

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Expediente : 11001-3342-046-2016-00039-00
Demandante : WISTON HERNAN TOVAR TOVAR
Demandado : UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN – UNP

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Wiston Hernán Tovar Tovar, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Unidad Nacional de Protección – UNP, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.1-51).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad del acto administrativo No. 88007 de 13 de junio de 2014, por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos reclamados.

Que se declare que entre el señor Wiston Tovar y el DAS, existió un contrato realidad, laboral, *2enmascarado en las formalidades del contrato de prestación de servicios desde la fecha de suscripción del primero de los contrato hasta la fecha de ejecución del último de los contratos suscritos entre esa entidad y nuestro mandante*”

A título de restablecimiento del derecho solicita “... el reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tiene derecho el señor Tovar, por haber laborado al servicio del DAS, desde la fecha de suscripción del primero de los contratos hasta la fecha de ejecución del último de los contratos suscritos (...)

A título de indemnización, al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tiene derecho mi mandante, por haber laborado al servicio del DAS, desde la fecha de suscripción del primero de los contratos hasta la fecha de ejecución del último de los contratos suscritos (...), de acuerdo con cada uno de los contratos y OPS obrantes en los archivos del DAS y en la hoja de vida de este por concepto de subsidio familiar.

... al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías (ley 50 de 1990 artículo 99 numeral 3).

... a pagar las sumas anteriores, con los ajustes de valor desde la fecha en que se causaron y generaron los derechos de cada una de ellas, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso y su posterior pago efectivo.

... a pagar al autor los perjuicios morales, en cuantía de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

... al pago de las costas del proceso.

... a pagar las sumas anteriores, de conformidad con los artículos 192 al 195 de la Ley 1437 de 2011.”

1.3 Hechos.

Relata que prestó sus servicios al DAS desde el 1 de junio de 2003 hasta el 30 de junio de 2005, de manera permanente, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

El 10 de junio de 2014, elevó petición a la entidad con el fin de obtener el reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales y demás emolumentos dejados de percibir durante el periodo de vinculación a la entidad al considerar que se consolidaron los elementos propios de la relación laboral y del contrato de trabajo. Petición que fue denegada mediante oficio No. 88007 de 13 de junio de 2014.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política, los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 53, 90, 122, 123, 125, 209, 229 y 269, Ley 80 de 1993, Decretos 1848/69, 3130/68, 1950/73, 1042/78, 643/04, 3074/68, 2146/89, 4057/11, 2404/13, 1180/11, 4065/11 y 1303/14.

Manifiesta que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, comoquiera que la entidad para no contratar directamente al actor, utilizó la fachada de contrato de prestación de servicios, pero en realidad, se evidencia que entre dicha entidad y el demandante se consolidó una relación laboral. Así, se infiere que la entidad demandada al negar el reconocimiento y pago de las prestaciones en favor de éste desconoció el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Contestación de la demanda

El apoderado de la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, para lo cual manifiesta, que el demandante afirma haber tenido una relación laboral con el extinto DAS, situación que desconoce, al considerar que la UNP es una de las asignatarias de funciones que estuvieron a cargo del extinto DAS, *“no significa ello que todo lo que figura a nombre o contra el DAS haya sido trasladado a la UNP. Precisamente la supresión del DAS y la creación de la UNP, se efectuaron en decretos separados, lo que lleva a concluir que la extinción de la una y el nacimiento de la otra, no implicó una subrogación total, ni mucho menos la absorción, sustitución o fusión de éstas, en ninguno de los decretos tanto de creación de la UNP como de supresión del DAS, se estipuló situación igual o similar”*.

Afirma que además de no tener conocimiento de los hechos narrados en la demanda porque es una entidad diferente con la cual el accionante nunca ha tenido ningún tipo de vinculación, no le correspondió tampoco, tener los archivos donde pudiera obtener tal información.

1.5 Audiencia inicial

El 4 de mayo de 2017, se celebró la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales

contempladas en dicho artículo, hasta el decreto de pruebas, diligencia en la que se cerró el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

1.6 Alegatos de conclusión

Parte actora: Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

Parte demandada: Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se planteó en el sentido de determinar si se configuraron los requisitos para declarar la existencia de una relación laboral y por tanto, se desvirtúan los contratos de prestación de servicios suscritos entre el DAS y el demandante, lo que daría ocasión al consecuente pago de los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Derecho de petición de fecha 10 de junio de 2014 por medio del cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales a que haya lugar por configurarse la existencia de un contrato de trabajo (fs.59-66).
- ✓ Oficio No. 88007 de 13 de junio de 2014 por medio del cual niega la petición del demandante, referente al reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales a que haya lugar por configurarse la existencia del contrato de trabajo (fs.54-57).
- ✓ Copia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Tovar Tovar y el DAS (fs.85-108).

