**CONTRATO REALIDAD – Principio de primacía de la realidad sobre las formas**

La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: No importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad a aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Finalidad**

El contrato de prestación de servicios lo celebran las entidades del Estado con personas naturales o jurídicas con el objeto de desarrollar actividades que tienen que ver con su funcionamiento, en aquellos casos en que éstas no se pueden llevar a cabo con el personal perteneciente a ella. Empero, la norma legal establece que dicho contrato en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebra por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

**RELACIÓN LABORAL – Existencia – Forma de demostrar – Elementos**

Para efectos de demostrar la relación laboral derivada de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. 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. (…) se tiene que una vez que se han reunido los tres elementos que consagra el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación introducida por la Ley 50 de 1990, se puede hablar de la existencia de un contrato de trabajo, sin que tenga importancia o relevancia jurídica la denominación o el nombre que se le dé ni otras condiciones o modalidades que se adicionen.

**CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba**

El ordenamiento procesal contenido en la Ley 1564 de 2012, establece en su artículo 164 que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho. (…) La importancia de la prueba en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. (…) permite colegir que los supuestos fácticos alegados por la accionada en vía de la impugnación, relacionado con la inexistencia de subordinación en la ejecución del contrato de prestación de servicio a cargo del actor, la labor o función de protección distinta a dignatarios en cabeza de entidades distintas a la accionada y la presunta valoración inadecuada de los testimonios, implica necesariamente que en el proceso existan los elementos probatorios que permitan al fallador obtener la certeza o fijación formal del supuesto de hecho argüido, de tal suerte que la prueba cumpla con el objetivo de determinar que tal hecho se constituye en fundamento de la decisión, examen y valoración que la Sala llevará a cabo más adelante en el acápite del caso o resolución del asunto en concreto.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCION “B”**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00313-01(2624-14)**

**Actor: ROBINSON PEÑA DOMÍNGUEZ**

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD**

**Referencia: CONTRATO REALIDAD - DEMANDANTE DEMUESTRA LA SUBORDINACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LA LABOR DE ESCOLTA A CARGO DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS**

La Sala decide[[1]](#footnote-1) el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la sentencia de 30 de enero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander por medio de la cual, accedió a las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**
2. **Demanda.**

El señor Robinson Peña Domínguez a través de apoderado y en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presenta demanda contra el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, en supresión, con la finalidad de que en la sentencia se acceda a la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio OJUR No. 72843 – 9 de 30 de abril de 2012, mediante el cual se niegan los derechos y acreencias laborales derivados de los contratos de prestación de servicios que el demandante ejecutó como escolta.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor se declare la existencia de una relación laboral con el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, en supresión, de conformidad con los contratos de prestación de servicios y se condene a la entidad demandada al pago de todas las prestacionales sociales que percibe un escolta de planta en la institución.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes:

**H E C H O S**

Manifestó haber sido vinculado contractualmente al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS como escolta, prestando los servicios en la ciudad de Bucaramanga, como sede principal.

Alega que las labores de protección las realizó en idénticas condiciones a las de los escoltas pertenecientes a la planta de personal de la entidad.

Arguye que en tal condición, se presentan los elementos del contrato de trabajo como son: 1) La prestación personal del servicio, 2) la contraprestación o retribución por la labor ejecutada y, 3) la subordinación jurídica y permanente.

Señaló que recibió y cumplió órdenes directas de las personas a quienes protegía y que fueron asignadas por la entidad demandada, que cumplió el horario de un escolta, el cual comenzaba a las 4 de la mañana y se extendía hasta las 9 o 12 de la noche.

Dijo que el protegido le impartía órdenes tales como: Recoger en el vehículo a miembros de su familia, realizar diligencias personales de mensajero, hacer diligencias bancarias y pagar servicios públicos.

Adujo cumplir órdenes directas, escritas o telefónicas del Jefe de Protección del DAS y misiones de trabajo que debía cumplir fuera de la sede habitual de trabajo, pero en ocasiones, la misión se prolongaba y tenía que solicitar autorización al jefe para ampliarla y luego se legalizaba.

Informó que, en los eventos en que la persona bajo protección tenía que salir del país y el escolta no estaba autorizado para acompañarlo, debía presentarse en las instalaciones de la entidad y estar disponible para reforzar otros esquemas de seguridad.

