONSALVE GÓMEZ al DAS, obedeció a una verdadera relación laboral con la entidad demandada, con la concurrencia de los elementos de prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

4.2. O si, por el contrario, se trató de la prestación de unos servicios que eran ajenos a las funciones propias del DAS, de carácter temporal y que se suministraron conforme a los contratos de prestación de servicios que se suscribieron entre las partes, los cuales se encontraban regulados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y frente a los que había un pago de honorarios conforme a lo pactado y una simple relación de coordinación para el desarrollo del objeto contractual.

4.3. Así mismo, es objeto de prueba, los periodos durante los cuales el señor JHON ALEXANDER MONSALVE GÓMEZ prestó sus servicios de escolta al DAS.

Se les concede la palabra a los apoderados de las partes y al señor Agente del Ministerio Público, quienes manifiestan estar de acuerdo con la fijación del litigo […]»

**SENTENCIA APELADA[[7]](#footnote-7)**

Mediante sentencia del 31 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Santander accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual, en su parte resolutiva, decidió lo siguiente:

«[…] **PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD** del Oficio OJUR No. 69598-2, del 30 de abril de 2012, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora del DAS Santander, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS EN SUPRESIÓN** a reconocer y pagar a favor del demandante **JHON ALEXANDER MONSALVE GÓMEZ**, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales que devengaron los escoltas de esa entidad durante el periodo comprendido entre el **1º de enero de 2004 hasta el 15 de noviembre de 2011**, sin solución de continuidad, tomando como base el valor pactado en los contratos debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones, y efectuará los descuentos de ley.

**TERCERO: CONDÉNASE** al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS EN SUPRESIÓN** a reconocer y pagar a favor del demandante **JHON ALEXANDER MONSALVE GÓMEZ** el valor equivalente al porcentaje que legalmente le correspondía trasladar al ente demandado como empleador por concepto de aportes en salud y pensión, y que el demandante demuestre haber realizado.

**CUARTO:** Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia y devengarán intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011

[…]»

El *a quo* concluyó, de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, que el demandante prestó sus servicios al DAS entre el 1.º de enero de 2004 y hasta el 15 de noviembre de 2011, de manera ininterrumpida y con una remuneración de carácter mensual.

Frente a la subordinación y dependencia, sostuvo que, de los testimonios de los señores Daniel Albeiro Hernández Bravo y Alvaro Tapias Tapias, se podía extraer que el demandante además de prestar sus servicios como escolta, debía prestar turnos de disponibilidad y guardia en las instalaciones del DAS, recibía órdenes y misiones por parte de la entidad cuando se trataba de desplazamientos fuera de la ciudad, asistía a las capacitaciones de la entidad y, se identificaba como miembro del DAS, para lo cual portaba carné de identificación, chaleco y gorra de esta.

Como consecuencia de lo anterior, consideró que, más que una relación de coordinación para el cumplimiento del objeto contractual, existió una verdadera subordinación, pues la prestación del servicio no se dio en condiciones de autonomía, ni se encontraba sólo al arbitrio del protegido.

Agregó que la función desarrollada por el demandante no era temporal al extenderse por más de 6 años, ni era ajena al DAS, en tanto que la asignación de esquemas de seguridad es una competencia material de la entidad, conforme lo reguló el artículo 2 numeral 14 del Decreto 643 de 2004.

**RECURSO DE APELACIÓN[[8]](#footnote-8)**

La entidad demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes motivos de inconformidad:

En primer lugar, sostuvo que el *a quo* desconoció que las manifestaciones de voluntad de la administración se materializaron a través de actos administrativos, los cuales, por su naturaleza, están investidos de legalidad; sin embargo, dio por ciertas las manifestaciones hechas por el demandante sin verificar los documentos públicos que acreditaran las órdenes impartidas por los superiores jerárquicos.

De igual forma, indicó que la entidad tenía a su cargo la protección de los dignatarios mencionados en el artículo 14 del Decreto 643, y que en el caso sub examine, por tratarse de persona distinta a los citados, la función estaba a cargo del Ministerio del Interior.