- ✓ Orden de pago expedida por el DAS a favor del señor Tovar Tovar (fs.125-148).
- ✓ Misiones y comisiones encomendadas al demandante por parte del DAS (fs.149-186).

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.4 Naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios

Sea lo primero indicar que el contrato de prestación de servicios es una figura propia del derecho civil¹, adaptada por el legislador colombiano como una forma de contratación estatal, consistente en el acuerdo de voluntades entre un particular (persona natural) y la administración con la finalidad de ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre y cuando el personal de la misma no pueda ejecutar dicha función, o en su defecto, las labores a ejecutar requieran conocimientos técnicos o especializados.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, define el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“(…)

3. Contrato de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

¹ ARTICULO 1495. DEFINICIÓN DE CONTRATO O CONVENCION. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

(...)” (*Negrita por el Despacho*)

De la citada norma, se infiere que en ningún evento los contratos de prestación de servicios pueden llegar a concebir relaciones laborales, atendiendo que las formas de vinculación laboral al servicio público están expresamente definidas en el artículo 125 de la Constitución Política y en las leyes que lo reglamenten; sin embargo, la realidad ha demostrado que la administración se ha valido del mencionado contrato no sólo para evitar la carga salarial y prestacional que deviene de aquellas, sino también con ánimo burocrático.

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estableció como elemento esencial del contrato de prestación de servicios la autonomía e independencia, para lo cual indicó:

“(…)

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

(…)”

Asimismo, en dicho proveído el máximo tribunal constitucional, puntualizó que el elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, es la subordinación o dependencia que tiene el empleador respecto del trabajador, elemento que no hace parte del contrato de prestación de servicio. Al respecto, prescribió la Corte Constitucional lo siguiente:

“(…)

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente

desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

(...)

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

(...)"

De conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional, se colige que en todo caso el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, siempre y cuando se evidencie la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual emanará en favor del contratista el derecho al pago de prestaciones sociales y demás provenientes de la relación laboral, atendiendo al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Igualmente, precisa este juzgador que de la lectura del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se colige que el contrato de servicios personales no se debe aplicar cuando el personal de planta sea insuficiente para cumplir con la función administrativa, sino que por el contrario, la aplicación de dicha figura es viable cuando las funciones a cumplir no estén asignadas al personal de la entidad, es decir, cuando se trate de desarrollar o ejecutar competencias que no son del giro ordinario de aquella, así lo ha precisado la Jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca².

De lo anterior se concluye, que los contratos de prestación de servicios son una forma de apoyo a la gestión estatal, para desarrollar actividades relacionadas con

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", sentencia de 18 de noviembre de 2010, M. P. Dra. Amparo Oviedo Pinto, Rad. No. 2007-00307-01, Actor: Francisco Javier Valenzuela.

la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que no estén relacionadas con su giro ordinario de sus actividades y cuando no pueden ser desempeñadas por personal adscrito a la planta global de ésta.

2.5. Principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios

Tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado en su jurisprudencia se han visto abocados a acudir a los principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios u otra modalidad contractual, las cuales, como antes se indicó, se materializan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así, 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, tiene plena operancia en aquellos eventos en los que a través de la figura del contrato de prestación de servicios se pretende evitar las obligaciones prestacionales y salariales derivadas de 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 calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

En consecuencia, pese a que la forma o denominación del contrato sea la prestación de servicios, en todo caso se podrá demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, cuando la misma haya estado oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, siempre y cuando se acredite la concurrencia de los elementos esenciales de la misma, esto es, una actividad en la entidad empleadora que haya sido **personal**, que por dicha labor se haya recibido una **remuneración** o pago y, finalmente, se debe probar que en la relación existió **subordinación** o **dependencia**.