Argumentó que el DAS le facilitaba el armamento, la munición, el radio de comunicaciones, el chaleco antibalas, el vehículo y demás materiales de logística para cumplir la función protectora. Que como escolta jamás pudo ejercer su actividad sin las instrucciones, determinaciones y órdenes impartidas por la entidad, lo que conduce a demostrar la inexistencia de autonomía e independencia. Además, tenía que acatar las medidas de seguridad aprobadas por el comité de reglamentación y evaluación de riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia.

**NORMAS VIOLADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Como normas presuntamente quebrantadas con el acto acusado, se invocaron el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 42, 53, 122 y 209 de la Constitución Política. Como normas legales transgredidas se citaron: El artículo 3º del C.C.A.; el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; los artículos 1, 19 y 21 de la Ley 909 de 2004.

En cuanto a los cargos de nulidad alegados, formuló los siguientes: Falsa motivación, desviación de poder y vicios en la forma y en el procedimiento para la expedición del acto.

Señaló que en este caso, los distintos contratos de prestación de servicios que suscribió con el DAS son verdaderos contratos de trabajo, toda vez que en ellos se configuran los tres elementos de la relación laboral, es decir, la prestación personal del servicio, la contraprestación o retribución por los servicios o labor ejecutada y la subordinación jurídica.

En el punto relacionado con la falsa motivación, el actor señaló que el acto acusado se debe anular porque se evidencia que en él se plasmaron consideraciones ilegales que no corresponden a una verdadera motivación: 1) que se sometió a un acuerdo de voluntades, 2) que el actor no ostentó calidad de empleado público, 3) que el contrato de prestación de servicios se encuentra definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y 4) que el contrato diferente se justifica porque no se vinculó legal ni reglamentariamente.

Sobre la desviación y abuso de poder adujo que, la entidad resolvió la solicitud del actor a través de una interpretación amañada y arbitraria.

Agregó que la desviación de poder no solo conlleva a extralimitarse sino a obrar de manera omisiva. Que el acto se expidió acogiendo la sugerencia del comité de conciliación del DAS sin tener en cuenta los cambios jurisprudenciales aplicables al asunto.

Sobre los vicios de forma y procedimiento alegó que el acto demandado es ilegal porque desconoció los trámites de ley para expedirse, ya que la irregularidad procedimental devino desde el otorgamiento del primer contrato de prestación de servicios pues, en su sentir, no se podía contratar escolta por largo tiempo cuando el DAS ejercía las funciones de manera permanente y que lo legal era haber creado los cargos en la planta de personal.

1. **OPOSICIÓN A LA DEMANDA**

La entidad accionada se opuso a la demanda arguyendo que, el contrato de prestación de servicios es un convenio celebrado entre una persona natural y/o jurídica con el Estado, a través del cual, se obliga a desarrollar en forma excepcional actividades relacionadas con la administración de la entidad o para realizar acciones técnicas o especializadas que no se pueden asumir con el personal de planta. Que si bien, con ello se materializa una relación bilateral, ésta no admite el elemento de la subordinación del contratista quien actúa de manera autónoma e independiente y sujeto a los términos contractuales.

Señaló que el objetivo de los contratos que celebró el DAS con personas naturales fue la prestación de servicios de protección, con sede principal en la ciudad donde se contrataba y de manera eventual, en la ciudad donde se asignara el esquema de protección, como componente del programa del Ministerio del Interior y de Justicia, a personas amenazadas, entre ellas, dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos.

Sostuvo que no se puede predicar que un contrato que suscribe el DAS con un particular para brindar seguridad a determinado grupo poblacional en riesgo genere una relación laboral.

1. **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Santander accedió a las pretensiones de la demanda al concluir que hubo una relación laboral entre el Departamento Administrativo de Seguridad y el señor Robinson Peña Domínguez, en la que éste prestó servicios como escolta dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos, en el período comprendido entre el 4 de agosto de 2003 y el 30 de marzo de 2011.

