



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B**  
**CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá, D.C., 31 de octubre de 2019

**Expediente:** 25000-23-42-000-2015-04697-01  
**Número interno:** 0339-2018  
**Medio de control:** Nulidad y restablecimiento del derecho  
**Demandante:** JORGE ENRIQUE CRUZ CRUZ  
**Demandado:** NACIÓN - UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN UNP  
**Asunto:** Contrato Realidad.

**FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011**

---

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, proferida el 13 de julio de 2017 que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por Jorge Enrique Cruz Cruz contra la Nación - Unidad Nacional de Protección UNP, encaminadas a reconocer la existencia de una relación laboral.

**I. ANTECEDENTES**

**Pretensiones**

1. El señor Jorge Enrique Cruz Cruz a través de apoderado, presentó demanda con la finalidad de obtener la nulidad del acto administrativo No. OF115-00003908 suscrito el 18 de febrero de 2015 por el Jefe de Oficina Asesora Jurídica (E) de la entidad demandada, mediante el cual le negaron la petición radicada el 1º de agosto de 2014 de reconocer, liquidar y pagar acreencias laborales por haber laborado como escolta contratista al servicio del Departamento Administrativo de

Seguridad DAS. Además la declaración de existencia del silencio administrativo negativo y su consecuente nulidad respecto de la primera solicitud contenida en la reclamación administrativa de derechos laborales radicada el 22 de mayo de 2015 bajo el No. EXT15-00023079 y dirigida al director de la Unidad Nacional de Protección UNP, al tener en cuenta la omisión de pronunciamiento en el Oficio No. OF15-00018356 del 16 de julio de 2015<sup>1</sup>.

2. Solicita declarar la existencia de la relación laboral pública oculta dentro de los contratos para la prestación de servicios personales de protección (escolta) y constituir su derecho laboral por el tiempo servido al Departamento Administrativo de Seguridad DAS del 1º de enero de 2005 al 16 de noviembre de 2011 y por el servido sin interrupción a la entidad demandada del 16 de noviembre de 2011 al 30 de junio de 2012, o por el tiempo que resulte probado; condenar a la Nación - Unidad Nacional de Protección UNP al pago de cesantías; intereses sobre las cesantías; primas de navidad, riesgo y vacaciones; compensación en dinero por concepto de dotaciones; viáticos; vacaciones compensadas; bonificaciones por recreación; devolución de los valores de retención en la fuente y rete-ica; subsidios de alimentación; porcentajes legales dejados de trasladar a una ARP; valor equivalente al 4% mensual correspondiente a la Caja de Compensación Familiar no trasladado; devolución del 75% de los valores aportados al fondo de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud; costas procesales; declarar que para todos los efectos legales no existió solución de continuidad en la relación laboral acaecida; y subsidiariamente el equivalente en pesos de todas y cada una de las prestaciones sociales reclamadas<sup>2</sup>.

### Hechos

3. Sostiene el demandante que las labores de protección las realizó en idénticas condiciones a los funcionarios escoltas de planta de personal del DAS y a los funcionarios agentes de protección de planta de la UNP, en forma personal y permanente, recibió mensualmente una retribución en dinero como contraprestación, cumpliendo órdenes de los protegidos y de los funcionarios

<sup>1</sup> Folios 3 al 24.

<sup>2</sup> Folios 268 al 271.

competentes; le fue fijado un sitio habitual de trabajo y enviado en misiones de trabajo a otros lugares del país; la entidad demandada y el DAS le facilitaban el armamento y demás material logístico; debió cumplir horarios; realizar reportes diarios sobre el servicio y rendir el correspondiente informe<sup>3</sup>.

#### **Normas violadas y concepto de violación**

4. El apoderado judicial del demandante al citar de manera amplia las normas que considera transgredidas, adjudica el concepto de violación a la falsa y falta de motivación por cuanto de los actos administrativos demandados se evidencian consideraciones ilegales o que no corresponden a lo que es una motivación real y legal; a la desviación y abuso de poder porque respecto del primer acto administrativo demandado la Unidad Nacional de Protección UNP, no observó que la normatividad y jurisprudencia aplicable le prohibían contratar por prestación de servicios funciones de carácter permanente, y del segundo acto por no pronunciarse sobre la primera petición del escrito radicado el 22 de mayo de 2015; a los vicios de forma y procedimiento por la amañada interpretación del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, al contratarse escoltas por largo tiempo cuando debió haber creado los cargos que requería la planta de personal; y a la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y debido proceso, ya que la contraparte debió determinar si contratar por prestación de servicios era adecuado, idóneo y congruente, si negar los derechos reclamados obedecía o no al mandato de necesidad o de menor lesividad, y si sus decisiones y las del Departamento Administrativo de Seguridad DAS obedecieron o no a la ley de la ponderación<sup>4</sup>.

#### **Contestación de la demanda**

5. Contestó la Unidad Nacional de Protección UNP, que no existió la alegada subordinación sino una relación eminentemente contractual en la que el pactar obligaciones y llevar a cabo coordinaciones y supervisiones no la desnaturalizaron. Propuso las excepciones denominadas "**CADUCIDAD DE LA**

<sup>3</sup> Folios 188 al 204.

<sup>4</sup> Folios 204 al 230.

**ACCION”, “BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION”, “PAGO”, “INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES:”, “HABERSELE DADO A LA DEMANDA EL TRAMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE.”, “FALTA DE INTERES JURIDICO PARA OBRAR.”, “ENRIQUECIMIENTO ILICITO E INJUSTIFICADO DEL ACTOR” y “PRESCRIPCION DE LOS DERECHOS RECLAMADOS.”<sup>5</sup>**

### **Sentencia de primera instancia**

6. El tribunal de instancia estimó que los servicios debían ser prestados en forma personal al desprenderse de los contratos que el demandante no podía delegar el servicio de protección a otras personas; encontró acreditados los honorarios pactados en contraprestación por los servicios de escolta; y consideró que de las órdenes de trabajo o misiones de servicios se extrae que el actor tenía que cumplir un horario, estar disponible las 24 horas del día, reportar novedades y rendir informe de cumplimiento, utilizar elementos de dotación de propiedad del Departamento Administrativo de Seguridad DAS en igualdad de condiciones a los escoltas de planta.

7. Declaró la nulidad del acto administrativo No. OF15-00003908 suscrito el 18 de febrero de 2015 y del acto ficto o presunto surgido del silencio administrativo en que incurrió la Unidad Nacional de Protección UNP, respecto de la reclamación presentada el 22 de mayo de 2015.

8. Condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante el equivalente a todas las prestaciones sociales y demás emolumentos legales, dejados de percibir del 28 de diciembre de 2010 al 30 de junio de 2012, teniendo en cuenta como base el valor de lo pactado en los contratos de prestación de servicios. Pagar al demandante a título de restablecimiento del derecho, los porcentajes de cotización correspondientes al empleador a pensión, salud y compensación familiar que debió trasladar a los fondos correspondientes. Girar al respectivo fondo de pensiones, luego de hacer la liquidación de lo efectivamente cotizado y lo que se debió cotizar durante toda la relación

---

<sup>5</sup> Folios 282 al 298.

contractual irregular sin prescripción alguna del 3 de enero de 2005 al 28 de febrero de 2006, 1º de junio al 30 de septiembre de 2006, 1º de diciembre de 2006 al 27 de septiembre de 2010 y del 28 de diciembre de 2010 al 30 de junio de 2012.

9. Declaró probada la excepción de prescripción formulada por la parte demandada, respecto de la declaratoria de existencia de relación laboral anterior al 28 de diciembre de 2010. Negó las demás pretensiones de la demanda y no condenó en costas<sup>6</sup>.

### Recursos de apelación

10. El demandante manifiesta que finalizado del vínculo contractual el 30 de junio de 2012 podía reclamar sus prestaciones hasta el 30 de junio de 2015 sin operar la prescripción, como en efecto sucedió al radicar las peticiones los días 1º de agosto de 2014 y 22 de mayo de 2015<sup>7</sup>.

11. La demandada acota que no es la legitimada en el extremo pasivo al no ser la responsable ni la receptora de la función administrativa, ni fue el empleador del demandante por el factor de temporalidad de la litis, siendo la Fiduciaria La Previsora la legitimada para responder. Que si bien el actor era la persona que debía realizar o ejecutar directamente las obligaciones asignadas mediante el contrato en la modalidad de prestación de servicios, esto no conlleva a establecer que dicha forma de vinculación sea sinónimo de subordinación, donde el extinto DAS le pagó por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales unos honorarios, los cuales no se pueden confundir con salarios.

12. Discrepa que la contratación de escoltas obedeció al cumplimiento de un programa especial y por lo tanto no hacía parte de la misión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS sino del convenio o programa de implementación de medidas de seguridad y protección a personas amenazadas

<sup>6</sup> Folios 379 al 393.

<sup>7</sup> Folios 397 al 403.

que se encontraban a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia - Programa de Protección de Derechos Humanos.

13. Arguye que cuando un escolta vinculado al DAS para los años 2001 al 2011 devengaba unos valores mensuales y otros anuales, un escolta contratista devengaba unos honorarios mucho mayores a dicha suma de dinero, como ocurrió con el demandante para los años 2005 a 2012; y que hay lugar a declarar la prescripción de los derechos causados tres años hacia atrás de la fecha de presentación de la reclamación administrativa porque las prestaciones a que tenga derecho el actor a título de indemnización están prescritas<sup>8</sup>.

### **Alegatos de conclusión**

14. La apoderada judicial de la Unidad Nacional de Protección UNP, presentó como alegatos los fundamentos del recurso de apelación, mientras que el demandante y el Ministerio Público guardaron silencio<sup>9</sup>.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **Problema jurídico**

15. De acuerdo a los argumentos expuestos por los apelantes, el problema jurídico se contrae a determinar si es la Unidad Nacional de Protección UNP la llamada a responder por las consecuencias jurídicas del presente fallo y si existió una relación laboral entre las partes para así establecer si operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

### **Análisis de la Sala**

16. Para verificar los hechos alegados por los apelantes, la Sala apreciará en conjunto las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, bajo el examen de cada uno de sus argumentos.

<sup>8</sup> Folios 404 al 410.

<sup>9</sup> Folios 431 al 438.

**“FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA:” y  
“FUNCIONES DEL EXTINTO DAS.”**

17. Frente a la legitimación en la causa, la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>10</sup> se ha pronunciado en varias ocasiones y ha concluido que esta figura se refiere a la existencia de un vínculo o conexidad que inevitablemente debe existir entre los sujetos que integran la relación controversial.