Las anteriores precisiones tienen plena vigencia cuando el actor pretende el reconocimiento de una **relación laboral** que lo vinculaba a la administración (trabajadores oficiales), no obstante, los anteriores criterios, propiamente el referente a la existencia de una subordinación, deben ser valorados en contexto

cuando el demandante busca la declaratoria de la existencia de una **relación legal y reglamentaria** (empleado público), donde el criterio de subordinación tiene un alcance y connotación distinto al aplicable a los contratos de trabajo. Al respecto, es conveniente precisar lo siguiente:

- El empleado público no está sometido, en principio, a subordinación frente a un superior, la cual es propia de la relación laboral privada; aquí la subordinación debe ser entendida como la obligación del servidor de obedecer y cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes.
- Para que una persona que se encuentre vinculada al Estado, se entienda que desempeña un empleo público, es necesario que se den los elementos propios y atinentes a la existencia de los empleos estatales, los cuales son a saber: i) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) La determinación de las funciones propias del cargo ya previsto en la planta de personal; iii) y la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo.
- Cuando el demandante pretenda la declaratoria de la existencia de la **relación legal y reglamentaria** entre éste y la Administración, en atención a que no ocupó un empleo público, sino que tuvo una vinculación contractual con el Estado, es indispensable que se acredite que las funciones que realizó están asignadas a un empleo que hace parte de la planta de personal, o que sean similares a las de un cargo de planta.

De conformidad con lo anterior, la persona que pretenda sean protegidos sus derechos prestacionales y salariales, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, respecto a la relación legal y reglamentaria, deberá acreditar:

- La existencia del empleo al que alega que estuvo vinculado, o que existan cargos con funciones similares a las que desarrolló.
- Deberá demostrar, además de la prestación personal del servicio y de la remuneración recibida, que las funciones desplegadas por éste se encuentran regladas, lo cual conlleva a concluir que estuvo **sometido** a lo dispuesto por la Ley y el Reglamento con relación a las mismas, y

- Debe acreditar que las funciones por éste desplegadas tienen plena relación con el objeto de la Entidad Pública donde prestó sus servicios.

Cuando se logre acreditar lo anterior, en desarrollo de los derechos constitucionales al trabajo y a la primacía de la realidad sobre las formalidades, el trabajador tendrá derecho a que se le reconozcan las prestaciones sociales dejadas de percibir, las cuales se le otorgarán a título de restablecimiento del derecho, sin que por ello se convierta en un empleado público, tal y como lo consideró el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 27 de abril de 2016, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Proceso No. 2525-14, cuando señaló:

“(...) Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. (...)”.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

CASO CONCRETO

De acuerdo a la fijación del litigio planteada, se pronunciará el Despacho respecto de la solicitud de nulidad del Oficio No. 88007 de 13 de junio de 2014, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de las acreencias salariales y prestaciones y la declaratoria de la existencia del contrato realidad.

Así entonces, se procederá a establecer si concurren los elementos de una relación laboral, esto es, **prestación personal del servicio, remuneración y la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.**

Respecto del elemento de prestación personal del servicio, observa este Juzgador que el señor Wiston Hernán Tovar Tovar prestó sus servicios brindando protección a personas que se encontraran en situación de riesgo contra su vida, integridad, seguridad o libertad por causas relacionadas con la violencia política o con el conflicto armado interno, como se deduce de cada uno de los contratos de prestación de servicios allegados al expediente, y que se relacionan a continuación:

Nº. Contrato	Periodo	Folios
008-2003	De 30/05/2003 a 30/11/2003	85-89
270-2003	De 28/11/2003 a 30/04/2004	91-94
209-2004	De 30/04/2004 a 28/02/2005	96-102
094-2005	De 28/02/2005 a 30/06/2005	103-108

De los contratos de antes indicados, igualmente, se logra establecer que la prestación del servicio del señor Wiston Hernán Tovar, como escolta fue de manera continua e ininterrumpida desde el 30 de mayo de 2003 hasta el 30 de junio de 2005.

Por otra parte, observa el despacho a folios 125 a 148 las órdenes de pago expedidas por el DAS en favor del señor Wiston Hernán Tovar Tovar, en la que se constata el pago de honorarios en cada uno de los contratos de prestación de servicios, configurándose así, el segundo elemento constitutivo de una relación laboral, es decir, la remuneración.

Igualmente obran en el proceso misiones de trabajo específicas³, suscritas por el Coordinador de Seguridad Instalaciones y Avanzadas del Departamento Administrativo de Seguridad, de las cuales también es posible concluir, que las labores desarrolladas por el demandante no eran eventuales sino permanentes y que recibía una remuneración mensualmente por dichas labores.

