



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 6 de septiembre de 2018

Radicación: 250002342000201201137-01
Número interno: 0078-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Rubén Darío Cristancho Castillo
Demandado: Unidad Nacional de Protección (UNP)

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-154-2018

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 15 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

El señor Rubén Darío Cristancho Castillo, 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).

Pretensiones²

1. Declarar la nulidad del Oficio OJUR 1-2012-100353-3, del 8 de mayo de 2012, por medio del cual se negaron los derechos y acreencias laborales solicitadas por el señor Rubén Darío Cristancho Castillo.

¹ Folios 157 a 197 del expediente.

² Folios 157 a 159.

2. Declarar que entre el señor Rubén Darío Cristancho Castillo y el Departamento Administrativo de Seguridad, existió un contrato realidad desde la fecha de suscripción del primero de los contratos y hasta la fecha de ejecución del último de estos.
3. Declarar que, como salario y base de la liquidación de las pretensiones, se debe tener en cuenta el valor pactado en cada uno de los contratos y órdenes de prestación de servicios suscritos entre las partes.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

4. Condenar al DAS a reconocer y pagar las acreencias laborales a que tiene derecho el señor Rubén Darío Cristancho Castillo, tales como: vacaciones, dotaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a salud y pensión, caja de compensación, riesgos profesionales, prima de orden público, prima de riesgo, prima de instalación, prima de clima, prima de navidad, horas extras y trabajo suplementario, reembolso de dineros cancelados por el demandante por concepto de pólizas de cumplimiento, más la indemnización a que hubiere lugar y las prestaciones legales por régimen especial que sean aplicables al DAS, al reembolso de los dineros cancelados por concepto de pensión y salud y que estaban a cargo del empleador.
5. Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las acreencias laborales y prestacionales a que tiene derecho el demandante por haber laborado al servicio de este, desde la fecha de suscripción del primer contrato hasta la ejecución del último de estos.
6. Condenar al Departamento Administrativo de Seguridad al pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías.
7. Condenar al DAS al pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales.
8. Condenar a parte demandada al pago de las costas del proceso.

9. Condenarlo igualmente a pagar las sumas anteriores, de conformidad y en cumplimiento de los términos previstos en los artículos «176, 177 y 178 del CCA»

Fundamentos fácticos relevantes³

1. El señor Rubén Darío Cristancho Castillo prestó sus servicios de protección a personas dentro del «programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos»⁴ al DAS, entre el 24 de diciembre de 2004 y el 13 de abril de 2009.
2. Sostuvo que los esquemas a los que fue asignado el demandante eran mixtos, es decir, estaban conformados por funcionarios de la planta del Departamento Administrativo de Seguridad y por escoltas contratistas.
3. Añadió que el señor Cristancho Castillo realizaba las mismas funciones, cumplía idéntico horario y procedimientos, recibía órdenes de los mismos superiores, se le practicaba verificación de los elementos de trabajo y formaba conjuntamente con los agentes - detectives y escoltas del DAS.
4. Además, indicó que el demandante debía obedecer las órdenes impartidas por el DAS, por lo que se trató de un trabajador subordinado a la entidad, la cual, a su vez, se comportó como una verdadera empleadora.
5. Afirmó que, cuando el señor Cristancho Castillo no tenía que prestar el servicio de protección, el DAS le imponía su presentación y disponibilidad en sus instalaciones en un horario de 7:30 a.m., a 5:30 p.m. De igual forma, que en dichas situaciones debía realizar labores ajenas al objeto contractual, tales como funciones de inteligencia, guardia, apoyo a la seguridad de las instalaciones o labores administrativas.
6. También manifestó que la demandada le ordenaba hacer inteligencia a las personas que protegía, y en ese sentido, tenía que informar todos los

³ Folios 159 a 173

⁴ Folio 167

movimientos que este realizaba, los sitios que visitaba y las personas con las que hablaba, entre otras.