18. También dijo, que esta figura procesal se configura tanto por activa como por pasiva y se predica en dos modalidades, “[...] una de **hecho** y otra **material**, siendo la primera la que se estructura entre las partes con la notificación del auto admisorio del libelo, esto es, con la debida integración del contradictorio; y la segunda, la que se edifica en la relación causal entre los hechos que soportan las pretensiones y las partes [...]”<sup>11</sup>.

19. Así las cosas, resulta claro que cuando se hace necesario determinar si las personas vinculadas tienen la «obligación de anular una actuación administrativa y restablecer un derecho», la decisión encaminada a establecer la legitimación material o sustancial, debe producirse a través de sentencia y no en desarrollo del auto admisorio de la demanda o de la audiencia inicial puesto que aquella legitimación requiere sentencia de mérito<sup>12</sup>, mientras que tratándose de la legitimación de hecho o procesal<sup>13</sup>, ésta debe resolverse en desarrollo de la audiencia inicial, en tanto obedece forzosamente a un presupuesto procesal que debe estudiarse y resolverse en el marco de la primera etapa del proceso, lo que precisamente configura la denominación doctrinal que se le ha dado de excepción “mixta”.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Sentencia del 25 de marzo de 2010, radicación 05001-23-31-000-2000-02571-01(1275-08), actor Óscar Arango Álvarez contra la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y otros, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 03 de febrero de 2010 Rad.19526 M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>11</sup> Posición reiterada por Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “A”. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación Número: 73001-23-33-000-2013-00410-01 (1075-2014).

<sup>12</sup> En palabras de Francesco Carnelutti, esta modalidad obliga al juez a que efectuó un “pronunciamiento con contenido positivo”

<sup>13</sup> Por su parte Francesco Carnelutti (1959), ha considerado que: “(El) requisito de legitimación para la demanda (...) consiste, sin embargo, en la pertenencia al actuante no ya de una relación jurídica diversa de aquella que con la demanda se desarrolla sino de una situación de hecho (afirmación de la pertenencia del derecho), a la que la relación jurídica puede corresponder o no corresponder, se trata no de legitimación de derecho sino de legitimación de hecho (p. 466).

<sup>14</sup> Auto del 5 de julio de 2018, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 0900-18.

20. La Sección Segunda<sup>15</sup>, consideró que se ha admitido que la falta de legitimación en la causa no impide al juez pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, precisamente, en razón a que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción. No deben confundirse la capacidad para ser parte en un proceso con la legitimación en la causa, pues entre otras diferencias, la primera es presupuesto de la acción, su ausencia no permite un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda; mientras la segunda es un presupuesto de la sentencia favorable, a falta de aquel es viable que el juez emita un pronunciamiento de fondo sobre el *petitum*, pues hace referencia a la titularidad de la situación jurídica material discutida en el juicio.

21. De acuerdo con lo anterior, en principio, el operador judicial debe pronunciarse en la sentencia frente al aquí accionado, es decir, si le asiste o no obligación alguna a la Unidad Nacional de Protección UNP en cuanto a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, o si por el contrario, es la Fiduciaria La Previsora S.A. quien está legitimada para responder según la alzada.

22. Al respecto, precisa la Sala que el Decreto 372 del 26 de febrero de 1996, por el cual se establece la estructura interna del Ministerio del Interior y de Justicia, se determinan sus funciones y se dictan otras disposiciones complementarias, entre ellas las relacionadas con la Dirección General Unidad Administrativa Especial para los Derechos Humanos<sup>16</sup>, establece que esa cartera

<sup>15</sup> Subsección A, en sentencia del 26 de julio de 2018, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Rad. 0758-12.

<sup>16</sup> "Artículo 28. DIRECCIÓN GENERAL UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS. La Dirección General Unidad Administrativa Especial para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior, tiene por objeto actuar, preventivamente, en casos de amenaza inminente de los derechos humanos, desarrollar programas especiales para su protección, preservación y restablecimiento; y emprender de oficio las acciones correspondientes ante las autoridades judiciales, así como la protección de los denunciantes. Lo anterior, sin detrimento de las funciones del Ministerio Público o de otras autoridades."

El artículo 29 de la misma norma, dispone para el logro del objeto señalado en el artículo anterior, las siguientes funciones: "a) Adelantar las acciones y los programas de protección de los derechos humanos que le asignen el Consejo Gubernamental de Derechos Humanos y el Ministro del Interior;

(...)

d) Desarrollar con el apoyo del Departamento Administrativo de Seguridad y otros organismos, el Programa de Protección Especial a Testigos y Personas Amenazadas, para la seguridad de las personas amenazadas por la violencia política y, en casos particulares de extremo riesgo de violación de los derechos a la vida y la integridad personal;"

ministerial tiene como uno de sus objetivos desarrollar programas para la protección, preservación y restablecimiento de los derechos de las personas en situación de riesgo con ocasión del conflicto armado interno o en consideración a su condición dentro del mismo, y que varios de esos objetivos los desarrollaba a través del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

23. Ahora bien, el numeral 3 del artículo 6º del Decreto 2110 de 1992, por el cual se reestructuró el DAS, instituyó como una de las funciones de dicha entidad, la de *"Proteger al Presidente de la República y a su familia en la forma que él determine, a los Expresidentes, y prestar servicios de seguridad personal a quienes por razón del cargo, posición, funciones o motivos especiales, puedan ser objeto de atentados contra su persona o bienes, cuando de ellos pudieren derivarse perturbaciones del orden público;"*.