De lo expuesto se puede concluir que el demandante prestaba sus servicios de forma personal, se encontraba bajo la subordinación permanente y percibía una remuneración por dichos servicios, por lo que, se encuentran reunidos los requisitos para la existencia de una relación laboral. Así las cosas, mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad del demandante se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por el Coordinador de Seguridad Instalaciones y Avanzadas, prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno⁴.

³ Visible a folios 149-162

⁴ Consejo de Estado, 4 de noviembre de 2004, Expediente No. 150012331000199902561-01, Rad. No.3661-2003, CP. Alejandro Ordóñez Maldonado, demandante: Marten Fúquene Ramos.

Aunado a lo anterior, se evidencia que las labores desarrolladas por el demandante no eran eventuales sino permanentes, por tanto, no puede desconocer el Despacho la forma irregular como procedió la entidad, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones normativas referidas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste.

De lo anterior se deduce que el demandante se encontraba bajo una relación de orientación y mando, pues no podía ejercer en forma libre y autónoma su actividad, al encontrarse sujeto a las órdenes del respectivo superior.

Corolario de lo anterior, es válido afirmar que durante el tiempo que duró la relación entre el señor Wiston Hernán Tovar Tovar y el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, pese a la denominación que se le dio, existió una relación laboral, encubierta por los contratos de prestación de servicios por lo que, se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto el demandante prestó sus servicios como Escolta en dicha entidad, de manera subordinada y en forma permanente desde el 30 de mayo de 2003 hasta el 30 de junio de 2005.

Así entonces, se logró demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, toda vez que la misma estuvo oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, el servicio prestado por el accionante, fue **personal**, y con ocasión a la prestación de sus servicios a la entidad, recibió una **remuneración**, finalmente se demostró que en la relación existió **subordinación**. En este sentido es del caso recordar que demostrada **la relación laboral oculta** detrás de un contrato de prestación de servicios, el efecto normativo y garantizador del principio de primacía de la realidad sobre las formas se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales del trabajador, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, razón por la cual, la pretensión de nulidad está llamada a prosperar.

No obstante lo anterior, precisa el Despacho que los derechos derivados del contrato de prestación de servicios se encuentran prescritos de conformidad con la posición fijada por el Consejo de Estado en sentencia del 09 de abril de 2014. Rad No. 20001233100020110014201 (0131-13) en la que precisó que “...*la solicitud de*

la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración. ...”, en tal sentido, y como desde la fecha de terminación del contrato de prestación de servicios celebrado entre el señor Tovar Tovar y el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS (30 de junio de 2005) y la fecha de presentación del escrito de reclamación de las prestaciones sociales (10 de junio de 2014), ha transcurrido un término mayor a tres años, se deduce, que los derechos derivados del referido vínculo contractual se encuentran prescritos, razón por la cual, no resulta procedente conceder los emolumentos deprecados, por cuanto no se reclamaron oportunamente.

Pese a lo anotado, se advierte que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal y como lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de unificación⁵, al considerar lo siguiente:

“(...) A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

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

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

Así las cosas, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 30 de mayo de 2003 y el 30 de junio de 2005) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER. Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016. Rad: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL.

diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, 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 la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el accionante, 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, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Por último, en cuanto al pago de perjuicios morales pretendidos en 100 SMLMV, tampoco se reconocerán, teniendo en cuenta que el demandante no probó en qué forma y aspectos se produjo el daño moral alegado, pues la mera afirmación o solicitud de pago no conlleva que el Juez suponga la afectación moral reclamada.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia

dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”⁶.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de

⁶ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

⁷ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho.⁸

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. 88007 de 13 de junio de 2014, por medio del cual se negó al demandante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral con el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS desde el 30 de mayo de 2003 al 30 de junio de 2005, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN – UNP, tomar (durante el tiempo comprendido entre el 30 de mayo de 2003 y el 30 de junio de 2005) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, 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 la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

⁸ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

TERCERO. La entidad demandada deberá efectuar la actualización sobre las sumas adeudadas, según la fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

QUINTO. Declárase que el tiempo laborado por el señor WISTON HERNAN TOVAR TOVAR al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS (LIQUIDADO) como Escolta bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 30 de mayo de 2003 al 30 de junio de 2005, se debe computar para efectos pensionales.

SEXTO. DECLARASE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN respecto de los emolumentos deprecados en la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SÉPTIMO. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

NOVENO. Ejecutoriada esta providencia por secretaría, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez