



Función Pública

Sentencia 2014-00666 de 2022 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 08001-23-31-000-2014-00666-01 (0527-2018)

Demandante: LUIS CARLOS HERRERA CALDERÓN

Demandada: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN¹

Tema: Reconocimiento relación laboral.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 28 de julio de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Luis Carlos Herrera Calderón, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley

1437 del 2011, formuló, en síntesis, las siguientes:

Pretensiones

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio E- 1300,05-201402875 del 17 de febrero de 2014, expedido por la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad, DAS en supresión, por medio del cual se negó la existencia de una relación laboral, legal y reglamentaria entre el señor Luis Carlos Herrera Calderón y dicha entidad.
2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la demandada a reconocer la existencia de una relación laboral, legal y reglamentaria entre el demandante y el DAS en supresión, a partir del momento en que fue vinculado; así como, a reconocer todas las consecuencias jurídicas y económicas que de ello se deriven y, a efectuar la nivelación del señor Herrera Calderón al código y grado que en forma equivalente existía en la planta de personal, de acuerdo a la asignación básica mensual y a las funciones ejercidas.
3. Condenar a la parte demandada a reconocer y pagar la sanción o indemnización moratoria, al igual que las costas procesales.

Fundamentos fácticos relevantes

1. El señor Luis Carlos Herrera Calderón se vinculó con el DAS en forma continua e ininterrumpida a partir del 16 de marzo de 2005 y hasta el 8 de junio de 2011, y prestó sus servicios de manera personal y bajo la subordinación y dependencia de sus superiores al interior de la entidad.
2. El cargo para el cual fue contratado el demandante, correspondió al de escolta, servicio de protección a personas, además de prestar servicios de guardia en la sede del DAS y su superior inmediato era el señor Jaime Enrique Pinillos Ramírez.
3. El interesado prestó sus servicios en horarios y fechas señalados por su superior, de acuerdo a las funciones asignadas, en el lugar que le fue determinado por la entidad y conforme a las necesidades del servicio.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por los intervenientes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

[...]

Las excepciones propuestas por los apoderados tanto de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como de la Unidad Nacional de Protección, tocan el fondo del asunto, lo cual se estudiarán (sic) en la sentencia, excepto la de “CADUCIDAD” e “INEPTA DEMANDA”.

“EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD”

9. - Al reanudar el término de caducidad de la acción deben contarse los setenta y nueve (79 días que le quedaron faltando con respecto al pluriculado acto acusado, (sic)lo cual se extendió la caducidad de la acción hasta el día 30 de septiembre. Ahora bien, la parte demandante hizo formalmente la presentación de la demanda el día 8 de julio de 2014 ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de Barranquilla (folio 29), fecha para la cual el fenómeno extintivo no se había consumado. Por lo tanto, esta excepción no prospera.

“INEPTA DEMANDA”

En cuanto a esta excepción consistente en que el demandante no convocó a conciliar a la Unidad Nacional de Protección, entidad esa que asumió funciones de la entidad suprimida (DAS), el despacho manifiesta que al momento de expedirse el acto administrativo acusado, esto es, Oficio No. E-1300,05- 201402875 de fecha 17 de febrero de 2014, fue expedido por la Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de Supresión, fecha en la cual estaba ejerciendo sus actividades, ya que mediante los Decretos 2402 de 2013 y 1180 de 2014, fueron prorrogadas las actividades del Das en supresión hasta el día 11 de julio de 2014. En consecuencia, no era necesario intentar la conciliación prejudicial con respecto a la Unidad Nacional de Protección, en razón a que para esa fecha todavía no había asumido la(sic) funciones de la entidad en desarrollo de supresión (DAS), por lo tanto, esta excepción no prospera.

[...]». (Mayúsculas y negrillas del texto original)

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] el Despacho considera que el interrogante jurídico a ser debatido en el presente proceso y que constituye la fijación del litigio, es el siguiente:

¿Le asiste al señor LUIS CARLOS HERRERA CALDERON, el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión del vínculo que mantuvo con la entidad demandada?

En este interrogante planteado se estudiará (sic) todo lo referente a las características del contrato de prestación de servicios versus los elementos del contrato de trabajo; el material probatorio acreditado en el proceso». (Mayúsculas del texto)

SENTENCIA APELADA

El Tribunal de primera instancia dictó sentencia escrita el 28 de julio de 2017, a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, hizo referencia al marco jurisprudencial respecto del cual se analizan los contratos de prestación de servicios y las relaciones laborales encubiertas bajo dicha modalidad, también denominados contrato realidad.

Seguidamente abordó las pruebas obrantes en el expediente y consideró que, con sustento en ellas, se había acreditado que el demandante había estado vinculado en calidad de escolta, de forma continua e ininterrumpida con el DAS, desde el 16 de marzo de 2005 hasta el 8 de junio de 2011 y mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios.

Al referirse a las funciones desempeñadas por el señor Luis Carlos Herrera Calderón, el *a quo* señaló que, en su condición de escolta, cumplía funciones que no eran temporales y que no contaba con autonomía e independencia al estar sometido al cumplimiento de directrices y horarios. Asimismo, precisó que las actividades desempeñadas en desarrollo de la prestación del servicio, hacían parte de los objetivos y competencias del extinto DAS, específicamente las de brindar seguridad a las personas que estuvieran en condición de vulnerabilidad por razones de orden público.

Consideró entonces el tribunal que, en el presente caso, se desdibujó la figura del contrato de prestación de servicios lo que dio lugar a la configuración de una relación de tipo laboral, comoquiera que se verificaron los elementos previstos en la jurisprudencia y la ley para el surgimiento de una relación de dicha naturaleza.

En tal sentido sostuvo que, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede reconocérse al interesado las prestaciones sociales propiamente dichas, pues ellas nacen a favor de quienes, al cumplir los procedimientos sustanciales de derecho para el acceso al servicio, alcanzan la condición de servidores públicos. En ese entendido, manifestó que al demandante se le debe reconocer, a título de reparación del daño, el equivalente a las prestaciones sociales que percibían los agentes escoltas vinculados laboralmente al DAS, teniendo en cuenta el valor pactado en el contrato de prestación de servicios.

Concluyó que correspondía a la entidad demandada, por intermedio de su sucesor procesal UNP, el reconocimiento y pago de las referidas prestaciones sociales, desde el 16 de marzo de 2005 y hasta cuando terminó la relación, esto es, el 8 de junio de 2011.

Al pronunciarse sobre la prescripción, el juez de conocimiento indicó que, al haberse verificado la prestación del servicio de manera ininterrumpida hasta el 8 de junio de 2011, y que la reclamación se presentó el 11 de febrero de 2014, no había operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

Como consecuencia de lo anterior, dispuso la nulidad del acto administrativo demandado y el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas, desde el 16 de marzo de 2005 hasta el 8 de junio de 2011.

En cuanto a las prestaciones de pensión y salud, ordenó a la entidad demandada pagar a favor del señor Herrera Calderón, los porcentajes de cotización que le correspondía de conformidad con la Ley 100 de 1993, no obstante, en caso de que aquellos no se hubieran efectuado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 282 de la mencionada ley, debe el UNP efectuar las cotizaciones respectivas a los dos sistemas y descontar de las sumas que se adeudan al demandante el porcentaje que a éste corresponde.

Finalmente indicó que, el tiempo efectivamente laborado, sería computado para efectos pensionales.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia arriba referenciada, con fundamento en lo siguiente:

La Unidad Nacional de Protección no es la llamada a responder por las obligaciones dejadas de pagar por el DAS, por cuanto, de un lado, no

recibió la función de asumir las cargas administrativas de dicha entidad y, de otro, no fue quien emitió el acto administrativo demandado.

Adujo que toda vez que el DAS ha sido suprimido, podía darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Ley 254 de 2000, que señaló que los procesos judiciales y reclamaciones de carácter laboral y contractual, serían entregados al Ministerio o Departamento Administrativo al cual se encontraba adscrita o vinculada la entidad liquidada o suprimida, que en este caso corresponde a la Presidencia de la República.

En lo atinente a la declaración de la existencia de una relación laboral, la demandada manifestó que, si bien se había contratado al señor Herrera Calderón para prestar el servicio de protección, escolta, y que debía ejecutar de manera directa las obligaciones que le habían sido asignadas, aquello no podía ser considerado como sinónimo de subordinación.

Sostuvo que el contrato de prestación de servicios se celebró en los eventos en los cuales la función del DAS no pudo ser ejecutada por personas vinculadas con la entidad, y que, pese a ello requerían conocimientos especializados para su desarrollo. Asimismo, precisó que al demandante se le pagaron honorarios por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, mismos que no pueden ser confundidos con salarios.

Puntualizó que, en los contratos celebrados por el DAS, se incluyó la designación de un supervisor, quien era la persona encargada de revisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perder de vista que, una vez el escolta salía de las instalaciones de la entidad, todas las órdenes y sugerencias eran impartidas por el protegido, circunstancia no mencionada por el demandante en el libelo. Igualmente resaltó que el factor horario no comprende subordinación, sino la ejecución de la labor contratada y aceptada por el contratista.

De otro lado, argumentó que si lo que pretende el interesado es que se le atribuyan iguales condiciones que las de un escolta vinculado a la entidad, al haber cumplido actividades similares, debía darse aplicación al principio de a trabajo igual, salario igual.

Frente a la prescripción, la demandada indicó que no compartía la postura jurisprudencial sobre la imprescriptibilidad de las prestaciones sociales. Consideró que al existir norma expresa que prevé la prescripción de esos derechos, la misma debía observarse en igualdad con quienes reclaman prestaciones por razones de un contrato de trabajo ficto.

Señaló no encontrar argumento para defender la ya referida imprescriptibilidad de los derechos provenientes de un contrato realidad, hecho que denota una desigualdad injusta para con quienes están formalmente vinculados con la administración.

Bajo dicho entendido, precisó que la reclamación administrativa fue presentada en el año 2014, de manera que en el presente asunto hay lugar a declarar la prescripción de los derechos causados tres años hacia atrás, contados a partir de esa fecha, es decir, las prestaciones a que tenga derecho el demandante a título de indemnización, originadas antes del 1 de junio de 2011, se encuentran prescritas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante resaltó que eran dos los pilares fundamentales sobre los cuales se edifica la solicitud de confirmar la sentencia de primera instancia y que tienen que ver con los límites al poder de contratación de funcionarios por parte del Estado, a través de contratos de prestación de servicios, y la subordinación del demandante respecto de la entidad demandada.

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en el escrito de alzada.

El Ministerio Público, al emitir concepto, solicitó se confirme la sentencia recurrida, pues se encontró acreditado que el demandante prestó sus servicios de escolta a la entidad enjuiciada por más de 5 años, cumplió un horario habitual en la semana y, en ocasiones, extraordinario; se sujetó a la tarea de protección, control y coordinación; laboró en otras actividades impuestas por la demandada; la índole de sus labores le

imponía el deber de entregar un inventario de los elementos dispuestos para el desempeño de las actividades; y recibió una remuneración por sus servicios.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹³, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Problema jurídico

De conformidad con los planteamientos derivados de la sentencia apelada y del recurso de apelación elevado por la parte demandada, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se circunscriben a:

1. ¿Cuál es la entidad llamada a responder por las condenas que llegasen a ordenarse en favor del señor Luis Carlos Herrera Calderón, ante la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS?
2. ¿El señor Luis Carlos Herrera Calderón demostró que, en su caso, se configuraron los elementos de la relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado como escolta del DAS?

En caso afirmativo,

3. ¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de todos o algunos de los períodos contractuales y la reclamación administrativa?

Primer problema jurídico

¿Cuál es la entidad llamada a responder por las condenas que llegasen a ordenarse en favor del señor Luis Carlos Herrera Calderón, 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 de las condenas que eventualmente resulten procedentes en el curso del presente trámite jurisdiccional, con sustento en las siguientes consideraciones:

Mediante Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011, el Gobierno Nacional dispuso la supresión del DAS, y señaló en su artículo 3.^º 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^º, 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^º 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, reglamentó en su artículo 3 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 y 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, serían notificados a las entidades que hayan asumido las funciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal y que, asimismo, en caso de que aquellas no fueran atribuidas a alguna de las entidades de la Rama Ejecutiva, correspondería a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Finalmente, se observa que la Unidad Nacional de Protección intervino en el proceso de la referencia, ante esta Corporación como sucesor procesal del DAS, suprimido, en virtud de lo reglamentado en la Resolución 0002 del 9 de noviembre de 2011, artículo 5, 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 68 del Código General del Proceso, contrario a lo afirmado por dicha entidad en el recurso de apelación.

Segundo problema jurídico

¿El señor Luis Carlos Herrera Calderón demostró que, en su caso, se configuraron los elementos de la relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado como escolta del DAS?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: en el caso del señor Luis Carlos Herrera Calderón 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 formalidades, debe confirmarse la decisión asumida por el *a quo*, con base en los argumentos que proceden a explicarse:

El contrato de prestación de servicios y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Conforme lo consagrado en los artículos 122 y 125 de la Carta Política, existen tres formas por medio de las cuales se puede estar vinculado con una entidad pública. La primera de ellas se da a través de una relación legal y reglamentaria que corresponde a los denominados empleados públicos; la segunda por medio de un contrato laboral que cobija a los llamados trabajadores oficiales y; finalmente, los contratistas de prestación de servicios, vinculación que ha sido considerada como una relación de naturaleza contractual con el Estado.

Esta última forma de vinculación con el Estado se reguló a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y por la Ley 190 de 1995.

Al respecto, la Ley 80 de 1993 señaló en el artículo 32 lo siguiente:

«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.
[...]»

(Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, 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 su personal de planta.

Por su parte, como característica principal del contrato de prestación de servicios se encuentra la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, es decir, que éste debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, no pudiendo versar aquellos sobre el ejercicio de funciones permanentes.

En tal sentido, la vinculación por contrato de prestación de servicios es de naturaleza excepcional, pues no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

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

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

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

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

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

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

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;

c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

[...]

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

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

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

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

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

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

Elementos que naturalizan la relación laboral

En el anterior hilo argumentativo, para la jurisprudencia, 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) bajo subordinación continuada; y con una iii) remuneración.

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 Carta Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer una relación laboral encubierta 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.

Sobre el asunto sometido a discusión

En primer lugar, la Sala advierte que en el presente asunto el señor Luis Carlos Herrera Calderón pretende el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre él y el extinto DAS, desde el 16 de marzo de 2005 hasta el 8 de junio de 2011, sin solución de continuidad.

Por su parte, el Tribunal de primera instancia, encontró acreditado el vínculo laboral solicitado entre las fechas referidas por el demandante, pues consideró que el periodo durante el cual el señor Herrera Calderón prestó sus servicios a la entidad demandada no había tenido solución de continuidad, en tal sentido, para el a quo, no hay lugar a declarar la excepción de prescripción extintiva de los derechos prestacionales que se derivan de la presunta relación laboral.

De conformidad con lo que se desprende del recurso de alzada de la UNP, entidad que sustituyó procesalmente al DAS en el trámite que aquí se adelanta, no solo no hay lugar a la condena dictada por el juez de conocimiento, al no ser ésta la entidad llamada a responder por las obligaciones de carácter laboral que surgieran con ocasión de procesos judiciales, sino que, además, no se demostraron los elementos de la relación laboral necesarios para el reconocimiento deprecado por el libelista, y, de otro lado, es preciso que se revise la configuración del fenómeno prescriptivo de las prestaciones sociales a que hubiere lugar, en caso de acceder a las pretensiones de la demanda.

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.

Así las cosas, y de acuerdo a la documentación obrante en el expediente, se observa que el señor Luis Carlos Herrera Calderón estuvo vinculado con el DAS mediante contrato de prestación de servicios, de la siguiente forma:

N.º de contrato u orden	Período	Valor	Objeto	Folio
CPS 046/05	16/03/05 30/06/05	\$ 4.865.000	Prestar los servicios de protección; con sede 231 a 235, C1, principal en la ciudad de Barranquilla y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protector, dentro del componente de 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 del Ministerio del Interior y de Justicia.	Ibidem
CPS 084/05	01/07/05 30/08/05	\$ 2.780.000	Ibidem	218 a 222.C1.
CPS 156/05	31/08/05 28/02/06	\$9.975.873,33	Ibidem	223 a 230.C1.

CPS 049/06	01/03/06 30/11/06 a	\$13.122.990	Ibídem	53 y 64, 213 a 217, C1.
CPU 049/06 ADICIÓN		\$2.289.000	Ibídem	203 y 204, C1.
CPS 114/06	01/12/06 30/06/07 a	\$15.799.110	Ibídem	205 a 212, C1.
CPS 046/07	29/06/07 31/12/07 a	\$13.784.040	Ibídem	194 a 201, C1.
CPS 106/07	20/12/07 20/12/08 a	\$28.468.080	Ibídem	187 a 193, C1.
CPS 046/08	01/01/08 31/12/08 a	\$28.468.080	Ibídem	180 a 186, C1.
CPS 155/09	01/01/09 30/06/09	\$14.506.260	Ibídem	174 a 179, C1.
CPS 155/09 PRÓRROGA Y ADICIÓN	01/07/09 29/08/09 a	\$4.835.420	Ibídem	163 y 164, C1.
CPS 155/09 PRÓRROGA Y ADICIÓN	30/08/09 28/09/09 a	\$2.417.710	Ibídem	165 y 166, C1.
CPS 039/09	30/09/06 27/11/09 a	\$4.835.420	Ibídem	156 a 160, C1.
CPS 039/09 PRÓRROGA Y ADICIÓN	28/11/09 17/12/09 a	\$1.787.710	Ibídem	161 y 162, C1.
CPS 077/09	18/12/09 31/03/10 a	\$8.702.049	Ibídem	167 a 173, C1.
CPS 126/10	01/04/10 30/06/10 a	\$7.543.254	Ibídem	130 a 135, C1.
CPS 126/10 PRÓRROGA Y ADICIÓN	01/07/10 a 31/07/10	\$2.514.418	Ibídem	136 y 137, C1.
CPS 172/10	01/08/10 31/12/10 a	\$12.572.090	Ibídem	141 a 146, C1.
CPS 219/10	28/12/10 31/03/11 a	\$8.112.221,20	Ibídem	147 a 153, C1.
CPS 219/10 PRÓRROGA Y ADICIÓN	01/04/11 30/04/11 a	\$2.514.418	Ibídem	138 y 139, C1.
CPS 013/11	01/05/11 31/05/11 a	\$2.514.418	Ibídem	122 a 127, C1.
CPS 030/11	01/06/11 08/06/11 a	\$2.514.418	Ibídem	CD folio 464, C1.

La anterior relación probatoria permite colegir de manera fehaciente que, el señor Luis Carlos Herrera Calderón, prestó sus servicios como escolta directamente al DAS, durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2005 y el 8 de junio de 2011, sin solución de continuidad. Ello, por cuanto la periodicidad en la suscripción de los contratos de prestación de servicios no se vio interrumpida, ni siquiera por el tiempo necesario para la formalización del trámite contractual.

Con fundamento en lo anterior, y de conformidad con las condiciones en que fueron ejecutados los contratos referenciados, procede la Subsección a verificar si el demandante acreditó la prestación personal del servicio, remunerada y bajo continua subordinación y dependencia.

a) La prestación personal del servicio.

Definido lo anterior, y según se desprende de los objetos contractuales citados en precedencia, el demandante se desempeñó entre los años 2005 y 2011 como escolta al servicio del extinto DAS, 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, es decir, por personal que hubiese acreditado las condiciones profesionales requeridas para la labor. En tal sentido, y dados los requisitos de ejecución de los contratos de prestación de servicios, se observa que se trata de actividades que no podían ser delegadas o encomendadas a un tercero por parte de quien las ejecutaba.

b) Remuneración por el servicio prestado.

Frente al elemento de la remuneración, encuentra la Sala que al señor Luis Carlos Herrera Calderón se le cancelaban periódicamente 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, según la cual, el monto del contrato correspondía a honorarios y gastos de viaje o viáticos; y ii) a la forma de pago en la cual se estipulaban los montos mensuales que recibirla el demandante por sus servicios.

El pago periódico efectuado por concepto de honorarios al demandante, encuentra sustento adicional en que de conformidad con la documentación contenida en medio magnético, cada mes se expedían certificaciones de cumplimiento del objeto contractual, en donde se dejaba constancia, además del pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, de los gastos de viaje causados por el contratista durante el mes correspondiente.

c) Subordinación y dependencia continuada

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

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

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

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

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

Bajo tal entendimiento, se tiene que la entidad demandada sustentó su recurso de apelación sobre la base de que, entre otros aspectos, el elemento de subordinación del contrato realidad declarado por el tribunal de conocimiento, no fue adecuadamente acreditado por el demandante, pues el cumplimiento directo de las obligaciones pactadas en los contratos, así como el acatamiento de horarios no implicaban necesariamente la constatación de dicho elemento.

En punto a la subordinación y dependencia continuada, la Sala advierte que, el señor Luis Carlos Herrera Calderón ejerció funciones como escolta al servicio del DAS, en el marco de las siguientes obligaciones:

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

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

Presentar para su revisión en la dependencia de Control de Armamento, Radios y Vehículos del DAS, o en la que haga sus veces, los elementos logísticos de dotación, dentro de los últimos cinco (5) días de cada mes.

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.

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.

No ingerir bebidas embriagantes, sustancias alucinógenas o psicotrópicas.

Respetar las normas de tránsito y de convivencia ciudadana, y colaborar con las autoridades civiles, militares y de policía.

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.

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.

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.

Informar al Supervisor del contrato las novedades de servicio relacionadas con permisos, incapacidades u otras circunstancias que suspendan o interrumpan la ejecución del contrato, caso en el cual se efectuaran los descuentos correspondientes al valor diario por el tiempo en 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.

Observar las medidas de seguridad preventivas para el manejo de armas de fuego, evitando poner en riesgo la vida e integridad física de los ciudadanos.

Presentar en forma oportuna la documentación mensual al Supervisor del contrato, la cual se requerirá para expedir a certificación de cumplimiento para pago por la prestación de servicios prestados y gastos de viaje estipulados en la cláusula tercera del presente contrato.

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[...].

Para esta Subsección resulta claro que, contrario a lo aducido por el DAS, las pruebas allegadas en el curso del proceso permiten dilucidar que, si bien las funciones desempeñadas por el señor Herrera Calderón, se encontraban enmarcadas dentro del alcance de los objetos de los contratos de prestación de servicio que suscribió con dicha entidad, debió cumplir y acatar instrucciones y directrices emitidas por el supervisor u otras autoridades o rangos no especificados en la relación obligacional, pero que denotan estar supeditado a los lineamientos emitidos a instancias de la entidad.

La alusión que se hace al cumplimiento de las actividades contractuales en el lugar definido por el DAS o por la persona respecto de la cual se debían efectuar las labores de protección, reviste necesariamente la adecuación del servicio a las determinaciones de terceros que, destinatarios del mismo, ejercían tales disposiciones a voluntad, sin que en ella interviniere la del escolta asignado.

Resulta importante resaltar el requerimiento de autorización para el desempeño de las actividades encomendadas, en tanto ello refiere la falta de liberalidad en la ejecución contractual, que resulta propia de los contratos de prestación de servicio. No se desconoce que este tipo de contratos deban ceñirse a parámetros de cumplimiento en la ejecución de actividades, sin embargo, que el servicio y su prestación efectiva deban obtener autorización previa, implica una restricción a la puesta en marcha del objeto contratado que debe verificarse cada vez que se asuma una labor de protección diferente.

Circunstancia adicional la presenta el hecho de que sea la entidad cuestionada, quien suministre los elementos logísticos de dotación, específicamente armamento, vehículos y medios de comunicación, que debían ser rigurosamente salvaguardados por el escolta designado y con observancia de los protocolos definidos por el DAS para el uso, devolución y almacenamiento de los mismos. Sobre este aspecto se resalta, la imperiosa necesidad de acatar instrucciones no solo relacionadas con la manipulación de tales elementos, sino para su implementación.

Se observa que sobre este asunto, la Jefe del Área de Protección y el Subdirector Seccional, solicitaron al señor Luis Carlos Herrera Calderón explicaciones sobre las razones de no haberse sujetado a las directrices relacionadas con la entrega del arma de dotación en fechas específicas, pues al verificar el Libro Minuta no se encontró registrada la anotación correspondiente. Solicitud que se evidencia, fue oportunamente respondida por el demandante, exponiendo para los efectos, los motivos de dicha situación.

De folios 47 a 50 obran Acta de Entrega de Arma de Dotación Oficial al señor Herrera Calderón; Acta de Compromiso para Porte de Armamento, suscrito por el demandante; solicitud efectuada por el responsable del Área de Protección y el Coordinador Operativo al Director Seccional del DAS, Atlántico, de asignación de armamento de dotación al señor Luis Carlos Herrera Calderón «[...] a fin de dar cumplimiento al objeto de la contratación de prestación de servicios del Programa del Ministerio del Interior y de Justicia [...]»; y Planilla de Control de Mantenimiento y Limpieza de Armas para el año 2008.

Tales documentos, comprenden la inescindible relación de control que existía entre la entidad demandada y los elementos de dotación que suministraba al demandante, por cuanto no de otro modo, le hubiese sido permitido a éste el ejercicio de la labor encomendada, así como la disposición de dichos elementos y el uso privativo de los mismos en las actividades asignadas.

Por su parte, a folios 51 y 52 se observan actas de entrega relacionadas con la provisión de otros dispositivos de uso exclusivo en el cumplimiento del objeto contratado, como lo son chips Avantel e implementos de radiofrecuencia y telecomunicaciones Avantel marca Motorola.

Sobre el uso exclusivo de los referidos implementos, encuentra la Sala reiterados memorandos encaminados a recordarles a los contratistas en ejercicio de funciones de escolta, que debían cumplir de manera estricta las obligaciones y responsabilidades contractuales, haciendo especial énfasis en las directrices relacionadas con los vehículos asignados a los esquemas protectivos, las dotaciones y el seguimiento ajustado a las actividades enmarcadas en el contrato suscrito con la entidad.

En documento visible a folios 83 y 84, se observan «Disposiciones de carácter permanente» dirigidas a «Agentes Escoltas y Escoltas Contratistas del Programa de Protección», al cabo del cual se anota que «[...] el incumplimiento de dichas disposiciones según el caso, acarreará Investigación Disciplinaria a los funcionarios y los Escoltas Contratistas la aplicación de lo establecido en las cláusulas contractuales». Dicho documento deja entrever que en la planta de personal de la entidad, existían personas en ejercicio de función pública, ejecutando actividades desarrolladas por los escoltas vinculados a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios.

Lo anterior permite aseverar que el argumento expuesto por la demandada en su escrito de apelación, relacionado con que los contratos se celebraron en los eventos en los cuales la función del DAS no pudo ser asumida por personas vinculadas con la entidad, carece de sustento, pues resulta evidente que la parte cuestionada sí contaba con «Agentes escoltas» para el cumplimiento de las funciones propias de los programas especiales de protección, en su planta de personal.

Así mismo, a folio 102 del expediente, consta escrito por medio del cual la Coordinadora Administrativa hace entrega al señor Herrera Calderón de las estampillas pro-desarrollo y ciudadela, originales, en los que además se inscribe el compromiso del demandante en hacer entrega de la copia auténtica de los mismos en determinada fecha, pues de lo contrario «[...] El incumplimiento del presente compromiso será considerado como causal de mala conducta».

En lo que toca a las circunstancias en que el demandante era autónomo para ausentarse de las instalaciones o lugar de ejecución del objeto contractual, se tiene que como parte de sus obligaciones está, la de informar las novedades de servicio relacionadas con desplazamientos a otros municipios, permisos, incapacidades u otras circunstancias que suspendieran o interrumpieran el ejercicio de las actividades, al cabo de lo cual, se efectuarían los correspondientes descuentos por la no prestación del servicio, demostrando en primer término la necesaria aquiescencia de la administración en asuntos como los mencionados, y de otro lado, la afectación en la contraprestación recibida por el demandante.

Lo hasta aquí discurrido permite concluir que, en el caso concreto, la ejecución de las actividades contratadas no podía ser ejercida en forma independiente y autónoma, en tanto que el señor Luis Carlos Herrera Calderón, debía, con su conocimiento profesional y experiencia en el área, apoyar al DAS en el cumplimiento de su propia función pública.

En consecuencia, estima esta Corporación que, por la naturaleza de las actividades desarrolladas por el señor Herrera Calderón, como escolta, debía recibir órdenes e instrucciones por parte de la entidad contratante en tanto que estaba sometido a disponibilidad horaria, no solo la definida por la institución sino por la persona objeto del servicio, o protegido; al cumplimiento de determinados horarios, específicamente para la ejecución del objeto contractual que necesariamente implicaban la disposición de vehículos oficiales para la efectiva satisfacción del referido objeto contractual; hacer uso de los elementos de dotación otorgados únicamente por la contratante; e identificarse como funcionario de la entidad ante las demás autoridades públicas para lo cual se le suministraba carné de la demandada.

Finalmente, sobre el tema del servicio de escoltas, esta Subsección ha sostenido en reiteradas oportunidades 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. Así se ha concluido 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.

En conclusión: al haberse demostrado en el proceso la existencia de los elementos que configuran la relación laboral, debe declararse la existencia de una relación laboral encubierta entre el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS y el señor Luis Carlos Herrera Calderón, por el periodo arriba referenciado.

Tercer problema jurídico.

¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de todos o algunos de los períodos contractuales y la reclamación administrativa?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: los interesados en la declaratoria de existencia de un contrato realidad 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 y 102 del Decreto 1848 de 1969 (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:

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

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

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

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

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

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

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

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial citada, en su aparte aquí transrito, se tiene 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.

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.

Sobre el particular, la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 indicó:

«[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en

cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]. (Subrayado de la Subsección)

Ahora, si bien es cierto que esta Sala ha sostenido en varias ocasiones, particularmente en el año 2018, que cuando existen múltiples contratos u órdenes de prestación de servicios, y entre uno y otro se presentan interrupciones de al menos un día, debe considerarse suficiente para determinar la interrupción del vínculo contractual, de manera que a partir de la finalización de cada uno de estos períodos debe iniciar la contabilización del término de prescripción, lo anterior fue revaluado ante la disparidad de criterios sobre el momento a partir del cual ha de contarse el fenómeno extintivo del derecho.

En tal sentido, y de conformidad con la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, esta Sección ha adoptado un nuevo enfoque que considera menos lesivo para efectos de contabilizar dicho lapso, en tanto que se ha dispuesto fijar un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

Lo anterior permite aclarar que, en caso de múltiples vinculaciones contractuales en los que se presenten interrupciones, debe entenderse que, para efectos de determinar la fecha a partir de la cual empieza a correr el término prescriptivo, no habrá solución de continuidad cuando entre contrato y contrato no transcurran más de 30 días hábiles (sin perjuicio de que el juez contencioso pueda determinar un término superior en un caso específico).

En otras palabras, si entre uno y otro vínculo contractual no transcurren más de 30 días hábiles de interrupción, el juez contencioso deberá determinar que no existió solución de continuidad, de modo que no podrá tener como extremo para contabilizar la prescripción la finalización del primer vínculo, en tanto, se reitera, a la luz de la jurisprudencia se debe entender que no hubo una ruptura del vínculo laboral y, por consiguiente, se debe contabilizar como una única relación.

Ahora bien, para la Sala resulta pertinente exponer que, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. Razonamiento del cual debe concluirse que del hecho de que no hubo solución de continuidad solo lleva aparejado la no configuración de la prescripción extintiva frente a la reclamación de reconocimiento de la relación laboral encubierta, y no puede interpretarse como una obligación de la entidad pública de liquidar las prestaciones a las cuales resulte condenada, sobre los tiempos en los que se interrumpió la relación contractual.