En consecuencia, condenó al DAS a pagarle las prestaciones sociales en el equivalente a las que perciban los escoltas de la entidad, liquidadas de acuerdo con los valores pactados en los contratos y sin solución de continuidad. Además, el tiempo laborado se debe computar para efectos pensionales y la entidad efectuará las correspondientes cotizaciones. Así mismo condenó a la demandada a pagar los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que el actor demuestre haber realizado y que se debieron trasladar a los fondos correspondientes. También condenó en costas a la entidad y fijó como agencias en derecho el 1% de la condena.

1. **EL RECURSO DE APELACIÓN**

El Departamento Administrativo de Seguridad a través de memorial de fecha 12 de febrero de 2014, apela la sentencia de primera instancia, para lo cual, presenta los siguientes argumentos: Aduce que los contratos de prestación de servicios, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se celebran por la especialidad de la materia dado que la labor de protección no hace parte de la función pública encomendada a la entidad demandada. Que se desconoció el elemento coordinación que es propio de las relaciones contractuales y para el ejercicio del servicio encomendado.

En relación con las actividades que materializan la función del DAS, arguyó que la labor de protección de personas distintas a los dignatarios, se debe asumir por otras entidades y que en este caso, dicha labor está encomendada al Ministerio del Interior de manera transitoria.

Sobre el elemento de la temporalidad, sostuvo que la permanencia en la institución implica la existencia de una relación laboral temporal y que esta no es *per se* un elemento configurativo de la relación laboral.

Indicó que la ejecución de las funciones de los empleados públicos está dada por la ley y que la extralimitación en las mismas genera responsabilidad. Que en este caso, no se apreció la descripción del empleo público y que se limitó a señalar la permanencia en la disponibilidad, lo cual es una función propia del detective, por tanto, el actor desborda el propio contrato y cumple funciones de la planta del DAS.

Con relación a los testimonios practicados, alega que la interpretación dada desatiende el tenor de lo dicho, pues, el *a quo* parte del supuesto de que lo manifestado tiende a señalar que se debía informar al DAS sobre sus salidas de la ciudad con el protegido, lo cual corresponde a la subordinación que, en su sentir, es una suposición que carece de fundamento y desconoce el mismo contrato, esto es, la custodia de las personas protegidas. Así mismo, señala que los declarantes tienen un interés directo en las resultas del proceso, toda vez que los mismos son demandantes dentro de procesos con homogeneidad de pretensiones.

Aduce que las pruebas que sustenta la declaratoria de existencia del elemento subordinación, deben apreciarse en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, para lo cual, debieron consultar los documentos oficiales como las misiones, órdenes de trabajo y las minutas de novedad en el servicio. Agregó que en este caso no se verificaron los documentos públicos que acreditan las órdenes impartidas por los directivos del DAS a sus agentes.

Señaló que los servicios de protección a personas amenazadas o defensoras de derechos humanos no es, ni ha sido autónoma de la entidad sino que el antecedente se encuentra en el Decreto 372 de 26 de febrero de 1996 que se relaciona con la estructura interna del Ministerio del Interior, en donde se establecen programas de protección a testigos y personas amenazadas con el apoyo del DAS y otros organismos.

1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

La parte demandante guardo silencio en esta oportunidad procesal.

Por su parte, la entidad accionada presentó escrito de alegaciones finales, reiterando lo manifestado en su escrito de contestación y apelación, al señalar que no se configuró la subordinación como elemento propio de una relación laboral.

Por último, el Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad.

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandada en su escrito de apelación y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:

**Problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar si el demandante señor Robinson Peña Domínguez demostró haber prestado el servicio de escolta bajo la subordinación del DAS, elemento indispensable para la configuración de una relación laboral como “contrato realidad” o si en su defecto, solo fue acreditado el cumplimiento de unas obligaciones contractuales pactadas entre aquel y el Departamento Administrativo de Seguridad DAS- mediante contratos de prestación de servicios.

En segundo lugar, deberá establecerse si el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en una indebida valoración de la prueba testimonial recepcionada en el proceso, que conllevó a la decisión apelada.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala en primer lugar, abordará el estudio del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, los elementos de la relación laboral y el contrato de prestación de servicio. En segundo orden, precisará acerca de la importancia de la prueba en la definición de un conflicto jurídico y su valoración para la resolución del litigio, garantía que permitirá en el caso bajo estudio, establecer si en efecto, el demandante desarrolló la labor de escolta bajo la continuada subordinación de la contratante. Finalmente, se resolverá el caso en concreto.

1. **El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, los elementos de la relación laboral y el contrato de prestación de servicio.**

La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53[[2]](#footnote-2) de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: No importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.

Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad a aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

Lo anterior, atendiendo que el contrato de prestación de servicios[[3]](#footnote-3) lo celebran las entidades del Estado con personas naturales o jurídicas con el objeto de desarrollar actividades que tienen que ver con su funcionamiento, en aquellos casos en que éstas no se pueden llevar a cabo con el personal perteneciente a ella. Empero, la norma legal[[4]](#footnote-4) establece que dicho contrato en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebra por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

Es por ello que, para efectos de demostrar la relación laboral derivada de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales[[5]](#footnote-5) de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. 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.

En este orden de ideas, se tiene que una vez que se han reunido los tres elementos que consagra el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación introducida por la Ley 50 de 1990, se puede hablar de la existencia de un contrato de trabajo, sin que tenga importancia o relevancia jurídica la denominación o el nombre que se le dé ni otras condiciones o modalidades que se adicionen.

Es así como la Sala[[6]](#footnote-6) ha señalado que 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 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 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.

1. **La importancia de la prueba en la definición de un conflicto jurídico y su valoración para la resolución del litigio.**

El ordenamiento procesal contenido en la Ley 1564 de 2012, establece en su artículo 164 que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”

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

Precisa la Sala que conforme a la teoría cognoscitivista de la prueba[[7]](#footnote-7), los hechos constitutivos son precisamente los que fundamentan la pretensión del actor o si se quiere, los que constituyen el presupuesto del derecho que reclama, de tal suerte que, la prueba juega un papel trascendental en la resolución del conflicto, en la medida que a través de ella es posible hacer la fijación formal de los hechos, como quiera que el proceso gira alrededor de los supuestos fácticos sobre los cuales el juez toma la decisión basándose en ello, por lo que es necesario, que la prueba cumpla con el objetivo de determinar qué hechos pueden tomarse como fundamento de la decisión.

Lo antes mencionado, permite colegir que los supuestos fácticos alegados por la accionada en vía de la impugnación, relacionado con la inexistencia de subordinación en la ejecución del contrato de prestación de servicio a cargo del actor, la labor o función de protección distinta a dignatarios en cabeza de entidades distintas a la accionada y la presunta valoración inadecuada de los testimonios, implica necesariamente que en el proceso existan los elementos probatorios que permitan al fallador obtener la certeza o fijación formal del supuesto de hecho argüido, de tal suerte que la prueba cumpla con el objetivo de determinar que tal hecho se constituye en fundamento de la decisión, examen y valoración que la Sala llevará a cabo más adelante en el acápite del caso o resolución del asunto en concreto.

1. **Del caso en concreto**

El Departamento Administrativo de Seguridad DAS, cuestionó la sentencia al señalar que el *a-quo* no apreció las pruebas en su conjunto pues, con el propósito de determinar la realidad sustancial que orientó la relación jurídica contractual, el *a quo* debió consultar los documentos públicos señalados por el actor como misiones y ordenes de trabajo, los cuales acreditan la labor de coordinación que existió en la ejecución del contrato, mas no la subordinación como elemento de la relación laboral.

Al valorar la Sala el acervo probatorio obrante en el proceso, se evidencia a folio 414 al 473 del expediente, las copias de las ordenes de trabajo o misiones de trabajo emitidas por el Departamento Administrativo de Seguridad y dirigidas al actor, a través de las cuales, se dispuso la prestación del servicio de seguridad y protección a personas que hacían parte del Programa de Protección a líderes sindicales protegidas tales como los señores Ary Rodrigo Córdoba y Efraín Guerrero Beltrán, quedando demostrado que el actor prestó sus servicios como escolta del DAS durante el periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2003 y el 30 de marzo de 2011, desvirtuándose de esa manera, el carácter temporal o excepcional del servicio contratado por el DAS.

