



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P. de Barranquilla, 15 de diciembre de 2020

Radicado	08-001-33-33-006-2015-00332-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Alain Alonso Ríos Gómez
Demandado	Nación – Departamento de Seguridad DAS en supresión Seccional – Atlántico (UNP)
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

1.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Alain Alonso Ríos Gómez, contra la Nación – Departamento de Seguridad DAS en supresión Seccional – Atlántico (UNP), de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

2.- ANTECEDENTES.

2.1.- Pretensiones.

A través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretende la parte demandante se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio E-1300,05-201409131 del 29 de mayo de 2014, por el cual el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS en supresión le negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011; que como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, entre otras cosas, solicita principalmente lo siguiente:

- Se declare la existencia de una relación laboral de derecho público.
- Se condene al pago de las mismas prestaciones sociales y aportes a seguridad social que devengaban los escoltas de planta de la entidad, liquidados con base en los honorarios pactados en los contratos suscritos.
- Se ordene la indexación de las sumas adeudadas.

2.2. Hechos.

La parte actora expone como hechos los siguientes:

- Que el señor Alain Ríos Gómez, se desempeñó como escolta grado 16 al servicio del DAS Seccional Atlántico, de forma continua e ininterrumpida desde el 21 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011.
- Que el señor Ríos Gómez prestó sus servicios de forma personal, con completa disponibilidad, recibiendo órdenes y misiones de servicios, con suministro de armamento y vehículos oficiales, cumpliendo un horario de más de 8 horas diarias, con plena subordinación.

- Que mantuvo una relación laboral, dándose todos los requisitos, salario, subordinación y la prestación personal del servicio, sin solución de continuidad.
- Que al señor Ríos Gómez no le han cancelado los valores correspondientes a sus derechos salariales, provisionales e indemnizatorios.
- Que presentada petición por parte del accionante a la entidad accionada, solicitando el reconocimiento y pago de sus derechos prestacionales, la misma, a través de oficio E-1300,05-201409131 del 29 de mayo de 2014, negó lo solicitado.

2.3. Normas aplicables.

El actor fundamenta sus pretensiones con base en las siguientes normas:

Constitución Política, artículos 1º, 2º, 13, 25, 29, 53, 58 y 83.

Decretos:

- 1932 y 1933 de 1989.
- 2164 de 1989.
- 2146 de 1989.
- 377 de 2006.
- 1045 de 1978.
- 2646 de 1994.

Artículos 1, 5, 9, 13, 14, 21, al 27, 37,38, 43, 55, 56 y 57 el CST.

2.4. Fundamentos de derecho.

Manifiesta el apoderado en síntesis que, existe una clara vulneración a la Ley, ya que el demandante suscribió un contrato de prestación de servicios no para labores que no pudieran ser desempeñadas por personal de planta, por el contrario, se suscribieron contratos de prestación de servicios para ejecutar labores propias del objeto de la entidad, esto es la protección de personas.

Manifiesta que el señor Alain Ríos Gómez fue contratado para prestar sus servicios en protección a personas, el cual es el objeto que habilita la existencia del DAS, es decir, en efecto existía personal de planta que cumplía tal actividad y que, en detrimento de los trabajadores contratistas, si recibieron la remuneración digna.

Que obran en el plenario las pruebas que demuestran que cada una de las órdenes impartidas respecto de cómo debía el demandante prestar el servicio, bajo qué parámetros y hasta las prendas que debían vestir, así como el horario que debía cumplir de acuerdo con las funciones de protección asignadas, pues el mismo no prestaba con autonomía sus servicios, en atención a que para ello obedecía las órdenes que en forma escrita y verbal le eran impuestas por sus superiores.

2.5. Argumentos de la Defensa

2.5.1 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Al dar respuesta a la demanda, solicita que se tenga como único sucesor procesal a la Unidad Nacional de Protección UNP, entidad a quien le corresponde suceder al extinto DAS.

2.5.2 Unidad Nacional de Protección - UNP.

La parte accionada, desacredita la concurrencia de los elementos correspondientes para la demostración de una relación de carácter laboral con el demandante, precisando que la contraprestación recibida lo fue bajo el carácter de honorarios pactados dentro de la relación contractual; afirmando además que las labores desempeñadas eran de aquellas catalogadas como especiales del extinto DAS y no formaban parte de las labores misionales de la entidad. Bajo tales parámetros, sostiene que deben despacharse de manera desfavorable las pretensiones de la demanda. Además, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de imputar responsabilidad a la UNP e inexistencia de la obligación, entre otras.

2.5.3 PAP Extinto DAS y su Fondo Rotatorio administrado por Fiduprevisora S.A.

Igualmente solicita que se denieguen las súplicas de la demanda, manifestando que en el presente caso de ninguna forma se configura una relación laboral entre el demandante y el extinto DAS, pues no se configuran los elementos propios de aquella, como pretende hacer ver la parte accionante.

Propuso las excepciones de caducidad de la acción, buena fe, inexistencia de la obligación, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.

2.6. Actuación procesal.

La demanda fue presentada el 28 de noviembre de 2014, ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, quien a través de despacho sustanciador declaró la falta de competencia mediante auto de 18 de febrero de 2015, ordenando su remisión a los Juzgados Administrativos de esta ciudad, posteriormente, correspondió por reparto a este juzgado.

A través de auto de 12 de agosto de 2015, se admitió la demanda por reunir los requisitos de Ley. Mediante auto de 7 de junio de 2016, se ordenó tener como sucesor procesal del extinto DAS a la UNP.

En providencia de 29 de septiembre de 2017, se vinculó a la FIDUCIARIA LA PREVISOSA S.A. – PATRIMONIO AUTÓNOMO, como sucesor procesal del extinto DAS.

El 23 de noviembre de 2018, se realizó audiencia inicial, suspendiéndose y continuando la misma el día 30 de octubre de 2019, decretándose las pruebas que se consideraron conducentes, pertinentes y útiles, citándose a las partes a audiencia de pruebas para el día 4 de febrero de 2020.

En el día y la hora fijada, se llevó a cabo la audiencia de pruebas, siendo recaudadas en debida forma. Se declaró cerrado el periodo probatorio y se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

2.7. Alegatos.

Del término otorgado para alegar de conclusión hicieron uso la parte demandante y la Fiduprevisora S.A., en ambos casos, las partes se ratificaron en los argumentos expuestos tanto en la demanda como en la respectiva contestación de la misma.

Así mismo se hace constar que el Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

3.- CONTROL DE LEGALIDAD.

Se destaca que revisadas cada una de las actuaciones surtidas no se avizora irregularidad que afecte de nulidad el trámite cumplido hasta este momento, por lo que se considera que se encuentra cumplido satisfactoriamente y sin novedad el control de legalidad.

4.- CONSIDERACIONES.

Siendo el Despacho competente para conocer del presente proceso y no observándose irregularidad que pueda configurar causal de nulidad procesal, se pasa a dictar la sentencia correspondiente, a fin de resolver el siguiente:

4.1. Problema jurídico.

Como viene dicho de la audiencia inicial, el problema jurídico se centrará en determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento del denominado "contrato de realidad" durante el periodo en el que estuvo vinculado a través de contratos de prestación de servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y si a consecuencia de tal declaratoria tiene derecho a percibir los correspondientes pagos salariales y prestacionales que se derivan de una relación laboral.

4.2. Tesis del Despacho.

Considera el Despacho que le asiste derecho al demandante en sus pretensiones, pues las pruebas practicadas develan la concurrencia de los elementos que configuran una relación de naturaleza laboral enmascarada bajo la figura contractual de prestación de servicios; amén de ello también se halló demostrada la continuidad en la prestación de los servicios por el demandante, en el desarrollo de actividades propias a la naturaleza de la entidad contratante. Por lo anterior, será del caso declarar la existencia de una verdadera relación laboral por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2010 y el 30 de junio de 2011.

4.3. Excepciones.

4.3.1 Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Las entidades demandadas y vinculadas en este proceso, al dar respuesta de la demanda, plantearon principalmente, que deben ser desvinculadas del debate porque al tenor de la normatividad que reguló la extinción del DAS no están llamadas a responder por las reclamaciones laborales posteriores a dicha situación.

Para dilucidar las solicitudes de las accionadas es necesario tener en cuenta la premisa conforme a la cual sustancialmente la legitimación en la causa por pasiva es la identidad del demandado entendido como aquel quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho. Igualmente es un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

En relación con la excepción de la Falta de la legitimación en la causa, el H. Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda - subsección "A", consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), sostuvo:

“...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...”

De lo anterior, queda claro que la falta de legitimación en la causa no es una excepción de fondo, sino una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable, sea al demandante o al demandado.

Descendiendo al presente debate, la promulgación del Decreto Ley 4057 de 2011 que dispuso asignar las funciones encomendadas al suprimido DAS, a entidades tales como la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección y finalmente a la Fiscalía General de la Nación y posteriormente con la expedición del Decreto reglamentario 1303 de 2014, en el artículo 7º, el legislador precisó las entidades que obrarían como destinatarias de los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en los que estuviera involucrado el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y se refirió a los procesos y conciliaciones *“que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores”* serán asumidos por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Finalmente se expidió la Ley 1753 de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*, y en el artículo 238 dispuso:

“ARTICULO 238. ATENCIÓN DE PROCESOS JUDICIALES Y RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS DEL EXTINTO DAS Y CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA MERCANTIL. Para efecto de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 18 del Decreto ley 4057 de 2011 y 7o y 9º del Decreto número 1303 de 2014, autorícese la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá el contrato de fidejura mercantil respectivo. Para

todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria, quien se encargará de la atención de los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.

Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad de acuerdo con lo que para el efecto se establezca en el contrato de fiducia mercantil.”.

Por lo anterior, es claro que los asuntos que en su oportunidad fueron de conocimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en virtud de lo establecido en el Decreto 1303 de 2014 artículos 7º y 9º, serán asumidos y atendidos por el PAP - Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica extinto Departamento Administrativo de Seguridad y su Fondo Rotatorio cuyo vocero es la Fiduciaria la FIDUPREVISORA, de conformidad con el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, razón suficiente para sostener que es ésta última la llamada a responder por pasiva con respecto a los derechos reclamados y desvincular del debate a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la UNP, en consecuencia no será necesario ya referirse a las demás excepciones planteadas por éstas.

Además de proponer la excepción de "Falta de Legitimación en la causa por pasiva", antes resuelta, la Fiduprevisora S. A. propuso las excepciones de "*buena fe, inexistencia de la obligación, pago y prescripción*", las cuales serán analizadas junto con las consideraciones de la presente sentencia.

4.4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.4.1. Del contrato de prestación de servicios.

En nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de prestación de servicios con el Estado, se encuentra desarrollado en la Ley 80 de 1993, el artículo 32 de dicho estatuto, dispone: "*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 sentencia C-154-974 la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, veamos:

"El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos con figurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la

subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo."

Por esta misma senda, el Consejo de Estado, ha señalado que el contrato de prestación de servicios se utiliza como medio para contratar los servicios especializados que no pueden ser desempeñados por personas que hacen parte de la planta de personal, al respecto la sentencia del 05 de octubre de 2017, proferida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, CP. Dr. Carmelo Perdomo Cueter. Exp. 68001-23-31-000-2011-00711-01(2361-14) señaló:

"En este orden de ideas, se ha de recordar que el contrato de prestación de servicios se ha definido como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las instituciones; sus condiciones están dadas, entre otras normas, por el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 165 de 1997; el Decreto 2209 de 1998, que, al dictar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del tesoro nacional, reguló el tema; y el Decreto 2170 de 2002, que, en relación con esas contrataciones, además de indicar la manera de selección del contratista, precisa que «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar». Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual. De lo anterior, se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia. 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."

Igualmente, en reiterada jurisprudencia¹, el Consejo de Estado ha señalado que, en el contrato de prestación de servicios, el contratista dispone de plena libertad, autonomía e independencia, de tal forma que sus actividades deben llevarse a cabo con el ánimo de cumplir con el objeto del contrato, bajo labores coordinadas y por la cual se le reconocen unos honorarios.

4.4.2.- De la relación laboral y sus elementos constitutivos.

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

¹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter, sentencia de 1 de marzo de 2018, expediente: 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014)

"Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1°)..."

"Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley."

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un empleado público.

Sobre los elementos constitutivos de la relación laboral, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, ha señalado que para que exista una verdadera relación laboral debe darse la configuración y existencia de tres elementos que resultan necesarios, tales como, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, haciendo especial énfasis en la subordinación la cual no se puede confundirse con la coordinación. Al respecto la Sección Segunda — Sub Sección "B", con Ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés, en sentencia del 26 de julio de 2018, radicado 68001-23-31-000-2010-00799-01 reitera:

"De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta Sección Segunda recordó que la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; II) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine."

Sobre esta misma senda, el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, expresó²:

"El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, opera plenamente en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la

² Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Cesar palomino Cortés, sentencia de 16 de marzo de 2017, expediente: 81001-23-33-000-2013-00072-01(3419-14)

calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 200311, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación", aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia' para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión".

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "B". C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 8 de mayo de 2014; Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00919-01, ha señalado respecto a las funciones que desempeñaban los escoltas del extinto DAS, lo siguiente:

"La naturaleza de la función desarrollada por el demandante, la cual consistía en brindar seguridad a los beneficiarios del programa de protección, le imponía el deber de atender las directrices impartidas por la entidad en las distintas misiones. Dichas labores, comportan una "subordinación", pues al desarrollarse en cumplimiento de órdenes directas de su superior, es claro que se desvanece la figura de la coordinación y por ende se desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio, más aún cuando para el ejercicio de las mismas, el demandante debía emplear los elementos de dotación suministrados por el DAS como armamento y vehículo, toda vez que desatender el esquema de seguridad propuesto podría afectar el éxito de la labor desarrollada. En punto a la necesidad de contratar al demandante, sostuvo la entidad demandada, que a pesar de existir en la planta el personal de protección, no era la cantidad suficiente para apoyar el

convenio celebrado con el Ministerio del Interior, y por ello acudió a la figura de los contratos de prestación de servicios, situación que pone de relieve que el demandante fue contratado para desarrollar funciones propias del personal de planta de la entidad. En este orden de ideas, el material probatorio permite vislumbrar los siguientes elementos que caracterizan la relación laboral: (i) la prestación personal continua y permanente de los servicios por parte del actor mediante órdenes de prestación de servicios, (ii) la existencia de un Coordinador de Seguridad de Instalaciones y Avanzada que supervisaba e impartía órdenes en el desarrollo de las funciones, (iii) el cumplimiento de directrices y misiones por parte del actor, así como el uso de elementos de dotación como armamento y vehículo asignado (iv), el cumplimiento de las mismas funciones que los empleados de planta, (v) el pago de una contraprestación por los servicios prestados, (vi) /a existencia de una subordinación del actor a la entidad en el cumplimiento de sus funciones."