Conforme a lo anotado, la Sala observa que en el presente caso no existió una interrupción contractual superior a 30 días, entre los contratos suscritos, a saber:

Del 16/03/05 al 30/06/05
Del 01/07/05 al 30/08/05
Del 31/08/05 al 28/02/06
Del 01/03/06 al 30/11/06
Del 01/12/06 al 30/06/07
Del 29/06/07 al 31/12/07
Del 20/12/07 al 20/12/08
Del 01/01/08 al 31/12/08
Del 01/01/09 al 30/06/09
Del 01/07/09 al 29/08/09
Del 30/08/09 al 28/09/09
Del 30/09/09 al 27/11/09
Del 28/11/09 al 17/12/09
Del 18/12/09 al 31/03/10
Del 01/04/10 al 30/06/10

Del 01/07/10 al 31/07/10
Del 01/08/10 al 31/12/10
Del 28/12/10 al 31/03/11
Del 01/04/11 al 30/04/11
Del 01/05/11 al 31/05/11
Del 01/06/11 al 08/06/11

Como se ha indicado previamente, y vale la pena reiterar, la demanda persigue, entre otros aspectos, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales por el periodo en que el señor Luis Carlos Herrera Calderón estuvo vinculado, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios con el DAS, comprendido entre el 16 de marzo de 2005 y el 8 de junio de 2011.

Por su parte, el recurso de apelación incluyó dentro de sus peticiones la de revisar la procedencia del fenómeno de prescripción extintiva del derecho, en caso de no serle favorables las consideraciones del presente pronunciamiento.

Al respecto, y para precisos efectos de esta decisión, se tiene que la última fecha en la que el demandante estuvo vinculado contractualmente con la entidad demandada corresponde al 8 de junio de 2011.

De otro lado, se encuentra probado que la solicitud administrativa que perseguía el reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue radicada ante el DAS el 7 de febrero de 2014 y que el escrito petitorio fue presentado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el 8 de julio de 2014.

En tal sentido, por tratarse de una vinculación ininterrumpida al servicio público, el término para que opere la prescripción extintiva debe contarse a partir de la finalización del periodo laborado, lo que quiere decir que, el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados de la vinculación laboral (que como se indicó, corresponde a un único lapso comprendido entre el 16 de marzo de 2005 y el 8 de junio de 2011), corrió hasta el 8 de junio de 2014; luego, no se evidencia la prescripción de las prestaciones causadas, por virtud de la relación laboral comprobada.

En conclusión y de conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que en el presente asunto no se encuentra configurado el fenómeno prescriptivo aludido por el UNP como entidad sucesora del extinto DAS, en su recurso de apelación.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden se impone confirmar la sentencia impugnada toda vez que no prosperan los argumentos de la apelación.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencias del 7 de abril de 2016 sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» —CCA- a uno «*objetivo valorativo*» —CPACA-.

b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso hay lugar a la condena en costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada, por cuanto no solo presentó argumentos de defensa que no estaban llamados a prosperar, sino que motivó la actuación de la parte demandante en etapa de alegatos de conclusión.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 28 de julio de 2017 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Luis Carlos Herrera Calderón contra el extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, entidad sucedida procesalmente por el Departamento Nacional de protección, DNP.

Segundo: Condenar en costas a la parte demandada por lo brevemente expuesto.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma del Consejo de Estado denominada «SAMAI».

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

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. En adelante UNP.

2. Folios 1 a 3, C1.

3 En adelante DAS

4 Folio 3, C1.

5. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).

6. Folios 447 a 449, C1.

7. Folio 449 y 450, C1.

8. Folios 538 a 560, C1.

9. Folios 570 a 574 Vto., C1.

10. Folios 604 a 612, C1.

11. Folios 616 a 624, C1.

12. Folios 645 a 651, C1.

13. 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.

14. «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.»

15 Folios 379 a 381, C1.

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

17. Ver sentencia C-614 de 2009.

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

19. C-614 de 2009.

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

Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.»

21. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

22. Tal y como se desprende de la certificación suscrita por el Coordinador Administrativo Financiero y del Talento Humano Seccional DAS Atlántico, de fecha 1 de noviembre de 2011 (fl. 72, C1.).

23. Conforme al Acta de Inicio suscrita el 1 de agosto de 2010 (fl. 119, C1.).

24. Folio 464, C1.

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

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

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]» (Subraya la Sala).

26. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

27. Folio 45, C1.

28. Folio 44, C1.

29. Folios 55 a 57, 58, 65, 66 y 67, y 68 a 70 C1.

30. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Radicación 760001233300020120026001
(0621-16).

31. «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.»

32 «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.»

33 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).

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicado: 05001-23- 33-000-2013-01143-01 (1317-2016). Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

35. Folios 37 a 39, C1.

36. Folio 279, C1.

37. 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.

38. «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: [...]»

Fecha y hora de creación: 2026-01-18 09:05:23