Ahora bien, en cuanto al elemento subordinación y dependencia, se probó en el expediente las ordenes operativas o misiones de trabajo[[8]](#footnote-8) que le eran encomendadas al actor, en las cuales se especifica la persona a quien le prestaría el servicio de seguridad, el término asignado a dicha persona, el vehículo estipulado y las instrucciones particulares sobre la labor a desarrollar.

Es claro para la Sala que en dichas ordenes o misiones de trabajo se impartían instrucciones al demandante en el sentido que, el contratista debía hacer contacto con la persona protegida en el lugar habitual y acompañarlo a todos los lugares que éste visitase, extremando al máximo todas las medidas de seguridad, tendientes a proteger la vida e integridad física del personaje, portando para tal fin, armamento de dotación oficial y chaleco antibalas, realizándose los desplazamientos en el vehículo asignado por la entidad[[9]](#footnote-9).

Como se observa, la función de protección que desarrolló el actor no es distinta de la consagrada en el parágrafo del artículo 2º del Decreto 643 de 2004[[10]](#footnote-10), como quiera que una de las funciones generales del DAS también era prestar seguridad a personas y dignatarios, distintas de las dispuestas en el numeral 14 del mismo artículo, como fue la protección de sindicalistas y activistas de derechos humanos, con lo que queda probado que se trató de una función permanente y del componente misional de la entidad desarrollada por el actor en su condición de contratista.

En este orden, se encuentra demostrado que el actor ejerció funciones que son inherentes y que hacían parte del elemento misional de la entidad, al llevar a cabo la prestación del servicio de protección y seguridad entre otros a los señores Ary Rodrigo Córdoba y Efraín Guerrero Beltrán [[11]](#footnote-11), en su calidad de personas bajo esquema de protección del DAS y a quien el actor le prestó los servicios de escolta, funciones que forman parte del giro ordinario del objeto del DAS, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento de funciones propias de la entidad que implican subordinación, las que no podían ser contratadas mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios conforme a las normas vigentes.

En ese mismo hilo conductor, reposa en el proceso la declaración rendida por el señor Alonso Ardila Rojas[[12]](#footnote-12) y Henry Alfonso Niño Ortega, personas que estuvieron vinculadas contractualmente con la demandada y quienes al igual que el actor, prestaron sus servicios de escolta contratista, testimonios que resultan de capital importancia, como quiera que se trata de personas que tuvieron un conocimiento directo de los hechos objeto de debate.

En ese sentido, el señor Alonso Ardila Rojas afirmó lo siguiente:

 “ (…) Mi profesión es escolta desde que salí de la armada en el año 88, siempre he ejercido la actividad de escolta… en este momento en el programa de protección de la vicepresidencia de la república. Entre en el año 2003 con Fonade y el 1 de diciembre de 2003 con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, estuve hasta el 10 de enero de 2009 y desde ese tiempo hasta la fecha estoy con una empresa privada pero manejada por el Estado en el programa de protección a líderes sindicales, defensores de derechos humanos y ONG… Yo distinguí prácticamente desde que entre al programa en el año 2003, cuando comencé con Fonade, éramos compañero y yo ingrese en el año 2005 al esquema del señor Efraín Guerrero Beltrán, esquema donde estaba Robinson Peña Domínguez, con él trabaje consecutivo hasta finalizando el 2008 y de ahí lo sigo conociendo de trato y de palabra… Sírvase decir al despacho cual era la actividad laboral que desempeñaba el señor Peña Domínguez como escolta. CONTESTÒ: Prestar seguridad a don Efraín Guerrero Beltrán en su caso, porque era una persona que estaba protegida por el estado, en su tiempo, programa que era dirigido por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS bajo los parámetros de la misma entidad… Manifiéstele al despacho, si sabe si el señor Peña Domínguez en su condición de escolta al servicio del DAS era la persona que escogía a la persona a proteger y la ciudad y el esquema de seguridad al cual quería pertenecer. Si era así, indíquelo y si no lo era, quien ordenaba esas actividades. CONTESTO. No, quien escogía al personaje era el Departamento Administrativo de Seguridad, específicamente, el jefe de protección, pro carta dirigida por el Departamento Administrativo de Seguridad seccional Bucaramanga, mediante el cual constaba, que el señor Robinson Peña Domínguez iba a ser escolta del señor Efraín Guerrero Beltrán desde tal fecha, dándole una orden directa el jefe de protección…Manifiéstele al despacho si los escoltas, dentro de ellos, Robinson Peña Domínguez, dentro del esquema al cual pertenecía utilizaban medios logísticos para lograr una efectiva protección de la persona. En caso afirmativo, manifieste cuales eran esos medios logísticos y a quien pertenecían los mismos. CONTESTÒ: Los medios logísticos era un armamento, una pistola con sus debidos proveedores, munición, chaleco antibala, carnet, teníamos un carro asignado por el Departamento Administrativo de Seguridad…Manifiéstele al despacho si el señor Robinson Peña prestaba esos servicios de forma autónoma o independiente o si por el contrario, debía estar obedeciendo la orden de alguien. En caso afirmativo, de quien las obedecía. CONTESTÒ: No, siempre era mediante ordenes escritas y en su efecto, al jefe de protección… Manifiéstele al despacho si el protegido en algunas ocasiones tuvo que salir del país y en esos eventos, diga si los escoltas lo acampaban al exterior o que se quedaban haciendo. CONTESTO: Cuando el señor se desplazaba a otro país, el señor Robinson Peña quedaba en disponibilidad en el DAS, por ejemplo, en los diciembres que era en donde necesitaban más, en efecto, el jefe de protección le pedía al escolta se colocara el chaleco del DAS y una subametralladora a prestar servicio de seguridad en las instalaciones, siempre quedaba a disponibilidad, no se podía decir, me voy para la casa, eso era orden directa del jefe de protección… Señale al despacho, si el señor Robinson Peña cumplía un horario de trabajo para la prestación de su servicio. CONTESTÒ: El horario que tenía el señor Robinson era disponibilidad las 24 horas, en su defecto, se sabía la hora de entrada, podría, ser 4, 5 6 de la mañana, se trabajaba hasta las 10, y 11 de la noche, se firmaba un libro donde constaba la hora de salida, se entregaba el armamento al armerillo, se disponía para su casa, y si se el protegido requería el servicio a la media hora debía firmar la salida, la recepción del armerillo etc…”

Así mismo, obra en el proceso la declaración rendida por el señor Henry Alfonso Niño Ortega quien manifestó:

 “ (…) Que conocimiento tiene usted de la relación laboral que tuvo el señor Henry Niño (sic), con el DAS y diga si lo conoce, y desde cuando lo conoce y que tipo de vinculación tenia, cuál era la vinculación que tenía con el DAS. CONTESTÒ: Lo conozco desde el año 2007, cuando el también estaba cumpliendo funciones de escolta con el DAS. Sírvase indicar al despacho cual era la función que cumplía el señor Henry Niño (sic) en el DAS. CONTESTÒ: La función era de conductor escolta… Manifiéstele al despacho, si sabe si el señor Peña Domínguez en su condición de escolta al servicio del DAS era la persona que escogía a la persona a proteger y la ciudad y el esquema de seguridad al cual quería pertenecer. Si era así, indíquelo y si no lo era, quien ordenaba esas actividades. No, él no escogía, a nosotros nos asignaba el DAS el personaje. Manifiéstele al despacho, si el DAS el impartía órdenes al señor Peña Domínguez de manera verbal o escrita y en qué consistían: CONTESTO: LAS ORDNES LAS IMPARIT AEL Das verbal y por escrito también… A nosotros nos hacían una presentación al protegido por medio de una carta que decía que éramos el personal de seguridad y donde también hablaba que el tiempo de disponibilidad era de 24 horas del día… manifieste al despacho cuales eran los medios logísticos que utilizaban los escoltas para proteger en los esquemas de seguridad: CONETSTO: Arma de dotación oficial, una pistola, un chaleco antibala, un carnet. Manifieste al despacho a quien le pertenecían esos medios logísticos que usted acaba de mencionar. CONTESTO: Al DAS... Manifiéstele al despacho si el protegido en algunas ocasiones tuvo que salir del país y en esos eventos, diga si los escoltas lo acampaban al exterior o que se quedaban haciendo en Colombia. CONTESTÒ: En un caso de esos, si el protegido salía del país, los escoltas quedábamos de disponibles en el DAS y a función de ellos allá, nos impartían las órdenes… Indíquele al despacho si existía un horario de trabajo y en qué consistía el mismo durante el tiempo de protección a la persona asignada. Era los 24 horas del día y estábamos a disposición del protegido…”

De acuerdo a las anteriores declaraciones, se tiene que si bien la parte demandada cuestionó la versión rendida por los señores Alonso Ardila Rojas y Henry Niño Ortega por falta de imparcialidad, como quiera que ambos declarantes fueron contratistas escoltas de la entidad accionada y quienes, de igual manera, demandaron reclamando las mismas pretensiones del actor, lo cierto es que, la mera condición de que los declarantes hayan prestado sus servicios de escolta contratista, *per se* no pone en duda la credibilidad de lo manifestado, máxime, cuando lo expuesto por dichos testigos es corroborado en el proceso con las pruebas documentales con las que se confronta el testimonio, encontrando la Sala que con las mismas se demostró que el actor prestó su servicio de escolta, sujeto a las instrucciones que el DAS le impartía y utilizando los elementos logísticos de dotación entregados por la demandada para cumplir sus funciones.

Aunado a ello, el *a quo* en ejercicio de la obligación procesal de realizar la valoración probatoria en el momento de proferir el correspondiente pronunciamiento de fondo, valoró la prueba testimonial señalando que “ el hecho de que el aquí accionante haya prestado sus servicios como escolta junto con los testigos traídos al proceso y que estos últimos hayan interpuesto demanda para obtener el reconocimiento de una relación laboral, no es suficiente para poner en duda la credibilidad y con ello, presumir que tiene un interés directo o indirecto en el resultado del proceso.”

La justificación dada por el Tribunal Administrativo de Santander para no acoger la tacha de sospecha formulada por la accionada tiene asidero jurídico, pues en el desarrollo de la relación laboral son justamente los compañeros de trabajo quienes tienen una mejor y mayor percepción directa de los hechos que suceden en su entorno laboral, por tanto, no le asiste razón a la demandada cuando afirma que el *a quo* no hizo una valoración integral del acervo probatorio, como quiera que lo observado es precisamente todo lo contrario, en tanto que, la decisión a la cual arribó la Corporación en comento se profirió previa valoración de las pruebas documentales y testimoniales allegadas al proceso.

De otra parte, se observa que el objeto de los contratos suscritos entre el demandante y el DAS consistía en lo siguiente:

“PRIMERA:OBJETO – El CONTRATISTAen virtud de sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S.a prestar los servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bucaramanga y eventualmente en la cuidad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente de seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riegos del Ministerio del Interior y de Justicia…”

Conforme al objeto del contrato, el actor se encontraba subordinado a las directrices impartidas por la entidad, pues, la funciones del Departamento Administrativo de Seguridad consistían en brindar seguridad a personas beneficiarias del esquema de protección para lo cual, el escolta debe acatar las órdenes que le eran impartidas, lo que permite establecer que el demandante en el cumplimiento de los contratos de prestación de servicios que suscribió con el DAS ejecutaba labores propias de las funciones asignadas a esa entidad como lo dispone el artículo 2 del Decreto 643 de 2004, entre otras:

**Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones.**

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

(…)

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

Pues bien, el Consejo de Estado[[13]](#footnote-13), en relación con quienes celebraron contratos de prestación de servicios ha señalado que, al demostrarse los elementos esenciales del contrato laboral surge una relación laboral sin que existiera diferencia alguna entre las actividades que desarrollan otras personas como empleados públicos que laboran en la misma entidad, ya que en tales casos desarrollan actividades idénticas, cumplen órdenes, horario, el servicio es prestado permanentemente, de forma personal y de manera subordinada.

En este caso, el trabajo ejecutado por el actor no fue independiente, pues siempre estuvo cobijado bajo las órdenes que la entidad le impartía para el cumplimiento de sus deberes como escolta, debiendo cumplir horarios y las funciones o responsabilidades que se le asignaron no fueron temporales, tal como se deduce de la lectura de los distintos contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante con la entidad demandada.