Consideró que la conclusión a la que se debió llegar, según se advirtió de las declaraciones de los testigos Alvaro Tapias y Daniel Albeiro Hernández, es que la labor ejecutada por el demandante fue autónoma y los objetivos planteados en el cumplimiento del objeto contractual se informaban, mas no obedecieron a órdenes del DAS.

Para el apelante tampoco se apreció la descripción del empleo dentro del cual se determinó 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 desbordó el contenido del contrato y cumplió funciones propias de la planta de personal de la entidad.

Agregó que el *a quo* tuvo en cuenta la prueba testimonial sin consideración a la situación en la que se encontraban los testigos, cuando incluso el señor Monsalve Gómez tenía un vínculo contractual vigente, por lo que carecían de objetividad las declaraciones.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante:** La parte demandante guardó silencio de acuerdo con la constancia visible a folio 557 del expediente.

**Parte demandada[[9]](#footnote-9):** El apoderado de la Unidad Nacional de Protección ratificó los razonamientos expuestos en el recurso de apelación, al considerar que no se estructuró una relación laboral, por no cumplirse con ninguno de sus elementos como son: la prestación personal del servicio, la remuneración o contraprestación y la subordinación y dependencia.

Para el efecto, sostuvo que el demandante fue contratado por su experiencia, capacitación y formación profesional, en forma temporal y para realizar labores inherentes al funcionamiento de la entidad contratante, todo con sustento en el mandato constitucional contenido en el artículo 210, según el cual, los particulares pueden cumplir funciones administrativas en los casos señalados por la Ley.

Indicó que, de acuerdo con el objeto contractual pactado, el demandante tenía discrecionalidad para la ejecución de esta, dentro del plazo pactado y con sujeción a las cláusulas contractuales.

Añadió que la entidad demandada canceló al demandante los honorarios correspondientes a lo pactado en los diferentes contratos de prestación de servicios.

Además, manifestó que, en el caso concreto, la actividad contratada no pudo llevarse a cabo por personal de planta y que la misma requería de conocimientos especializados.

Lo anterior, con sustento en que era el Ministerio de Interior y de Justicia quien tenía la necesidad de garantizar la integridad personal de aquellas personas que, blancos de amenazas, requerían de protección especial. Programa cuya administración fue otorgada al DAS, entidad que no contaba con suficiente personal para su ejecución, motivo por el cual el ministerio transfería los recursos financieros necesarios para su correcto desarrollo.

También agregó que, en virtud de los contratos celebrados entre demandante y demandada, se estipuló la designación de un supervisor, a quien le correspondía revisar que las obligaciones contractuales se cumplieran y, particularmente, que el contratista tuviera la información cierta y precisa de los esquemas de protección.

**Concepto del Ministerio Público[[10]](#footnote-10):** La Procuraduría delegada ante esta Corporación solicitó confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander excepto en el tema de la prescripción de derechos.

Sobre el particular, solicitó que se declare la prescripción de los derechos que se hubieren causado tres años atrás, contados a partir del 4 de octubre de 2012.

**CONSIDERACIONES**

**Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[11]](#footnote-11), 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[[12]](#footnote-12), 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:

1. ¿El señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, 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 deben resolver los siguientes:

1. ¿Cuál es la entidad que debe responder por las condenas en favor del señor Jhon Alexander Monsalve Gómez ante la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)?
2. ¿Para efectos de la respectiva condena, cómo debe restablecerse el derecho del demandante frente a las cotizaciones adeudadas a pensión?

**Primer problema jurídico**

¿El señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, 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: En el caso del señor Jhon Alexander Monsalve Gómez 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:

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[[13]](#footnote-13); **ii)** la laboral contractual[[14]](#footnote-14); y **iii)** la contractual o de prestación de servicios[[15]](#footnote-15).

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[16]](#footnote-16). 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[[17]](#footnote-17), y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes[[18]](#footnote-18).

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[[19]](#footnote-19) 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[[20]](#footnote-20).

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]](#footnote-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 escondida 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.