4.4.3. De la condena en el contrato realidad.

Ahora bien, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha ocupado de explicar que, una vez desenmascarada la figura del contrato de prestación de servicios por la de una relación de origen laboral, cuales son las condenas a las que eventualmente habría lugar a reconocer a un trabajador de esta índole.

Así en la precitada sentencia de 16 de marzo de 2017, Sección Segunda - Subsección "B". C.P.: César Palomino Cortés, radicado 81001-23-33-000-2013-00072-01(3419-14) se sostuvo:

"De otra parte, al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional". Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos: "El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas... Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia" 5. Sin embargo, advierte la Sala que, en sentencia de 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda de esta Corporación unificó el criterio de interpretación sobre el título en virtud del cual se reconocen las prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad, en los siguientes términos: "Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfracó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial (...) Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó pese a su derecho

a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo"16 (Subraya la Sala). Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dinerada por el Sistema de Seguridad Social Integral. Dentro de las prestaciones que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas y las cesantías; por otra parte, las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización. Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público, la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud, deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso. La cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%. Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que es viable condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos: "En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización". Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor."

4.5. Relación probatoria.

Con base en el anterior marco jurídico y de cara a las pruebas practicadas, dentro de las que se destacan las que a continuación se enuncian, el Despacho procederá a hacer el análisis del caso en particular:

- Acto administrativo contentivo en el oficio No. E-1300,05-201409131 del 29 de mayo de 2014, por el cual se da respuesta al derecho de petición radicado el 16 de mayo de 2014, para la reclamación de derechos labores del señor Alain Alonso Ríos Gómez (fls. 25-27).
- Constancia de contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y el D.A.S., suscrita por el Subdirector del Talento Humano (E) de la Seccional DAS Atlántico (fl. 31).

- Contrato de Prestación de Servicios No. 189 de 21 de octubre de 2010, con plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2010 (fls. 32-40).
- Contrato de Prestación de Servicios No. 223 de 28 de diciembre de 2010, fecha de inicio 31 de diciembre de esa anualidad y plazo de ejecución hasta el 31 de marzo de 2011 (fls. 41-49).
- Prorroga y adición No. 1 al contrato de Prestación de Servicios No. 223 de 28 de diciembre de 2010, con plazo de ejecución hasta el 31 de abril de 2011 (fls. 50-51).
- Contrato de Prestación de Servicios No. 016 de 28 de abril de 2011, fecha de inicio 1º de mayo de esa anualidad y plazo de ejecución hasta el 31 de mayo de 2011 (fls. 52-60).
- Contrato de Prestación de Servicios No. 033 de 31 de mayo de 2011, con fecha de inicio 1º de junio de esa anualidad y plazo de ejecución hasta el 30 de junio de 2011 (fls. 61-69).
- Contrato de Prestación de Servicios No. 042 de 1º de julio de 2011, con fecha de inicio 1º de julio de esa anualidad y plazo de ejecución hasta el 31 de agosto de 2011 (fls. 70-78).
- Antecedentes administrativos de la vinculación del señor Alain Ríos Gómez con el DAS (fls. 79-123).
- En audiencia de pruebas celebrada el 4 de febrero de 2020 se recibieron los testimonios de Horacio Llanos Ávila y Jonny Manuel Herrera Riquett, pruebas decretadas a petición de la parte actora, de los cuales se extrae lo siguiente:

Del testimonio rendido por el señor **Horacio Llanos Ávila** se destaca que, conoce al señor Alain Ríos Gómez, debido a que este último fue su escolta cuando fue directivo sindical y tuvo protección del Estado, en especial por el extinto DAS. Que el señor Ríos Gómez en su labor como escolta tenía una subordinación directa del DAS, cumpliendo unos horarios, asignándolo como a él y otro compañero como mis escoltas, para los periodos aproximados de 2010 y 2011. Que las funciones principales asignadas por el Coordinador Operativo del DAS, Alberto Barberi, era nuestra protección, pendiente las 24 horas de nosotros, teniendo en cuenta nuestras órdenes en cuanto a traslados, a la hora que fuese, inclusive en la madrugada, además, de viajes a otras ciudades del país, con viáticos pagados por el DAS. Que el horario de trabajo del señor Alain Ríos Gómez, dependía de la hora de salida, según las actividades que debía realizar, pero la protección era de 24 horas. Normalmente, el promedio de labores era de casi 12 horas. Que el señor Ríos Gómez estaba bajo la coordinación y subordinación de Alberto Barberi. Los escoltas no descansaban, porque no tenían la cantidad de personal y dependía del protegido si descansaban, eran 30 días de 24 horas de servicio, laboraba de manera continua.

- Del testimonio del señor **Jonny Manuel Herrera Riquett** se destaca que, se desempeñó en el extinto DAS como Agente Escolta, compañero del señor Ríos Gómez, prestaron servicio en el DAS hasta que se liquidó. Manifiesta que el señor Ríos Gómez cumplía un horario de trabajo, tenían hora de entrada, pero no de salida. Que el demandante trabajó aproximadamente un año. Que laboraban aproximadamente entre 12 y 14 horas diarias, y debían estar prestos las 24 horas

del día. Que el señor Alberto Barberi era el jefe que coordinaba todas las acciones que debían realizar y estaban subordinados a sus órdenes, asignándonos el personal que debíamos proteger, inclusive los fines de semana para pasar revista a vehículos y armamentos. Que laboraban todos los días de la semana. No se podía pedir permisos o descansos o tomarlos por cuenta propia, Barberi se encargaba del reemplazo en caso que se necesitara o de rotar al personal. El DAS entregaba los viáticos y tiquetes aéreos, si era necesario, al momento en que tocara desplazarse a otra ciudad. Cualquier permiso o solicitud había que hacerlo con el señor Barberi. No se tenían días de descanso.

4.6.- Caso concreto.

Conforme lo antedicho, es del caso descender sobre el examen de cada uno de los elementos necesarios a partir de los cuales se configura una relación laboral y se desfigura de contera el vínculo contractual presuntamente enmascarado.

4.6.1 De la Continuidad — permanencia de la Función.

En procura de absolver tal inquietud, de lo expuesto y teniendo como base la prueba documental que se ha consolidado en el trámite del presente proceso, encontramos como demostrada la vinculación del promotor de este debate con el extinto DAS, en un periodo desde el **21 de octubre de 2010 hasta el 31 de agosto de 2011**, de manera continua e ininterrumpida.

4.6.2 De la Prestación Personal del Servicio.

Verificadas las pruebas documentales obrantes en el plenario y analizadas en conjunto con la prueba testimonial, no queda duda que la labor cumplida por el entonces contratista, señor Alain Ríos Gómez, lo era de manera personal y como se aprecia del clausulado contractual, siendo el mismo objeto en todos los contratos allegados al plenario, se indicó:

*"... **OBJETO.- EL CONTRATISTA** en virtud de sus condiciones se compromete para con el DAS a prestar sus servicios de protección, con sede principal en la ciudad de Barranquilla, y eventualmente, área Metropolitana y municipios que se encuentre a una distancia inferior a cuarenta kilómetros, estos desplazamientos se considerarán como sede habitual y no generan viáticos..."*

Igualmente, dentro de las órdenes de trabajo obrantes en el plenario puede apreciarse:

"CPS No. 230

OBJETIVO: Prestar seguridad a EVERT CAUSADO, HORACIO LLANOS, PABLO DÍAZ-RAUL SOSA AVELLANEDA SINTRAMIENERGETICA.

MEDIOS LOGISTICOS: Se desplazarán en el vehículo Chevrolet Rodeo, placas, BPI-188

INSTRUCCIONES: Los comisionados para prestar el servicio de apoyo, se desplazarán hacia la ciudad de Bogotá, deben registrar en el libro de minuta la salida, en recorrido terrestre utilizará todas las medidas de seguridad, inteligencia protectiva y autoprotección, tendientes a proteger y garantizar la integridad física propias..." (fl. 80).

También:

" CPS No. 1209056-3

OBJETIVO: Prestar seguridad a HORACIO LLANOS y PABLO DÍAZ SINTRAMIENERGETICA.

MEDIOS LOGISTICOS: Se desplazará vía aérea

INSTRUCCIONES: El comisionado para prestar servicio de protección, se desplazará a la ciudad de Bogotá junto con su protegido, y a todos los lugares que este visite, deben registrar en el libro de minuta la salida y regreso..." (fl. 88).

De igual manera, pueden apreciarse ordenaciones en el mismo sentido de las antes transcritas, en las anexas al expediente y visibles a folios 90, 92, 93, 106, 111 y 112.

De los anteriores elementos de juicio, se tiene que, la labor desempeñada por el "contratista" debía necesariamente cumplirse de manera personal, y en tal sentido no era admisible, como es apenas lógico, que se hiciera de manera libre y espontánea por aquel, en el horario que escogiera *motu proprio* o eventualmente a distancia. Por ello, no cabe duda al Despacho acerca del cumplimiento de este ítem en cuanto al caso sub examine.

4.6.3 De la Remuneración.

Frente al particular basta con observarse el valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos sucesivamente con el demandante, para verificar que efectivamente aquel, recibía como contraprestación en el cumplimiento de sus labores, la suma convenida para ese momento como honorarios, con lo que no merece ninguna resistencia, el hecho de que efectivamente se percibió una remuneración económica por la labor prestada en desarrollo de las actividades asignadas.

4.6.4 De la Subordinación.

Ahora, se cifra el presente análisis jurídico en el elemento principal de la relación laboral que se pretende demostrar por la parte actora, pues ciertamente como ya lo adelantaba la Jurisprudencia antes citada, es esta la piedra angular sobre la que se edifica un verdadero vínculo de carácter laboral, y en tal sentido sin la concurrencia de este, de nada sirve la demostración de los demás elementos.

En consecuencia, para abordar el examen del mismo, dentro del caso sometido a escrutinio de esta Jurisdicción debe indicarse, que conforme lo depuesto por los declarantes traídos al proceso, el señor ALAIN ALONSO RÍOS GÓMEZ efectivamente se encontraba bajo subordinación del D.A.S., debiendo cumplir para el desempeño de sus labores las órdenes dispuestas por el denominado "**Jefe de Coordinación Operativo de Protección del DAS**", encontrándose sometido a un horario con disponibilidad total y cumpliendo las funciones propias de un agente escolta de planta en igualdad de condiciones a éstos, recibiendo exactamente las mismas órdenes y directrices que éstos; así mismo debía contar con autorización previa para ausentarse de sus labores incluso en caso de incapacidad; aunado a esto, se observa en la prueba documental obrante, para que el contratista escolta desempeñara sus funciones o labores pactadas, contaba con una misión u orden de trabajo, las que eran signadas por el responsable del área de protección del DAS; documento que describía con detalle las pautas para el cumplimiento de sus funciones, las circunstancias modales y en donde además se precisaba que el cumplimiento de las mismas se prestaría con **armas de dotación oficial, elementos propios asignados y vehículos** que eran suministrados por la entidad contratista - DAS - como prueba de ello aparece en cada uno de los contratos anexas al expediente, la siguiente cláusula:

"(...)

OCTAVA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA Además de las obligaciones de orden legal el contratista cumplirá con aquellas que se deriven del objeto contratado y en especial las siguientes: **1.** Cumplir con las actividades de protección en el lugar que sea asignado por el DAS a través del supervisor o por su protegido. **2.** Realizar las actividades de índole protectivo previa autorización para cumplir con la actividad encomendada o

destinación del funcionario competente del Departamento Administrativo de Seguridad. 3. Presentar para su revisión en la dependencia de Control de Armamento, Radios y Vehículos del DAS o en la que haga sus veces, los elementos logísticos de dotación, dentro de los últimos cinco (5) días de cada mes..., 8. Informar oportunamente a la Oficina de Protección Especial del DAS, los desplazamientos que por la naturaleza del contrato deba hacer a otras ciudades y las novedades que se presenten en el servicio. 9. Mantener en buen estado los elementos logísticos entregados por el DAS, y velar por su buen uso y cuidado, los cuales deberán destinarse en forma exclusiva para el servicio objeto del presente contrato. 10. Observar en forma permanente las instrucciones impartidas en lo relacionado con el uso de armas, técnicas protectivas y las demás que se relacionen con las actividades propias del servicio...".

De esta manera, examinados estos elementos de juicio y contrastados con los testimonios rendidos en la audiencia de pruebas, es dable establecer, que efectivamente se presentó entre el contratista y la entidad contratante una relación de subordinación más allá de una mera coordinación de labores, pues como puede apreciarse para el desempeño de sus labores, el contratista no era autónomo, encontrándose sometido a las instrucciones que a través de misiones u órdenes de servicio, eran proferidas por funcionarios del D.A.S.; de igual manera y como fue expuesto por los deponentes, las labores que eran cumplidas por el contratista, lo eran mediante el uso de los elementos logísticos proporcionados por el D.A.S., esto es, armas de dotación oficial, chalecos, vehículos, radios y demás elementos a ellos entregados y frente a los cuales debían así mismo llevar un registro y seguimiento.

También se informó por los declarantes y así se corrobora con lo consignado en los contratos de prestación de servicios suscritos, que el contratista, para el cumplimiento de sus labores, recibía adiestramiento, instrucción y preparación por parte de funcionarios del extinto D.A.S.

Con todo, lo examinado en las documentales y lo ofrecido por las declaraciones rendidas, este Despacho llega a la razonable convicción, de que existió una relación de **subordinación** entre el contratista ALAIN ALONSO RÍOS GÓMEZ y la entidad contratante, pues como se observó, el primero no contaba con la liberalidad característica en el cumplimiento de sus funciones, ni con la autonomía suficiente para determinar la forma de ejercicio de sus labores, sino que, como quedó decantado, aquel se encontraba sometido a las órdenes o "**misiones**" que le eran asignadas por los funcionarios del DAS, labores que cumplía con las "**dotaciones**" que le ofrecía la misma entidad y respecto de lo cual también debían de rendir los respectivos informes de resultados o anomalías. Así pues, a juicio de esta instancia, se desnaturaliza cualquier clase de coordinación o de relación meramente contractual, abriéndose paso el descubrimiento de un vínculo de índole laboral entre contratante y contratista, caracterizado por el ejercicio de una actividad subordinada del contratista respecto de lo dispuesto por la entidad contratante.

De conformidad con lo antes reseñado, y habiéndose verificado la concurrencia de los elementos ya precitados, no cabe duda que lo que se enmascaró bajo un nexo de carácter contractual, llevó oculto un vínculo de naturaleza y características laborales y así se declarará.

4.6.5 De la prescripción de los derechos laborales.

Teniendo en cuenta que el PAP Extinto DAS y su Fondo rotatorio administrado por Fiduprevisora S.A. propuso la excepción de prescripción frente a las pretensiones de la demanda y que como se señaló en la audiencia inicial, esta sería resuelta al desatar el fondo del asunto, debe emitirse pronunciamiento al respecto.

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales, al ser reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102, **estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.**

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) proferida dentro del expediente Radicación número 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, con ponencia del Consejero Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, señaló con relación a la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, lo siguiente:

"i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado v, 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.

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.

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.

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).

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

Al descender sobre el análisis del asunto sometido a escrutinio de esta Jurisdicción, de la documental arrojada se avizora que el accionante adelantó reclamación administrativa ante el D.A.S. en proceso de supresión, el día 16 de mayo de 2014, según se desprende de la respuesta dada en el acto administrativo atacado, reclamando los emolumentos correspondiente al contrato finalizado en agosto d 2011, sin solución de continuidad, desde el 21 de octubre de 2010, por lo que no ha operado el fenómeno de prescripción trienal, por haberse efectuado la reclamación dentro de los 3 años siguientes a la finalización del plazo del último contrato suscrito. Por lo tanto, la excepción no prospera.

4.6.6 De las condenas en concreto.

En la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, respecto a las prestaciones sociales, se indicó:

"El restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo

desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad (...)"

Con fines de unificación, se indicó en el referido fallo:

"...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.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados."

Lo anterior permite concluir que en los casos en los que se demuestra la existencia del contrato realidad, deben reconocerse las prestaciones sociales que el contratista dejó de devengar con ocasión de la modalidad de vinculación a través de contratos de prestación de servicios, y tener ese tiempo como efectivamente laborado para efectos pensionales, correspondiendo hacer la liquidación con base en los honorarios pactados.

Respecto de los aportes para pensión, la Máxima Corporación señaló en sentencia posterior:

"En cuanto a los aportes para pensión, la Sala precisa que la entidad deberá calcular el ingreso base de cotización con base en los honorarios pactados para la época en que el actor prestó sus servicios y con base en ello, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá que efectuar los aportes correspondientes."

Con fundamento en tales lineamientos, será del caso reconocer la existencia de una relación de naturaleza laboral, por los extremos de **21 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011** como se encontró demostrado en el plenario, teniendo en cuenta que no hubo solución de continuidad.

En consecuencia, habiéndose acreditado la infracción de las normas constitucionales y legales en que debía fundarse, habrá lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio E-1300,05-201409131 del 29 de mayo de 2014 y en consecuencia ordenar a título de restablecimiento del derecho, pagar al demandante las prestaciones sociales ordinarias o comunes que estaban a cargo del empleador y que fueran devengadas por los servidores de planta de la entidad, para lo cual deberá tener en cuenta, como salario base el pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos, habida cuenta que no se demostró el salario devengado por los funcionarios de

planta de la entidad que para aquella época prestaran las mismas funciones que las del demandante; en la proporción correspondiente al periodo comprendido del **21 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011**.

Precisándose además en cuanto a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, dado su carácter de imprescriptibles, que sobre los mismos habrá lugar a su reconocimiento entre el **21 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011**, la entidad demandada deberá tomar como IBC pensional del demandante, el pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar; le corresponderá efectuar la cotización al respectivo fondo de pensiones, por el faltante de dicha diferencia solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para ello el accionante deberá acreditar haber efectuado el pago de las cotizaciones al sistema durante cada uno de sus vínculos contractuales, y en el evento de que no las hubiese hecho o exista diferencia en su contra, deberá el demandante cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

De otra parte y con relación a la indemnización que demanda la activa de la presente litis, por concepto del impago de cesantías y de la liquidación respectiva, se resalta que sobre las mismas no habrá lugar a disponer su reconocimiento, ya que como lo advirtió el Consejo de Estado en un caso similar de contrato realidad en el que se pedía la indemnización por mora en el pago de las cesantías "*La relación entre las partes se rituó bajo los designios de la Ley 80 de 1993 y solo a partir de la presente sentencia se genera la obligación a cargo de la entidad accionada de proceder en los términos de ley al reconocimiento de las cesantías, en consecuencia, al no acreditarse el presupuesto necesario para que se genere la sanción como es la mora, resulta improcedente su reconocimiento*". Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección 13. CP. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia de 13 de agosto de 2018. Exp. 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16)

Igualmente, las sumas que resulten adeudadas deberán ser traídas a valor actual conforme a la siguiente formula:

$$R = \frac{RH \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma liquidada en favor del demandante por concepto de retroactivo pensional, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, dividido por el índice inicial de precios vigente al 24 de febrero de 2013, fecha en que se causó el derecho.

4.6.7 Costas.

El Despacho no condenará en costas a la parte vencida, por cuanto no se encuentra acreditado que las partes generaran actuaciones y gastos procesales sujetos de tasación en costas, tal como lo dispone el numeral 8º. Del artículo 365 del C.G.P. en concordancia con el art. 188 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

5. FALLA:

PRIMERO. - Declarar no probada la excepción de "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" formulada por PAP FIDUPREVISORA S. A. -Defensa jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declarar probada la excepción de "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" formulada por la la Unidad Nacional de Protección y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

TERCERO. - Declarar no probadas las excepciones de "*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, pago*", conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. - **DECLARAR** la Nulidad del acto administrativo contentivo en el **oficio No. E-1300,05-201409131 del 29 de mayo de 2014**, por medio del cual se deniega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y derechos laborales reclamados por el demandante.

QUINTO. - **DECLARAR** la **existencia de un contrato realidad** de carácter laboral entre el señor Alain Alonso Ríos Gómez con el Extinto DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD — DAS —, desde el **21 de octubre de 2010 y 30 de junio de 2011**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO. - **A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR** al **PAP FIDUPREVISORA S. A. -Defensa jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y su Fondo Rotatorio**, a reconocer y pagar a favor del demandante ALAIN ALONSO RÍOS GÓMEZ, las prestaciones sociales ordinarias o comunes que estaban a cargo del empleador, devengadas por los servidores de planta de la entidad, para lo cual deberá tener en cuenta, como salario base el pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos, en la proporción correspondiente al periodo comprendido del **21 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011**.

SÉPTIMO. - **A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR** al **PAP FIDUPREVISORA S. A. -Defensa jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y su Fondo Rotatorio**, a reconocer y pagar al demandante, la cuota parte que el empleador dejó de trasladar a las entidades de seguridad social - Fondo de Pensiones, por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2010 al 30 de junio de 2011 y para lo que la entidad demandada deberá tomar como IBC pensional del demandante, el pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar; le corresponderá efectuar la cotización al respectivo fondo de pensiones, por el faltante de dicha diferencia solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para ello el accionante deberá acreditar haber efectuado el pago de las cotizaciones al sistema durante cada uno de sus vínculos contractuales, y en el evento de que no las hubiese hecho o exista diferencia en su contra, deberá el demandante cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

OCTAVO.- DENEGAR las restantes pretensiones de la parte demandante, con fundamento en los argumentos expuestos en el acápite correspondiente de las consideraciones de esta decisión.

NOVENO. - **ORDENAR** al **PAP FIDUPREVISORA S. A. -Defensa jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y su Fondo Rotatorio**, que deberá

pagar las sumas en cita, debidamente indexadas, conforme a la fórmula citada en la parte considerativa.

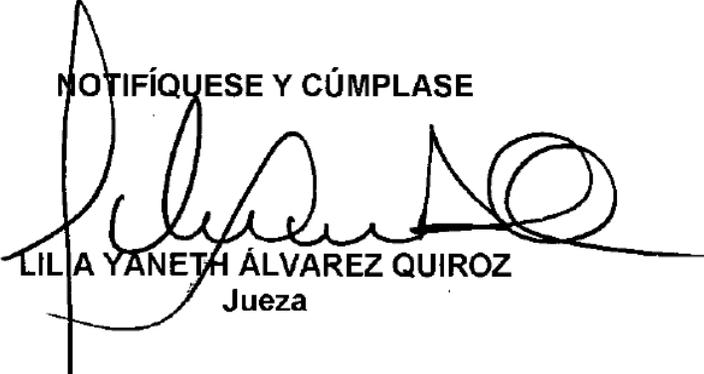
DÉCIMO. - A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMO PRIMERO. - Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

DÉCIMO SEGUNDO. - Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del CPACA

DÉCIMO TERCERO. - Ejecutoriado el presente fallo, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

P/AFP

Se deja constancia que por fallas en el aplicativo de firma electrónica se le imprime firma digitalizada.