24. A su vez, el Decreto 643 de 2004 instauró entre otras funciones a cargo del DAS las siguientes:

**"ARTÍCULO 2o. FUNCIONES GENERALES.** <Entidad suprimida por el artículo 1 del Decreto 4057 de 2011> El Departamento Administrativo de Seguridad tendrá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

(...)

14. Brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Vicepresidente y su familia, Ministros y ex Presidentes de la República; la información relacionada con su seguridad tiene reserva legal.

(...)

**PARÁGRAFO.** Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de los previstos en el numeral 14 de este artículo, que requieran la protección del Estado, deberá concertarse la asunción de dicha función por parte de otros organismos estatales que desarrollen funciones de protección. El Departamento Administrativo de Seguridad continuará prestando tales servicios hasta que sean asumidos por otras entidades, de acuerdo con los estudios de riesgo correspondientes."

25. Nótese de la normativa transcrita, que contrario a lo debatido por la inconforme pasiva, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, es la entidad encargada de materializar los programas desarrollados por el Ministerio del Interior y de Justicia, como quiera que el Decreto 643 de 2004 lo facultó para

brindar protección a las personas designadas por los programas implementados por éste, lo que efectúa a través del personal que se encuentra vinculado al mismo.

26. Es decir que la función de protección desarrollada por el demandante no es disímil de la consagrada en el parágrafo del artículo 2º del Decreto.643 de 2004, como quiera que una de las funciones generales de la demandada, también consistía en prestar seguridad a personas y dignatarios, distintas de las dispuestas en el numeral 14 del mismo artículo, como fue la protección de sindicalistas y activistas de derechos humanos, con lo que queda probado que se trató de una función permanente y del componente misional de la entidad, que desarrolló el actor en su condición de contratista, a diferencia del carácter de contingencia otorgado por la apelante.

27. Para la Sala es claro que esa es la razón por la cual el demandante suscribió directamente con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS los contratos de prestación de servicios y no con la Fiduciaria La Previsora S.A., motivo por el cual el DAS - hoy Unidad Nacional de Protección UNP - es el llamado a responder por las súplicas de la presente demanda.

### **"DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO, CONTRAPRESTACIÓN Y SUBORDINACIÓN"**

28. Dentro del listado de contratos tipificados por la Ley 80 de 1993, se encuentra el consagrado en el artículo 32, denominado de prestación de servicios, cuya norma reza de la siguiente manera:

*"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 generen relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable"<sup>17</sup>.*

<sup>17</sup> Las expresiones subrayadas fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, "salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada."

29. Dicha normatividad contempló una presunción *iuris tantum*, al establecer que en ningún caso estos contratos, entiéndase contratos de prestación de servicios, generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales<sup>18</sup>.

30. Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

31. De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar, valiéndose de otros medios de prueba, lo presumido por la ley. En ese orden el artículo 166 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011<sup>19</sup>, regula las presunciones establecidas por ley señalando que "*El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.*"

32. Así las cosas la presunción contenida en el artículo transcrito, al no tener el carácter de ser *iuris et de iure*, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

33. En relación al caso que nos convoca, es preciso que el denominado contratista desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato

<sup>18</sup>CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (18) de mayo de (2017) Expediente N°: 660012333000201300408 01 (0090-2015) Demandante: Roberto Carlos Martínez O'byrne. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

<sup>19</sup> "*Artículo 211. Régimen probatorio. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.*"

existió el elemento de subordinación, además de la actividad personal y la remuneración, como en efecto es corroborado por la entidad demandada al expresar que *"El actor... era la persona que debía realizar u ejecutar directamente las obligaciones que le habían asignado mediante el contrato en la modalidad de prestación de servicios."*<sup>20</sup> y *"al actor, el extinto DAS le pagó por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (PRESTAR SERVICIO DE ESCOLTA) unos honorarios,"*<sup>21</sup>.

34. Estas aseveraciones indicadas en apelación por la Unidad Nacional de Protección UNP, sumadas a la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia, le permiten asentir a la Sala que efectivamente el señor Jorge Enrique Cruz Cruz desvirtuó la presunción analizada del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al probarse dos de los tres elementos de la relación laboral, esto es, la actividad personal del trabajador y la remuneración como retribución del trabajo prestado, necesarios para que se pueda configurar un contrato de trabajo, según lo explicado por esta Sección en sentencia de unificación así<sup>22</sup>:

*"En otras palabras, el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales"*<sup>23</sup>. (Subrayado propio).

35. A fin de establecer la manera como el actor ejecutó la labor de escolta contratista, la Sala examinará el material probatorio debidamente recaudado en el proceso y con base en ello, determinar si en efecto, la actividad contractual se ejerció con autonomía e independencia, o si por el contrario, se llevó a cabo bajo la subordinación del ente contratante.

<sup>20</sup> Folio 405.