7. Asimismo, señaló que le fue otorgado un carné para su identificación; y que por sus servicios percibía un salario a modo de honorarios, entre los que se incluía el pago de viáticos, sin que le fueran reconocidos los recargos nocturnos, ni las horas extras o dominicales a que tenía derecho.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁵

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.⁶

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.⁷

⁵ En folios 386 a 389 y CD a folio 385.

⁶ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁷ Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

A folios 386 y 387 y CD a folio 385 del expediente, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] corresponde en este momento resolver las excepciones previas. Respecto de las denominadas buena fe, inexistencia de la obligación, pago, falta de interés para obrar, enriquecimiento ilícito e injustificado del actor y la genérica, no constituyen excepciones previas sino argumentos de la defensa por lo que serán tenidas en cuenta al momento del fallo. En cuanto a la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, que se encuentra soportada en que el DAS en supresión no es el directamente responsable por las reclamaciones del demandante, habida cuenta que el manejo del programa de protección a amenazados no era de la órbita misional de aquélla, pues ésta únicamente lo administraba. Sobre el particular debe indicarse que no le asiste razón a la parte demandada al proponer dicha excepción, toda vez que los contratos fueron suscritos por el Departamento Administrativo, quien además daba las órdenes a los contratistas y cuenta con capacidad y representación para comparecer en juicio como parte demandada; en consecuencia, se niega esta excepción. En relación con la caducidad de la acción, esta también será negada por cuanto el acto administrativo no fue notificado de manera personal por lo que como ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado y este Tribunal, se entiende que hay notificación por conducta concluyente con la presentación de la demanda o con la solicitud de conciliación extrajudicial como ocurre en este caso. [...]»

La decisión fue notificada en estrados. No se presentaron recursos.

Fijación del litigio art. 180-7 CPACA

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁸

En el *sub lite*, a folio 387 a 388 y CD que obra a folio 385 del expediente, se fijó el litigio, así:

«[...] se procedió a fijar el litigio teniendo en cuenta lo expuesto en la demanda y su contestación, en este asunto la Sala habrá de resolver, si tiene derecho la parte actora al reconocimiento de la existencia de una relación laboral sobre una contractual que existiera entre el demandante y el DAS; así como al pago de unos haberes y acreencias laborales y legales. [...]»

⁸ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

Las partes estuvieron conformes con la fijación del litigio del tribunal.

SENTENCIA APELADA⁹

Mediante sentencia escrita del 15 de mayo de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual, en su parte resolutive, decidió lo siguiente:

«[...] **PRIMERO. DECLÁRESE** la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio OJUR 1 2012 100353 3 de 8 de mayo de 2012, proferido por el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS en proceso de Supresión, que denegó la existencia de una relación laboral, el pago de unos haberes y unas acreencias laborales y legales.

SEGUNDO. ORDÉNASE al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS en proceso de Supresión, reconozca y pague a favor de señor RUBÉN DARÍO CRISTANCHO CASTILLO, a título indemnizatorio, el valor que le hubiera correspondido como prestaciones sociales, tomando como base el monto de los honorarios devengados por el citado, para el período en el que se demostró la existencia de la relación laboral, comprendido entre el 30 de diciembre de 2004 y el 30 de junio de 2009.

TERCERO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda. [...]»

El Tribunal concluyó, de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, que el demandante prestó sus servicios al DAS entre el 30 de diciembre de 2004 y hasta el 30 de junio de 2009, de manera ininterrumpida, situación que contraría la naturaleza de la vinculación contractual.

Sostuvo que la entidad demandada reconoció la existencia de los contratos y el pago que por ellos se generó por la prestación del servicio del demandante como escolta, al punto que admitió que este prestó en forma personal el servicio, que por dicha labor percibió los honorarios convenidos con el DAS, que la entidad le suministró al señor Cristancho Castillo los elementos de dotación necesarios para el desempeño de sus funciones, así como un carné.

⁹ Folios 413 a 427.

Luego de hacer referencia al artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y a la jurisprudencia de esta Corporación, consideró que la entidad demandada tenía una concepción equivocada sobre la excepcionalidad o especialidad del contrato de prestación de servicios, y agregó que, la actividad del demandante estaba relacionada directamente con la misión desarrollada por el Departamento Administrativo de Seguridad.