Conforme con la documentación obrante en el expediente y aportada por la parte demandante, el señor Jhon Alexander Monsalve Gómez fue vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), hoy suprimido, a través de contratos y órdenes de prestación de servicios, de la siguiente forma:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **N.º de contrato u orden** | **Periodo** | **Valor** | **Objeto** | **Folio** |
| CPS **067/03** | Del 01/ene/04 al 30/abr/04 | $8.289.480 | Prestar servicios de protección, con sede en la ciudad de **Bogotá** y, eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente de seguridad a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos. | 98-102 C.1 o  120-124  C.2 |
| CPS **035/04[[22]](#footnote-22)** | Del 01/may/04 al 28/feb/05 | $11.120.000 | Prestar servicios de protección, con sede en la ciudad de **Barrancabermeja** y, eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente de seguridad a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos. | 105-109 C.1 o  264-268 C.2 |
| CPS **030/05** | Del 01/mar/05 al 31/jun/05 | $5.560.000 | Ibidem | 112-116  C.1 |
| CPS **124/05** | Del 01/jul/05 al 31/ago/05 | $2.780.000 | Ibidem | 117-121 C.1 o  127-131  C.2 |
| CPS **584/05** | Del 30/dic/05 al 01/mar/06 | $4.462.206 | Prestar servicios de protección, con sede en la ciudad de **Bogotá** y, eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente de seguridad a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos. | 122-127 C.1 |
| CPS **010/06[[23]](#footnote-23)** | Del 02/mar/06 al 30/nov/06 | $13.122.990 | Ibidem | 128-133 C.1 o  133-138  C.2 |
| CPS **113/06** | Del 01/dic/06 al 30/jun/07 | $15.799.110 | Prestar servicios de protección, con sede en la ciudad de **Bucaramanga** y, eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente de seguridad a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos. | 139-143 C.1 |
| CPS **042/07** | Del 28/jun/07 al 31/dic/07 | $13.784.040 | Ibidem | 149-152 C.1 o  144-150  C.2 |
| CPS **133/07[[24]](#footnote-24)** | Del 01/ene/08 al 31/dic/08 | $28.468.080 | Ibidem | 155-160 C.1 o  154-160  C.2 |
| CPS **030/08[[25]](#footnote-25)** | Del 01/ene/09 al 28/sep/09 | $14.506.260 | Ibidem | 167-172 C.1 o  167-172  C.2 |
| CPS **016/09[[26]](#footnote-26)** | Del 29/sep/09 al 17/dic/09 | $4.835.420 | Ibidem | 180-185 C.1 o  181-187  C.2 |
| CPS **048/09** | Del 18/dic/09 al 31/mar/10 | $8.702.049 | Ibidem | 190-193 C.1 o  193-199  C.2 |
| CPS **014/10[[27]](#footnote-27)** | Del 01/abr/10 al 31/jul/10 | $7.543.254 | Ibidem | 197-202 C.1 o  204-209  C.2 |
| CPS **040/10** | Del 01/ago/10 al 27/dic/10 | $12.572.090 | Ibidem | 209-215 C.1 |
| CPS **073/10[[28]](#footnote-28)** | Del 28/dic/10 al 30/abr/11 | $8.112.221 | Ibidem | 222-228 C.1 o  247-253  C.2 |
| CPS **012/11** | Del 01/may/11 al 31/may/11 | $2.514.418 | Ibidem | 235-241 C.1[[29]](#footnote-29) |
| CPS **033/11** | Del 01/jun/11 al 30/jun/11 | $2.514.418 | Ibidem | 247-253 C.1 o  234-240  C.2 |
| CPS **053/11[[30]](#footnote-30)** | Del 01/jul/11 al 30/sep/11 | $5.028.836 | Ibidem | 259-265 C.1 o  219-224  C.2 |
| CPS **071/11[[31]](#footnote-31)** | Del 30/sep/11 al 15/nov/11 | $2.514.418 | Ibidem | 271-276  C.1 |

En virtud de lo anterior, la Subsección advierte que el señor Monsalve Gómez prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en dos periodos, comprendidos entre el 1.º de enero de 2004 al 31 de agosto de 2005, y del 30 de diciembre de 2005 al 15 de noviembre de 2011.

Asimismo, se tiene 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.

Frente al elemento de la remuneración, encuentra la Corporación que al señor Alexander Monsalve Gómez se le cancelaban mensualmente las sumas reconocidas a título de honorarios en los diferentes contratos de prestación de servicios. Ello se advierte, principalmente, de las cláusulas relacionadas con: i) el valor de los contratos (cláusula segunda), según la cual, el valor del contrato correspondía a honorarios y viáticos; y a la forma de pago (cláusula tercera), en la cual se estipulaban los montos que mensualmente recibiría el demandante por sus servicios.

Así, contractualmente se determinó el pago de honorarios en la siguiente forma: i) para los contratos 067/03, 035/04, 030/05 y 124/05 se pactó un pago mensual de $1.390.000; ii) para el 584/05, 10/06, 113/06 era un salario de $1.458.110 mensual; iii) en el contrato 42/07 fue por $1.500.000; iv) en el 133/07, 30/08 y 16/09 se pactó el pago mensual por 1.575.000; v) a partir del contrato 48/09 y hasta el 71/11 (última vinculación) se le pagaban $1.638.000.

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 Jhon Alexander Monsalve Gómez y el DAS, se pactaron, entre otras, las siguientes funciones u obligaciones a cargo del contratista:

**1.** Cumplir con las actividades de protección en el lugar que le sea asignado por el DAS a través del supervisor, o por su protegido.

**2.** Realizar las actividades de índole protectivo previa autorización para cumplir con la actividad encomendada, o destinación del funcionario competente del Departamento Administrativo de Seguridad.

**3.** Presentar para su revisión en la dependencia de Control de Armamento, 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.

**4.** Al terminar el servicio y cuando por alguna circunstancia, el contratista no se encuentre prestando el servicio para el cual fue contratado deberá hacer entrega de los elementos en la misma dependencia diariamente.

**5.** Observar excelente conducta social, laboral y buenas relaciones interpersonales con los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, con sus compañeros y con la persona protegida.

**6.** No ingerir bebidas embriagantes, sustancias alucinógenas o psicotrópicas. **7.** Respetar las normas de tránsito y de convivencia ciudadana, y colaborar con las autoridades civiles, militares y de policía.

**8.** Informar oportunamente a la Oficina de Protección Especial del DAS, los desplazamientos que por la 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 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.

**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 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.

**12.** 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.

**13.** 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.

**14.** 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 Jhon Alexander Monsalve Gómez no permitían la autonomía y liberalidad en su ejecución, siendo este un elemento intrínseco de la modalidad contractual por medio del cual fue vinculado, así como tampoco se puede afirmar que estas eran realizadas en virtud de la cooperación 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; el señor Monsalve Gómez. 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.

Además, del material probatorio allegado al expediente obran copias de documentos tales como recibos de entrega y devolución de elementos de dotación, como revólveres[[32]](#footnote-32), chalecos blindados[[33]](#footnote-33) o pistolas con sus respectivos proveedores[[34]](#footnote-34).

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.

La anterior situación se ve corroborada por los dichos de los testigos. Así, en la declaración del señor Alvaro Tapias Tapias, quien fue protegido del señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, este sostuvo que, si bien el demandante debía tener disponibilidad las 24 horas del día, de acuerdo con la necesidad del protegido y que las jornadas podían durar más de ocho horas diarias, es decir, que las labores iniciaban y terminaban cuando este lo disponía, el escolta debía portar la dotación entregada por la contratante, se debía identificar con el carné asignado por el DAS y debía presentarse diariamente en las instalaciones del DAS.[[35]](#footnote-35)

Al respecto, para esta Corporación, la relación escolta – protegido no conlleva a restarle objetividad a la declaración rendida por el señor Tapias pues, de los dichos de este no se puede inferir que dicha relación fuera más allá del ámbito profesional del demandante. Además, se trata de un testigo directo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la actividad para la cual fue contratado el demandante.

En consecuencia, estima esta Corporación que, por la naturaleza de las actividades desarrolladas por el señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, esto es, como escolta del programa de Protección a Dirigentes Sindicales, 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 de la demandada.

Sobre el tema de escoltas, esta Subsección en reciente fallo indicó 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.[[36]](#footnote-36)

**En conclusión:** Al haberse demostrado en el proceso la existencia de los elementos que configuran la relación laboral, debe declararse la existencia del contrato realidad entre el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y el señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, como lo hizo el *a quo.*

**Segundo problema jurídico.**

¿Cuál es la entidad que debe responder por las condenas en favor del señor Jhon Alexander Monsalve Gómez ante la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: Las obligaciones laborales del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) fueron asumidas por la Unidad Nacional de Protección (UNP), razón por la cual, como sucesor procesal, deberá ocuparse las condenas resultantes en el proceso del señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, con base en los argumentos que proceden a explicarse:

Mediante Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011, el Gobierno Nacional dispuso la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), y en el artículo 3.º se reguló que «[…] Las funciones [...] que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2°, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así: [...] 3.4. La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2.° 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 reglamentó 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 primero, 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.

Finalmente, téngase que la Unidad Nacional de Protección intervino en el proceso de la referencia, ante este Corporación, como sucesor procesal del DAS, suprimido, en virtud de lo reglamentado en la Resolución 0002 del 9 de noviembre de 2011, por medio de la cual se delegó al jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la UNP la representación judicial de la entidad.

**En conclusión:** la entidad que debe responder por las condenas proferidas en el sub examine es la Unidad Nacional de Protección, de conformidad con lo regulado en el artículo 69 del Código General del Proceso.

**Tercer problema jurídico**

¿Para efectos de la respectiva condena, 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.

Lo anterior se sustenta en las siguientes razones:

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[[37]](#footnote-37) y 102 del Decreto 1848 de 1969[[38]](#footnote-38) (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 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[[39]](#footnote-39):

* Que 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.
* Que 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.

Ahora, en el presente caso como la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue radicada ante la entidad demandada el 6 de febrero de 2012[[40]](#footnote-40), 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 periodos laborados.

Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados del periodo de vinculación laboral comprendido entre el 1.º de enero de 2004 y el 31 de agosto de 2005, corrió hasta el 1.º de septiembre de 2008. Luego, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización del último contrato de ese lapso y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se itera, ocurrió el 6 de febrero de 2012, debe concluirse que prescribieron las prestaciones causadas en el periodo anotado.

No obstante, 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.[[41]](#footnote-41).

Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales[[42]](#footnote-42); ii) el principio *in dubio pro operario[[43]](#footnote-43)*; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad[[44]](#footnote-44) y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad[[45]](#footnote-45).

De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Monsalve Gómez se le extinguió el derecho, por prescripción, a reclamar los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de enero de 2004 y el 31 de agosto de 2005.

Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[46]](#footnote-46) del demandante, dentro del periodo del 1.º de enero de 2004 y el 31 de agosto de 2005, 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.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los 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.

**Conclusión:** En el caso del señor Jhon Alexander Monsalve Gómez, se acreditaron los supuestos del contrato realidad, motivo por el cual la Unidad Nacional de Protección, como sucesor procesal del extinto DAS, deberá cancelar las prestaciones sociales a que tenía derecho, durante los tiempos en que estuvo vinculado a través de contratos de prestación de servicios, es decir, entre el 30 de diciembre de 2005 y el 15 de noviembre de 2011.

Por el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2004 y el 31 de agosto de 2005 únicamente habrá lugar al pago de las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible.

**Decisión de segunda instancia**

Por las razones que anteceden la Subsección adicionará la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el sentido de declarar la prescripción de los derechos prestacionales que se hubieren causado en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2004 y el 31 de agosto de 2005, se modificará el numeral segundo en el entendido de que se reconocerán y pagarán las prestaciones sociales durante el periodo comprendido entre el 30 de diciembre de 2005 al 15 de noviembre de 2011 y se adicionará en lo relacionado con los aportes a pensión como prestación imprescriptible. 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[[47]](#footnote-47) 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:

1. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *«subjetivo» –CCA-* a uno *«objetivo valorativo» –CPACA*-.
2. 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.
3. 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.
4. 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).
5. 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.
6. 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[[48]](#footnote-48), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
7. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Subsección se abstendrá de condenar en costas a la parte apelante en tanto que, si bien se resolvió desfavorablemente el recurso, no se demostró su causación por cuanto la parte demandante no actuó en esta instancia, ello tal como lo señala el ordinal 8.º del artículo 365 del Código General del Proceso.

**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:** Adicionar la sentencia proferida el 31 de agosto de 2013 por el Tribunal Administrativo de Santander en el sentido de declarar la prescripción de los derechos prestacionales que se hubieren causado en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2004 y el 31 de agosto de 2005. No obstante, los aportes pensionales por dicho periodo no serán objeto de la prescripción aquí decretada.

**Segundo:** Modificar y adicionar el ordinal segundo de la providencia, el cual quedará de la siguiente forma:

«[…] **SEGUNDO: CONDÉNASE** al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS EN SUPRESIÓN** a reconocer y pagar a favor del demandante **JHON ALEXANDER MONSALVE GÓMEZ**, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales que devengaron los escoltas de esa entidad durante el periodo comprendido entre el **30 de diciembre de 2005 hasta el 15 de noviembre de 2011**, sin solución de continuidad, tomando como base el valor pactado en los contratos debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones, y efectuará los descuentos de ley.

De igual forma, la demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, dentro del periodo del 1.º de enero de 2004 y el 31 de agosto de 2005, 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.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los 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. […]»

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

**Cuarto:** Sin condena en costas en esta instancia.

**Quinto:** Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa Justicia Siglo XXI y, ejecutoriada esta providencia devolverel 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 60 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 2 a 4 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. En folios 385 a 392 y CD a folio 393. [↑](#footnote-ref-3)
4. Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.* EJRLB. [↑](#footnote-ref-5)
6. Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 998 a 1007. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 455 a 468. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 535 a 540 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 549 a 556. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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. [↑](#footnote-ref-11)
12. «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.» [↑](#footnote-ref-12)
13. 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. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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. [↑](#footnote-ref-14)
15. 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. [↑](#footnote-ref-15)
16. «**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. […]» [↑](#footnote-ref-16)
17. 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) [↑](#footnote-ref-17)
18. Ver sentencia C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-18)
19. 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). [↑](#footnote-ref-19)
20. C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16. [↑](#footnote-ref-21)
22. Adicionado según consta a folios 110 y 111 del cuaderno principal y 269 a 270 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Adicionado según consta a folios 139 y 140 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-23)
24. Adicionado según consta a folio 162 del cuaderno principal y 161 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-24)
25. Adicionado según consta a folios 173 a 174 y 175 a 176 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-25)
26. Adicionado según consta a folios 188 y 189 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Adicionado según consta a folios 210 y 211 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-27)
28. Adicionado según consta a folios 254 a 255 y 257 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-28)
29. Los folios 237 y 238 no corresponden al contrato suscrito por el demandante. [↑](#footnote-ref-29)
30. Adicionado según consta a folios 225 y 226 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-30)
31. Adicionado según consta a folios 277 y 278 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ver folio 300 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 301 a 303. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 304 a 310. [↑](#footnote-ref-34)
35. La grabación obra en CD a folio 412 del expediente. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente Dr. Rafael Francisco Suarez Vargas. Radicación 760001233300020120026001 (0621-16). [↑](#footnote-ref-36)
37. «**Artículo 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

    El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.» [↑](#footnote-ref-37)
38. «**Artículo 102.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

    El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.» [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). [↑](#footnote-ref-39)
40. Ver folios 85 a 89. [↑](#footnote-ref-40)
41. «[…] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[…]» [↑](#footnote-ref-41)
42. «[…] que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.» [↑](#footnote-ref-42)
43. «[…] conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.» [↑](#footnote-ref-43)
44. «[…] en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.» [↑](#footnote-ref-44)
45. «[…] que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad […]» [↑](#footnote-ref-45)
46. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-46)
47. Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi. [↑](#footnote-ref-47)
48. «**Artículo 366. Liquidación.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: […]» [↑](#footnote-ref-48)