<sup>21</sup> Reverso del folio 406.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Tema: Contrato realidad (docente) Actuación: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

<sup>23</sup> En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

36. Constan las copias de los contratos de prestación de servicios celebrados por el señor Cruz Cruz con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y la Unidad Nacional de Protección UNP, de los cuales se encuentra probado el siguiente periodo:

Número	Entidad	Objeto	Duración
332 de 2004	DAS	<i>"El CONTRATISTA en virtud a sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo dentro del componente seguridad a personas del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	3 de enero al 3 de marzo de 2005
016 de 2005, adición y prórroga	DAS	<i>"El CONTRATISTA en virtud a sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del programa de protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	1º de marzo al 30 de agosto de 2005
395 de 2005	DAS	<i>"El CONTRATISTA en virtud a sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S. a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	31 de agosto de 2005 al 1º de marzo de 2006
077 de 2006	DAS	<i>"El CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S. a prestar los servicios de</i>	24 de febrero al 24 de

		<i>protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (folios 43 y 44)</i>	noviembre de 2006
362 de 2006	DAS	<i>"El <b>CONTRATISTA</b> en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el <b>D.A.S.</b> a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (folio 51)</i>	1º de diciembre de 2006 al 1º de julio de 2007
094 de 2007	DAS	<i>"El <b>CONTRATISTA</b> en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el <b>D.A.S.</b> a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	1º de julio de 2007 al 1º de enero de 2008
573 de 2007 y adición	DAS	<i>"El <b>CONTRATISTA</b> en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el <b>D.A.S.</b> a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectorio, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (folio 34 y CD adosado a folio 350 A)</i>	1º de enero de 2008 al 1º de enero de 2009

Expediente: 25000-23-42-000-2015-04697-01

Número Interno: 0339-2018

Demandante: JORGE ENRIQUE CRUZ CRUZ

Demandado: NACIÓN - UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN UNP

070 de 2008, prorrogas y adiciones	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S. a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	1º de enero al 28 de septiembre de 2009
049 de 2009, prorroga y adición	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	29 de septiembre al 17 de diciembre de 2009
206 de 2009	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C., y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	18 de diciembre de 2009 al 31 de marzo de 2010
33 de 2010, prorroga y adición	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá, y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de</i>	1º de abril al 31 de julio de 2010

		<i>Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	
232 de 2010	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá, y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	1º de agosto al 31 de diciembre de 2010
417 de 2010, prorroga y adición	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	28 de diciembre de 2010 al 30 de abril de 2011
53 de 2011	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	1º al 31 de mayo de 2011
134 de 2011	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá, y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el</i>	1º al 30 de junio de 2011

Expediente: 25000-23-42-000-2015-04697-01

Número Interno: 0339-2018

Demandante: JORGE ENRIQUE CRUZ CRUZ

Demandado: NACIÓN - UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN UNP

		<i>Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	
210 de 2011, prórroga y adición	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bogotá, y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	1º de julio al 30 de septiembre 2011
283 de 2011, adición y prórroga	DAS	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar los servicios de protección con sede principal en la ciudad de Bogotá y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo dentro del componente seguridad a personas del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia." (CD adosado a folio 350 A)</i>	1º de octubre al 15 de noviembre de 2011
029	UNP	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con LA UNP a prestar los servicios de protección en la ciudad de <b>BOGOTA</b> y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo dentro del componente de seguridad a las personas beneficiarias del Programa de Protección, conforme a las medidas de seguridad recomendadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos y aprobadas por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, y las que en adelante sean aprobadas por LA UNP." (folio 58)</i>	10 de noviembre al 31 de diciembre de 2011
240	UNP	<i>"EI CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con LA UNP a prestar los servicios de protección en la ciudad de <b>Bogotá</b> y/o en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo dentro del componente de seguridad a las personas beneficiarias del Programa de Protección, conforme a las medidas de seguridad recomendadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos y</i>	1º de enero al 30 de junio de 2012

		<p><i>aprobadas por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, y las que en adelante sean aprobadas por LA UNP.”</i> (folio 67)</p>	
--	--	--	--

37. Como puede observarse, existe continuidad en los contratos de prestación de servicios suscritos desde el 3 de enero de 2005 al 30 de junio de 2012, cuyo objeto contractual consistió en la prestación de los servicios de protección dentro del componente de seguridad a personas del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derecho humanos.

38. Lo anterior si bien no acredita necesariamente que el actor desarrolló de manera subordinada la actividad de escolta contratista, la suscripción reiterada en el tiempo permite inferir la necesidad que las entidades tenían en prestar el servicio para el cual fue continua e ininterrumpidamente contratado el demandante, dejando de ser en la realidad un verdadero contrato de Ley 80 de 1993.

39. En ese sentido, la prolongación contractual *per se* no constituye prueba directa de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, pero tal circunstancia constituye un indicio<sup>24</sup> de la necesidad que existía respecto del servicio protectivo que desempeñó el demandante.

40. De igual forma, como pruebas documentales debidamente incorporadas al plenario, se encuentran las misiones emitidas por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS para prestar el servicio de seguridad personal a las personas asignadas<sup>25</sup>, para lo cual en los acápites denominados “*MEDIOS LOGÍSTICOS:*” e “*INSTRUCCIONES*” se indica respectivamente que “*ESTE SERVICIO SE PRESTA CON ARMAS Y ELEMENTOS ASIGNADOS PARA EL MISMO. EL DESPLAZAMIENTO SE REALIZARÁ VÍA TERRESTRE EN LOS VEHÍCULOS DE PLACAS...*” y que “*ANTES Y DURANTE EL DESPLAZAMIENTO DEBEN INDAGAR SOBRE LA SITUACIÓN DE ORDEN PÚBLICO DE LA ZONA, COORDINAR CON LA FUERZA PÚBLICA EL RESPECTIVO APOYO EN CASO DE EMERGENCIA (...) TERMINADA LA JORNADA*

<sup>24</sup> Taruffo Michelle, en su obra «La prueba de los hechos» Editorial Trotta S.A., segunda edición 2005, página 480, definió los indicios como «... cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar»

<sup>25</sup> Folios 81 al 95 y CD adosado a folio 350 A.

Expediente: 25000-23-42-000-2015-04697-01

Número Interno: 0339-2018

Demandante: JORGE ENRIQUE CRUZ CRUZ

Demandado: NACIÓN - UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN UNP

PROTECTIVA, LAS ARMAS, DE APOYO Y VEHÍCULOS ASIGNADOS AL ESQUEMA DEBEN PERNOCTAR EN LAS INSTALACIONES DEL DAS, DE NO HABER REPRESENTACIÓN, ESTOS ELEMENTOS SE DEBEN MANTENER BAJO ESTRUCTA VIGILANCIA Y EN LUGAR SEGURO. (...) FINALIZADO EL SERVICIO DEVOLVER LA PRESENTE MISIÓN CON EL CORRESPONDIENTE INFORME DE CUMPLIMIENTO".

41. Permitiendo colegir lo anterior que en efecto, la prestación del servicio de escolta contratista se realizaba con implementos o elementos suministrados por el órgano contratante y de la manera ordenada por éste.

42. También se decretaron testimonios solicitados oportunamente, entre los cuales el practicado al declarante Omar Jovanny Gómez Enríquez, quien manifestó ser compañero de trabajo del señor Jorge Enrique Cruz Cruz para la época de los hechos y respecto de la labor desarrollada por el demandante sostuvo lo siguiente:

*"Nos daban unas misiones o asignaciones de trabajo y era proteger a una determinada persona que nos diera la orden un jefe del DAS."*<sup>26</sup>

*"Dependiendo la ciudad donde nos enviarán y con la persona que nos enviaran acompañarla permanentemente, teníamos que estar disponibles las 24 horas para cualquier llamado."*<sup>27</sup>

*"No señor uno no escogía ni el protegido ni la ciudad, sino el jefe del DAS el que nos asignaba, una misión de trabajo se llamaba eso."*<sup>28</sup>

*"Diariamente nos tocaba al iniciar el servicio sacar el vehículo y había un armerillo donde uno dejaba el arma y una minuta de guardia entonces anotaba uno la hora de entrada, la hora de salida y entregaba uno el vehículo, habían unos parqueaderos de paloquemao y el armerillo quedaba ahí en paloquemao."*<sup>29</sup>

43. De acuerdo con esta declaración, se tiene que el actor debía prestar los servicios en su calidad de escolta contratista conforme las misiones que le eran encomendadas por parte del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, a través de las cuales, se le especificó la persona a quien le prestaría el servicio de seguridad, el término asignado a dicha persona, el vehículo estipulado, el

<sup>26</sup> Minuto 28:54 a 29:05 del CD adosado a folio 361.

<sup>27</sup> Minuto 29:45 a 29:55 del CD adosado a folio 361.

<sup>28</sup> Minuto 31:47 a 31:55 del CD adosado a folio 361.

<sup>29</sup> Minuto 33:17 a 33:33 del CD adosado a folio 361.

arma de dotación entregada y las instrucciones particulares sobre la labor a desarrollar.

44. Es claro para la Sala que la prestación del servicio de escolta se dio de manera personal, aunado al hecho de no ser realizada de manera autónoma e independiente, pues requería de unas órdenes de servicio que eran impartidas por el órgano contratante, las cuales no fueron de carácter temporal o esporádicas, tal como se probó con la sucesiva celebración de contratos de prestación de servicios cuyo objeto contractual siempre consistió en proporcionar los servicios personales de protección. :

45. Así mismo, de las pruebas arrimadas al proceso se establece que la ejecución de la labor se hacía además con los medios suministrados por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS para tal fin; se le definían los parámetros de tiempo, modo, lugar y persona a quien debía prestarle el servicio de protección, lo que sin duda deja evidenciado la carencia total de discrecionalidad, liberalidad e independencia con la que podría obrar el contratista.

46. La situación objeto de análisis, no se enmarca dentro de los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009<sup>30</sup>, a través de la cual estableció que "(...) existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de

<sup>30</sup> Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. En ella la Corte Constitucional sostuvo que: "(...) En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales."

*servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos."*

47. En el caso concreto, se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse 1) El criterio funcional, porque la actividad contratada de escolta esta referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) No hay temporalidad y excepcionalidad de la labor desarrollada por el actor, porque se trató de una vinculación que sin solución de continuidad se extendió por más de 3 años con la misma persona y con el mismo objeto. 3) El criterio de la continuidad, porque la vinculación fue realizada mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración y de carácter permanente.

48. Una vez desvirtuada la autonomía e independencia en la prestación del servicio de escolta contratista ejecutada por el actor, la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, así como también la prestación personal y la retribución que percibió, concluye la Sala que la administración desnaturalizó la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configuró en este caso una verdadera relación laboral en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto el demandante desarrolló la función de protección al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, de manera subordinada a las instrucciones y órdenes impartidas por el contratante, a diferencia de lo sostenido por la impugnante respecto a la coordinación de actividades para la ejecución del contrato.

#### **"DE LA IGUALDAD SALARIAL"**

49. La importancia de la prueba en todo procedimiento es evidente, pues sólo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, el funcionario judicial puede alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial.