Igualmente señaló que los testimonios de Yeison Eduard Mahecha y José Antonio García León, quienes también se desempeñaron como escoltas del DAS, pusieron de presente que tenían un jefe inmediato, debían cumplir un horario así como estar disponibles para el servicio; se les suministraban elementos de la entidad como chalecos, pistola, teléfono y vehículo para cumplir las funciones protectivas, tenían que rendir informes mensuales y que, además, debían proveer, eventualmente, tareas diferentes a la protección de personas.

De acuerdo con lo anterior, concluyó que el material probatorio obrante en el proceso permite demostrar la existencia de la relación laboral encubierta a través de sucesivos contratos de prestación de servicios.

RECURSO DE APELACIÓN¹⁰

El Departamento Administrativo de Seguridad solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes motivos de inconformidad:

En primer lugar, sostuvo que los esquemas de protección en los cuales participaba el demandante fueron reglamentados en el Decreto 372 de 1996, norma según la cual, indicó, se desprende que la labor de protección prestada en el caso concreto, no correspondía al DAS, sino que era exclusiva del Ministerio del Interior, pero que eran prestadas con apoyo y coordinación de la demandada.

En segundo término, indicó que la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, destacó que la administración puede recurrir a los contratos de prestación de servicios en aquellos casos en que las funciones no puedan

¹⁰ Folios 428 a 434.

ser realizadas por personas vinculadas a la entidad o cuando se requiera personal con conocimientos especializados, y que, en todo caso, las actividades deben ser temporales. Luego, señaló que el contrato de prestación de servicios se desvirtúa cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto al empleador.

En ese sentido, como tercer punto, consideró que en el caso concreto se habían configurado dos de los tres elementos de la relación laboral a saber, la prestación personal del servicio y la remuneración; no obstante, afirmó que no se acreditó la existencia de una relación de subordinación y dependencia, pues, si bien en el expediente obran pruebas de las instrucciones que se daba al demandante, estas responden a una relación de coordinación entre contratante y contratista toda vez que, para cumplir el objeto contractual se requería la supervisión constante e instrucciones básicas para la ejecución.

Finalmente, reiteró que el Ministerio del Interior y Justicia realizaba los traslados presupuestales para que el DAS, quien actuaba como administrador del programa, contratara el personal que faltaba para ejecutar adecuada e idóneamente el objeto de este, el cual desbordaba la capacidad de la planta de la entidad. Asimismo, agregó las misiones encomendadas no pueden ser consideradas como subordinación en tanto que, estas no fueron continuas pues una misión podía durar «una semana, dos semanas, tres días o el término necesario para cumplirla» y que estos únicamente eran lineamientos en los que se indicaban las políticas a seguir para mejorar el servicio y eran adecuadas de acuerdo a la necesidad presentada por el protegido.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante¹¹: hizo referencia a la sucesión procesal del DAS, entidad que fuera suprimida, por ende indicó que conforme con el Decreto 1303 del 11 de julio de 2014, el sucesor de esta era la Unidad Nacional de Protección (UNP).

¹¹ Folios 518 a 521 vto. del expediente.

De otra parte, sostuvo que los argumentos contenidos en la apelación carecen del respaldo probatorio y jurídico suficiente para desvirtuar la existencia de la relación laboral entre el señor Cristancho Castillo y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en tanto que, para el demandante, se encuentra suficientemente acreditado el elemento de la subordinación.

Parte demandada¹²: ratificó los razonamientos expuestos en el recurso de apelación, al considerar que no se estructuró una relación laboral, por no cumplirse con la subordinación y dependencia continuada.

Para el efecto, solicitó que se tenga en cuenta que la entidad carece de legitimación material en la causa por pasiva, porque sus funciones legales únicamente contemplan la protección al Presidente de la República y su familia, al Vicepresidente y su familia, a los ministros y a los expresidentes; además, indicó que la UNP solo fue una de las asignatarias del extinto DAS y que las actividades de protección a población diferente a las anotadas, fueron asignadas por el Decreto Ley 4912 de 2011 y no por la asignación proveniente a la supresión del DAS.

Señaló que el Decreto Ley 4057 de 2011 asignó a la UNP la función de protección que correspondía al DAS, pero no la de sanear los pasivos u obligaciones a cargo de esta. En ese sentido agregó que para responder por dichas obligaciones laborales y contractuales se debió constituir un patrimonio autónomo, pero que, al no haberse hecho, correspondía al juez pronunciarse sobre lo regulado en el parágrafo del artículo 25 del Decreto Ley 254 de 2000, según el cual las obligaciones de las entidades liquidadas deben ser entregadas al ministerio o departamento administrativo al cual se encontraban adscritas o vinculadas.

Concepto del Ministerio Público: La Procuraduría delegada ante esta Corporación guardó silencio en esta etapa procesal según consta a folio 528.

CONSIDERACIONES

¹² Folios 522 a 527.

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, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁴, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Cuestión previa

El Consejero de Estado doctor Rafael Francisco Suárez Vargas manifestó su impedimento para conocer del presente proceso¹⁵, por cuanto en su calidad de procurador delegado ante el Tribunal de Cundinamarca, actuó en el asunto de la referencia.

La Subsección encuentra fundadas las razones aducidas por el citado funcionario para separarse del conocimiento del presente asunto y configurada la causal prevista en el ordinal 2.º del artículo 141 del Código General del Proceso¹⁶.

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 Folio 529 cuaderno 1.

¹⁶ Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1.º del mismo artículo.

En consecuencia, se separará del conocimiento de la controversia de la referencia al Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas.

Problemas jurídicos

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

1. ¿El señor Rubén Darío Cristancho Castillo, demostró que en su caso se configuró el elemento de la subordinación y dependencia continuada, propio 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:

2. ¿Cuál es la entidad que debe responder por las condenas en favor del señor Rubén Darío Cristancho Castillo ante la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)?
3. ¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Cristancho Castillo y, en caso afirmativo, cómo debe restablecerse el derecho del demandante frente a las cotizaciones adeudadas a pensión?

Primer problema jurídico

¿El señor Rubén Darío Cristancho Castillo, demostró que en su caso se configuró el elemento de la subordinación y dependencia continuada, propio 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 Cristancho Castillo se demostró la configuración del elemento de la subordinación y dependencia continuada, razón por la cual, en virtud del

principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe confirmarse la decisión del *a quo* en cuanto declaró la existencia de la relación laboral, con base en los argumentos que proceden a explicarse.

Contrato de prestación de servicios vs. contrato realidad

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: **i)** la vinculación legal y reglamentaria¹⁷; **ii)** la laboral contractual¹⁸; y **iii)** la contractual o de prestación de servicios¹⁹.

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁰. 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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ «**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. [...]

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 contractual²¹, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes²².

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 figura²³ 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 estatal²⁴.

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha suscrito convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo. Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", ratificó el "Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

²¹ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

²² Ver sentencia C-614 de 2009.

²³ 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).

²⁴ C-614 de 2009.

«[...] 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 Sala)

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 Salvador²⁵ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para materializar los derechos que en el Protocolo se reconocen, entre ellos, al trabajo.

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

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

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

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

Naturalización de la relación laboral

²⁵ «**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.»

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.²⁶

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 encontrara plenamente demostrado el elemento de la subordinación y dependencia continuada.

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, como en esta instancia no se discute la configuración de los elementos de prestación personal del servicio o la remuneración, así como tampoco se cuestionaron los extremos temporales en los que se declaró la existencia del contrato realidad por el *a quo*, la Corporación únicamente debe

²⁶ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

analizar si la parte demandante acreditó fehacientemente que el señor Cristancho Castillo estuvo bajo continuada subordinación y dependencia por parte del DAS, objeto del recurso de apelación.

Subordinación o dependencia continuada

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 Rubén Darío Cristancho Castillo y el DAS, se pactaron, entre otras, las siguientes funciones u obligaciones a cargo del contratista²⁷:

i) cumplir con las actividades de protección en el lugar que le sea asignado por el DAS a través del supervisor, o por su protegido;
ii) realizar las actividades de índole protectivo previa autorización para cumplir con la actividad encomendada, o destinación del funcionario competente del Departamento Administrativo de Seguridad;
iii) presentar para su revisión en la dependencia de Control de Armamento, Radio y Vehículos del DAS, o en la que haga sus veces, los elementos logísticos de dotación, dentro de los últimos cinco (5) días de cada mes;
iv) 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;
v) observar excelente conducta social, laboral y buenas relaciones interpersonales con los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, con sus compañeros y con la persona protegida;
vi) no ingerir bebidas embriagantes, sustancias alucinógenas o psicotrópicas; vii) respetar las normas de tránsito y de convivencia ciudadana, y colaborar con las autoridades civiles, militares y de policía;
viii) informar oportunamente a la Oficina de Protección Especial del DAS, los desplazamientos que por la naturaleza del contrato deba hacer a otras ciudades y las novedades que se presenten en el servicio;
ix) mantener en buen estado los elementos logísticos entregados por el DAS y velar por su buen uso y cuidado, los cuales deberán destinarse en forma exclusiva para el servicio objeto del presente contrato;
x) Observar en forma permanente las instrucciones impartidas en lo relacionado

²⁷ De acuerdo con los contratos de prestación de servicios 529/06, 235/07, 239/07, 468/07 y 074/08, visibles en folios 29 a 61 del expediente.

con el uso de armas, técnicas protectivas y las demás que se relacionen con las actividades propias del objeto del presente contrato;
xi) informar al Supervisor del contrato las novedades del servicio relacionadas con permisos, incapacidades u otras circunstancias que suspendan o interrumpan la ejecución del contrato, caso en el cual se efectuarán los descuentos correspondientes al valor diario por el tiempo que no se preste el servicio. Estos descuentos podrán hacerse efectivos durante el tiempo de ejecución del contrato o en la liquidación del mismo, previa certificación del supervisor;
xii) observar las medidas de seguridad preventivas para el manejo de las armas de fuego, evitando poner en riesgo la vida e integridad física de los ciudadanos;
xiii) presentar en forma oportuna la documentación mensual al Supervisor del contrato, la cual se requerirá para expedir la certificación de cumplimiento para pago por la prestación de servicios prestados y gastos de viaje estipulados en la cláusula tercera del presente contrato;
xiv) efectuar el pago de los aportes a los sistemas de seguridad social, en salud y pensión; obligación que deberá cumplir y acreditar mensualmente ante el supervisor del contrato;
xv) en caso de que el contratista sea considerado como no confiable o, en su defecto, no supere algunos de los estudios de confiabilidad del DAS, la entidad dará por terminado el contrato en el estado que se encuentre.

De las anteriores obligaciones contractuales, debe tenerse en cuenta que las labores ejercidas por el señor Rubén Darío Cristancho Castillo 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 eran realizadas en virtud de la cooperación que debe existir entre contratante y contratista, pues están ligadas estrechamente a la ejecución efectiva de la labor contratada.

En ese sentido, se deduce que el demandante estaba en la obligación de prestar el servicio en el lugar que le fuera asignado por la entidad contratante, con los elementos necesarios para su ejecución, tales como el arma de dotación y el chaleco antibalas, que eran asignados por el DAS al señor Cristancho Castillo. 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.

Aunado a lo expuesto, del material probatorio allegado al expediente obran copias de diferentes órdenes de trabajo en las cuales se impartían instrucciones a los escoltas contratistas, entre ellos el señor Rubén Darío Cristancho Castillo, se relacionan seguidamente²⁸:

Misión 0173 , cuyo objetivo era prestar el servicio de protección a persona protegida en los municipios de Montería y San Andrés en Córdoba, Sincelejo y El Palmito en Sucre, Valledupar y Riohacha;
Misión 0253 para ser ejecutada en el municipio de Medellín;
Misión 0460 del 25 de febrero de 2005, para llevarse a cabo también en Medellín y en Apartado;
Misión 0611 del 17 de marzo de 2005, en el municipio de Villeta; la 2099 del 19 de octubre de 2005, en Natagaima, Tolima;
Misión 0383 del 7 de febrero de 2006, nuevamente en la ciudad de Medellín;
Misión 0625 para ejecutarse en las ciudades de Cali y Medellín;
Orden de trabajo APE 00755 del 10 de abril de 2007, para prestar seguridad a un miembro de la CUT en Barranquilla;
Orden de trabajo APE 2393 del 8 de noviembre de 2007 en la ciudad de Bucaramanga;
Orden de trabajo APE 2235 del 2 de septiembre de 2008, en Medellín;
Orden de trabajo APE 2669 del 14 de octubre de 2008 en Santa Marta;
Orden de trabajo APE 2753 del 21 de octubre de 2008, la cual debía ser realizada en el municipio de Pacho, Cundinamarca;
Orden de trabajo APE 3174 del 5 de diciembre de 2008 en Cartagena;
Orden de trabajo APE 0781 del 31 de marzo de 2009, nuevamente en el municipio de Pacho, Cundinamarca.

²⁸ Ver folios 90 a 104 del expediente.

En dichas misiones y órdenes de trabajo, como eran denominadas, la Corporación advierte de estas que a los respectivos escoltas se les identificaba con un número de carné, que en el caso del señor Cristancho Castillo varió en diferentes oportunidades, siendo identificado primero con el número 339²⁹, luego con el 116³⁰, posteriormente con el 511³¹ y finalmente con el 052³².

En dichos documentos se les indicaba a los escoltas, entre ellos al demandante, si los desplazamientos serían por vía aérea o terrestre, caso en el cual se les informaba cual era el vehículo previsto para el cumplimiento de la misión.

Adicionalmente, en cada una de estas misiones u órdenes de trabajo se le daban al escolta unas instrucciones, entre las que se incluía el deber de: i) dar estricto cumplimiento a las normas y medidas preventivas de seguridad; ii) coordinar con las autoridades civiles, policiales y la Fuerza Pública, el apoyo necesario para llevar a cabo la misión; iii) presentarse ante el correspondiente director del DAS en el lugar a donde se dirigían, y en caso de que la entidad no tuviera representación, ante el comando de policía de la jurisdicción; iv) una vez finalizado el servicio debían devolver la misión con el correspondiente informe de cumplimiento; v) tenían que legalizar las misiones u órdenes de trabajo el mismo día de su finalización o, a mas tardar el día hábil siguiente, con el cumplido o certificación de permanencia, que en caso de no hacerlo en dicho término, no se les reconocerían los viáticos.

De igual forma, en el expediente obran constancias expedidas por los comandantes de policía de los municipios de Villeta, Cundinamarca, y Marinilla, Antioquia, ambas del 2005, así como certificación de permanencia en el municipio de Ibagué, Tolima, entre otras, en las cuales se da constancia que el aquí demandante se presentó como escolta del entonces senador Gerardo Jumi.³³

²⁹ Según se advierte en folios 90 a 92.

³⁰ Tal como obra a folio 93.

³¹ Según consta a folios 94 a 96.

³² De acuerdo con los folios 97 a 104.

³³ Ver folios 113 a 119.

Lo anterior se ve confirmado en las declaraciones de los señores Yeison Eduard Mahecha y José Antonio Gracia León, quienes rindieron su testimonio en la audiencia inicial celebrada el 5 de marzo de 2014 y que para el efecto manifestaron:

En primer lugar, el señor Yeison Eduard Mahecha sostuvo³⁴:

«[...] al señor Cristancho lo conozco desde que iniciamos laborando en la institución Departamento Administrativo de Seguridad – DAS. Eso exactamente hace 10 años, vamos para 10 años y pues allá estábamos en el área de protección [...] como escoltas. Claro que él estaba, lógico, en un esquema y yo estaba en otro [...] **Preguntado:** ¿Sírvese decir el testigo si en razón de que usted también fungía como escolta, qué órdenes se les suministraban, si eran a diario, si eran semanales, mensuales, cómo se le pagaba y si cumplía horarios y directamente quién le daba las órdenes? **Contestó:** Primero que todo nosotros teníamos, primero teníamos un jefe que era el director de protección, un subdirector y el jefe inmediato, que el señor se llamaba, en esa época, era el doctor Omar Quintero. Y nosotros, claro, teníamos un horario de entrada, mas de salida, en el área de protección no se sabe a que horas, solamente uno sabe que uno entra, pero no sabe a que hora sale. Y claro, teníamos unos elementos asignados también, que era una pistola, un Avantel, un chaleco, un carro. Se cumplían horarios normales como si fuéramos funcionarios. [...] **Preguntado:** ¿los elementos que usted acabó de enunciar, como elementos de trabajo, a quién pertenecían estos elementos y cuál era el uso que ustedes le daban? **Contestó:** Claro que sí, [...] los elementos pertenecían al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS y el uso que les dábamos era para el tema de protección a personas. [...] **Preguntado:** ¿Cuando ustedes no tenían personas que escoltar, qué otras funciones tenían que realizar dentro del DAS? **Contestó:** [...] Bueno, nosotros cuando quedábamos disponibles, por diferentes razones o circunstancias, que le personaje salía del país o alguna situación, nosotros teníamos que seguir cumpliendo un horario, y cuál era el horario, pues era 7:30 de la mañana, muy a las 7:30 de la mañana, teníamos que llegar a hacer el registro de llegada, tomar elementos y a veces nos utilizaban para ir a entregar un carro, para colaborar al personal de guardianes, a veces nos ponían hasta a archivar cosas. Lo digo porque yo lo hice, entonces la verdad, para la función que éramos, nos tomaban para otras cosas. [...]»

Por su parte, el señor José Antonio León Gracia indicó³⁵:

³⁴ Testimonio grabado en CD obrante a folio 385 del expediente.

³⁵ Testimonio obrante en CD a folio 385.

«[...] **Preguntado:** ¿Sírvese decir en qué tiempo coincidió con el señor demandante en sus funciones como escolta? **Contestó:** Realmente no tengo muy bien las fechas, pero fuimos compañeros en un esquema, aproximadamente, casi dos años. [...] **Preguntado:** ¿Sírvese manifestarle al despacho si el señor Rubén Darío Cristancho realizaba actividades diferentes a las contratadas por el DAS? **Contestó:** Pues, actividades diferentes, pues realmente era prestar labores de protección, pero en algunos casos cuando tocaba presentar disponibilidad, tocaba colaborar con seguridad a instalaciones. Eso es obviamente aparte para lo que estábamos contratados. **Preguntado:** ¿Cuáles eran los elementos de trabajo que ustedes utilizaban realizando la función de escolta y en qué consistían estos elementos? **Contestó:** Pues los elementos de dotación eran armamento oficial, vehículo oficial, chaleco antibalas y un carné que lo acreditaba a uno como que pertenecía de una u otra manera a esa entidad, con que identificarse. **Preguntado:** ¿Sírvese manifestar los elementos que acabó de enunciar a quién pertenecían y cómo era el manejo de ellos dentro del departamento? **Contestó:** Pues los elementos todos eran oficiales. Eran propiedad del Departamento del DAS y estos eran para cumplir con las labores de protección encomendadas. Uno recibía estos elementos por medio de inventario, uno firmaba inventarios, el cual certificaba que los que se le estaban asignando y las funciones que debía uno cumplir con estos elementos. [...] **Preguntado:** ¿Cuándo realizaban los esquemas de seguridad, ustedes compartían con empleados de planta y podría indicarnos si cumplían las mismas funciones? **Contestó:** Sí, había compañeros de planta y se cumplían las mismas funciones. Era prácticamente lo mismo las funciones de ellos y las de nosotros. [...]»

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

En consecuencia, estima esta Corporación que, por la naturaleza de las actividades desarrolladas por el señor Rubén Darío Cristancho Castillo, esto es, como escolta del programa de Protección a Dirigentes Sindicales, debía recibir órdenes e instrucciones por parte de la entidad contratante dado 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 y, debía identificarse como funcionario de la entidad ante las demás autoridades públicas para lo cual se le suministraba carné de la demandada.

Ahora bien, respecto al tema 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 continuada, 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

En conclusión: Al haberse demostrado la subordinación y dependencia continuada en el *sub examine*, debe declararse la existencia del contrato realidad entre el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y el señor Rubén Darío Cristancho Castillo, como lo hizo la *a quo*.

Segundo problema jurídico.

¿Cuál es la entidad que debe responder por las condenas en favor del señor Rubén Darío Cristancho Castillo 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 Rubén Darío Cristancho Castillo, 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,

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente Dr. Rafael Francisco Suarez Vargas. Radicación 760001233300020120026001 (0621-16).

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, 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, 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.

Tercer problema jurídico

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

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

Prescripción aplicada al contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968³⁷ y 102 del Decreto 1848 de 1969³⁸ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción

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.»

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.»

extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad³⁹:

«[...] 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

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).

virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

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

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

- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.⁴⁰

En virtud de lo anterior se analizan los siguientes supuestos en el presente caso:

- La petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue radicada ante la entidad demandada el 4 de mayo de 2012⁴¹,
- y por tratarse de vinculaciones continuas al servicio público en razón a la relación laboral fue reconocida por el *a quo*, sin interrupciones, entre el 30 de diciembre de 2004 y el 30 de junio de 2009,

⁴⁰ En los precisos términos de la sentencia de unificación, se 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)

⁴¹ Ver folios 126 a 129.

- el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización del último vínculo contractual.
- Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados del periodo de vinculación laboral comprendido entre el 30 de diciembre de 2004 y el 30 de junio de 2009, corrió hasta el 1.º de julio de 2012.
- Luego, al no haber transcurrido más de tres años entre la finalización del último contrato y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se itera, ocurrió el 4 de mayo de 2012, debe concluirse que no prescribieron las prestaciones causadas en el periodo anotado.

Ahora bien, pese a que no se configuró el fenómeno de la prescripción, de acuerdo con la sentencia de unificación citada, el Juez Administrativo debe 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.

En dicha providencia, la Corporación 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 en pensiones 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 la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento

del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional⁴² del demandante, dentro del periodo del 30 de diciembre de 2004 y el 30 de junio de 2009, 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.

En conclusión: En el caso del señor Rubén Darío Cristancho Castillo, no se configuró la prescripción de las prestaciones sociales y emolumentos reconocidos por el *a quo*.

Asimismo, en virtud de la sentencia de unificación citada, tratándose de los aportes a pensión la Unidad Nacional de Protección, como sucesor procesal del extinto DAS, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, dentro del periodo del 30 de diciembre de 2004 y el 30 de junio de 2009, 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.

Lo anterior bajo el entendido de que 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.

Decisión de segunda instancia

⁴² 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.

Por las razones que anteceden la Subsección adicionará un ordinal a la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual quedará de la siguiente forma:

«**SEGUNDO BIS.** De igual forma, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional⁴³ del demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Rubén Darío Cristancho Castillo como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de la respectiva condena, deberá tomarse como base de liquidación el valor pactado por honorarios en los respectivos contratos.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.»

En lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez⁴⁴ 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

- 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 CGP⁴⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Subsección condenará en costas a la parte apelante en tanto que, se resolvió desfavorablemente el recurso y se demostró la causación de estas por cuanto la parte demandante actuó en esta instancia, ello tal como lo señala el ordinal 1.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

⁴⁵ «**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 obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

Primero: Aceptar el impedimento manifestado por el doctor Rafael Francisco Suárez Vargas y, en consecuencia, se le declara separado del conocimiento del proceso de la referencia.

Segundo: Adicionar un ordinal a la sentencia proferida el 15 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el cual quedará de la siguiente forma:

«**SEGUNDO BIS.** De igual forma, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Rubén Darío Cristancho Castillo como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de la respectiva condena, deberá tomarse como base de liquidación el valor pactado por honorarios en los respectivos contratos.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.»

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

Cuarto: Condenar en costas en esta instancia a la Unidad Nacional de Protección (UNP), como sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), tal como se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Impedido

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