50. Es por ello que el legislador en el artículo 164 del Código General del Proceso, consagró la obligación atinente a que *"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho."*, lo que quiere decir, que los jueces al tomar decisiones al interior de un proceso judicial deberán necesariamente valorar el acervo probatorio recaudado, sobre el cual se edificará la providencia que desate o resuelva la controversia suscitada entre las partes.

51. Considera la Sala que conforme a la teoría cognoscitivista de la prueba<sup>31</sup>, los hechos constitutivos son precisamente los que fundamentan la pretensión o si se quiere, los que constituyen el presupuesto del derecho reclamado, de tal suerte que la prueba juega un rol trascendental en la resolución del conflicto, siendo a través de ella posible, hacer la fijación formal de los hechos al girar el proceso alrededor de los supuestos fácticos sobre los cuales el juez toma la decisión basándose en ello, por lo que es necesario, que la prueba cumpla con el objetivo de determinar cuáles hechos pueden tomarse como fundamento de la decisión.

52. En este orden de ideas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de una relación laboral debe encontrar un sustento claro y preciso en la actividad probatoria que la parte demandante dirija a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida, es decir, probando que el contratista careció de autonomía e independencia en el perfeccionamiento del objeto contractual.

53. De lo antes mencionado, se colige que los supuestos fácticos alegados por la demandada en vía de impugnación bajo este cargo, relacionados con la suma devengada mensualmente por el actor, implican necesariamente que en el proceso existan los elementos probatorios que le permitan al fallador obtener la certeza o fijación formal del supuesto de hecho argüido, de suerte que la prueba cumpla con el objetivo de determinar que tal hecho se constituye en fundamento

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta. 1997. p. 67. Bajo esta concepción se parte de una relación directa entre prueba y teoría del conocimiento. Concibe que el juicio de la prueba en el proceso judicial incluye un problema de racionalidad fáctico-procesal que debe estar apoyado en un enfoque epistemológico de la realidad.

de la decisión.

54. Circunstancia que no se ve reflejada en la actuación surtida, al punto que no fue aportado el "...oficio radicado No. 133113 del dieciséis (16) de noviembre de dos mil doce (2012),"<sup>32</sup> en el que según la apoderada judicial de la entidad demandada, la Subdirección de Talento Humano de la misma "certificó sobre la equivalencia de las funciones de los Escoltas Contratistas con el cargo de nómina correspondiente al Agente Escolta 205-05,"<sup>33</sup> y del cual indica, que se puede observar el hecho consistente en que el actor devengaba unos honorarios mucho mayores a lo obtenido por los escoltas de planta.

55. Entonces por incumbir a la Unidad Nacional de Protección UNP probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido en la alzada, debió allegar ese documento o cualquier medio de prueba con vocación para llevar al convencimiento del argumento sobre la aplicación del principio de "a trabajo igual salario igual", con el que pretendía demostrar que la pretensión de su contraparte debió sujetarse únicamente a lo que dejó de percibir, bajo el entendido que su finalidad consiste en que se le retribuya en iguales condiciones a un escolta vinculado a la entidad.

#### **"DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES"**

56. Sobre el fenómeno jurídico de la prescripción, esta Subsección ha precisado que<sup>34</sup>:

*"La prescripción aparece definida como una acción o efecto de "adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones prevista por la ley" o en otra acepción como "concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo"<sup>35</sup>*

<sup>32</sup> Reverso del folio 407.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil trece (2013), Radicación: No. 08001233100020110017601, Expediente: No. 1219-2012, Actor: BERTILDA VANESSA BERNAL HIGUITA.

<sup>35</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Madrid 1992.

*En el mismo sentido en pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia<sup>36</sup>, han señalado que la "prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular;..."<sup>37</sup>*

57. Posteriormente, al especificar la diferencia entre caducidad y prescripción, indicó<sup>38</sup>:

*"Recuérdese que mientras que la caducidad se predica del ejercicio del derecho de acción<sup>39</sup>, la prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.*

*La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que para reclamar los derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos."*

58. El fenómeno de la prescripción extintiva en materia laboral, se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en los siguientes términos:

*"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".*

59. Al reglamentar la anterior disposición, el Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102 determinó:

*"Prescripción de acciones.*

<sup>36</sup> Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de enero de 1994, proceso No. 8847, Consejero Ponente Dra. CLARA FORERO DE CASTRO; 27 de noviembre de 1997, radicación No. 16971, Consejero Ponente Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, 20 de enero de 2000, Expediente No. 22866 (2119 - 99, ACTOR: JORGE ENRIQUE CÁRDENAS GÓMEZ, Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA, entre otros.

<sup>37</sup> Coviello, Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil. UTEHA 1949, citado por el doctor Betancur Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo, pág. 135, Señal Editora. 1996.

<sup>38</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015), Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), Actor: ANTONIO JOSÉ GÓMEZ SERRANO.

<sup>39</sup> Ya se determinó en acápites precedentes que en este caso la demandada fue interpuesta en tiempo por lo que no hay caducidad de la acción.

*1. Las acciones que emanan 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.*

*2. 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."*

60. El contenido de las anteriores normas, establece la oportunidad con la que cuenta el trabajador para reclamar el derecho pretendido, fijando para ello un límite temporal determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Después de ese lapso, no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica.

61. Estos preceptos que regulan el fenómeno prescriptivo en materia laboral redundan en beneficio del trabajador, en la medida que, pretende que las reclamaciones de índole laboral se ejerzan en el menor tiempo posible, a fin de obtener la definición de las mismas con prontitud; además que, la fijación de un límite temporal busca generar seguridad en las relaciones jurídicas surgidas entre las partes.

62. Visto lo anterior, se tiene que el fenómeno jurídico de la prescripción tiene plena aplicabilidad en asuntos donde se debaten reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, como lo son sin duda alguna, los eventos en que un contratista pretende se declare la existencia de la relación laboral y el consecuente reconocimiento y pago de las prestaciones sociales desconocidas por el contratante bajo el argumento de existir entre las partes una relación contractual estatal.

63. Así las cosas, es claro que el particular contratista tiene el deber de petitionar a la administración dentro del término no mayor a 3 años desde la finalización de la relación contractual, debiéndose analizar la prescripción para cada uno de los periodos interrumpidos en su ejecución según el caso. Como en el presente asunto que no acaeció el fenómeno jurídico prescriptivo por haberse reclamado en tiempo, ya que la terminación del vínculo contractual estatal ininterrumpido se produjo el 30 de junio de 2012 y las peticiones se elevaron el 1º de agosto de

2014 y 22 de mayo de 2015, es decir antes del 30 de junio de 2015, así como fue razonado por el demandante en los fundamentos de alzada y contrario a lo discernido por el *a quo* al declarar prescrita la relación laboral anterior al 28 de diciembre de 2010 considerando que el término de 3 años finaliza el día en que se reclama<sup>40</sup>, sin tener en cuenta que en lo relacionado con la extinción de los derechos derivados de una relación contractual donde se demuestra la existencia de un contrato de trabajo en aplicación a la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, la Sección Segunda de esta Corporación puntualizó en la citada sentencia de unificación, lo siguiente:

*"Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador." (Resaltado por la Sala).*

64. En conclusión la Sala despachará desfavorablemente los argumentos alegados por la parte demandada para este cargo, debiendo revocar el fallo apelado en tales aspectos y modificar la decisión de condenarla a pagar al demandante los porcentajes de cotización correspondientes al empleador a pensión y salud, junto con la orden de girar al respectivo fondo de pensiones y E.P.S. lo que debió cotizar, como quiera que lo procedente en aras de garantizar el derecho pensional, es que la Administración determine 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 sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador durante el periodo efectivamente probado y no durante los interregnos allí reconocidos.

<sup>40</sup> Se indicó en la sentencia recurrida a folio 389 que: *"En el sub-lite, el demandante elevó las reclamaciones administrativas el 1º de agosto de 2014 y el 22 de mayo de 2015, por lo que sería del caso declarar probada la prescripción del derecho propuesta por la parte demandada con respecto a las vinculaciones contractuales que culminaron antes del 1º de agosto de 2011 (3 años anteriores a la reclamación), no obstante para el presente asunto es pertinente precisar que revisado el contrato No. 417 del 28 de diciembre de 2010 y los posteriores a éste el demandante fue vinculado en forma consecutiva –sin solución de continuidad, por lo que habrá lugar a declarar la existencia de la relación laboral del 28 de diciembre de 2010 al 30 de junio de 2012, y no desde el 1º de agosto de 2011."*

65. Para tales efectos, el interesado deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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, al ser una regla jurisprudencial instituida en el antedicho pronunciamiento unificador, la siguiente:

*"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."*

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

#### FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR CON MODIFICACIONES** la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A proferida el 13 de julio de 2017, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: REFORMAR** el numeral "2." y **REVOCAR** el numeral "3." de la parte resolutive de la sentencia apelada, para declarar que la relación laboral inició el 3 de enero de 2005 y finalizó el 30 de junio de 2012; y para condenar a la entidad demandada a (i) tomar mes a mes únicamente el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, con fundamento en los honorarios pactados durante el interregno aquí reconocido, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que efectivamente debió cumplir, cotizar al respectivo fondo de pensiones el valor faltante de aportes a pensión en el porcentaje que le incumbía como empleador; (ii) por su parte, el actor acreditará las cotizaciones efectuadas al mencionado sistema durante el vínculo contractual y si no las

Expediente: 25000-23-42-000-2015-04697-01

Número Interno: 0339-2018

Demandante: JORGE ENRIQUE CRUZ CRUZ

Demandado: NACIÓN - UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN UNP

hubiese hecho o se verificara diferencia alguna en su contra, tendrá la obligación de completar o cancelar, según corresponda, el porcentaje que le concernía como trabajador, según lo analizado en los acápites pertinentes de esta sentencia.

**TERCERO:** Por la secretaría de la Sección Segunda de la Corporación devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y déjense las constancias de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE, Y CÚMPLASE.**

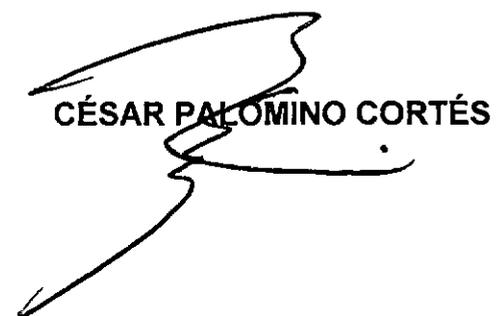
La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



CARMELO PERDOMO CUÉTER



CÉSAR PALOMINO CORTÉS