Así mismo, no contaba con autonomía e independencia para la realización de las labores encomendadas, ya que de manera permanente debía estar atento a las instrucciones que se le impartieran e inclusive, asumiendo roles distintos a los pactados en los contratos, como era el de prestar servicio de seguridad a las instalaciones del DAS en los eventos en que la persona protegida saliera del país, lo que deja en evidencia que su actividad era totalmente dependiente y sometido a las órdenes impartidas por la contratante, elemento que es propio de la relación laboral y que desvirtúa la autonomía e independencia con la que actuaba el contratista.

La situación objeto de análisis, se encuadra dentro de los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009[[14]](#footnote-14), que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios.

En el caso concreto, se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse 1) El criterio funcional, porque la función contratada -de escolta- está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) No hay temporalidad y excepcionalidad de la labor desarrollada por el actor, porque se trató de una vinculación que sin solución de continuidad se extendió por 6 años con la misma persona y con el mismo objeto. 3) El criterio de la continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, de carácter permanente, los cuales superaron los seis años.

Así las cosas, una vez desvirtuada tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral en el sub examine, esto es, la prestación personal del servicio de manera permanente, la contraprestación y la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, concluye la Sala que la administración desnaturalizó la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto el demandante desarrolló la función de protección en el DAS, de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la entidad.

De otra parte, en lo referente al problema jurídico asociado consistente en establecer si el *a-quo* incurrió en una indebida valoración de las pruebas, considera la Sala que lo manifestado por los declarantes es coincidente no solo en la disponibilidad que debía tener el escolta contratista sino además, en los registros que debían hacer respecto de la dotación de armamento, del vehículo asignado, del avantel o teléfono entregado para el desarrollo de la labor y lo más importante, las novedades que en ejercicio de la actividad se presentase, lo cual, es corroborado con las instrucciones impartidas en las misiones de trabajo, circunstancias que no se enmarcan dentro de la labor de coordinación contractual, sino que por el contrario, denotan la ejecución de su obligación contractual bajo una permanente subordinación, al punto que, en los eventos en que la persona protegida saliera del país, al escolta contratista le asignaban labores como la de prestación el servicio de seguridad en las instalaciones el Departamento Administrativo de Seguridad, lo que reafirma la inexistencia de su autonomía o independencia en el desarrollo de las obligaciones contractuales.

En ese sentido, al no advertirse contrariedad entre el dicho de los deponentes y las pruebas documentales que reposan en el plenario; además, teniendo en cuenta la calidad de escoltas contratistas que ostentaron los testigos, circunstancia que no mengua su credibilidad sino que antes por el contrario, contribuye a fortalecer, su decir, de tal suerte que apreciadas las pruebas en su conjunto, como lo ordena la ley, se llega a la conclusión de que los testimonios no están afectados de parcialidad que los descalifique, pues los aspectos sobre los que recayeron las declaraciones también encuentra respaldo en otros medios probatorios que obran en el proceso, como evidencias documentales a las que se hizo referencia anteriormente y contra las cuales no se formuló ningún reparo.

Visto todo lo anterior, se puede confirmar tal como lo sostuvo el *a quo*, que los servicios que el señor Robinson Peña Domínguez prestó al DAS fueron personales, dependientes y subordinados, conllevando ello a que se desvirtúe la existencia del contrato de prestación de servicios, de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política, por tanto, la situación del demandante debe tener especial protección del Estado, según las previsiones del artículo 25 superior.

Así, pues, al desvirtuarse el vínculo contractual es procedente la declaratoria de una relación laboral que si bien no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, sí genera un trato similar al que tiene un empleado público que ejerce las mismas funciones prevaleciendo la realidad sobre la forma, por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

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

**FALLA**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de 30 de enero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que adelantó el señor Robinson Peña Domínguez contra el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS – por medio de la cual, se accedió a las pretensiones del demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.**  Por la Secretaría de la Sección Segunda devuélvase el proceso al Tribunal Administrativo de Santander y déjense las constancias de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Los consejeros,

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**Consejera**

**GERARDO ARENAS MONSALVE CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**Consejero Consejero**

1. El proceso ingresó al Despacho el 21 de agosto de 2015 (fl. 667). [↑](#footnote-ref-1)
2. **ARTICULO****53.**El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

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

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Inciso tercero.

“(…)

**3o.****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 conocimiento especializado.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, así:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

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

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

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

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015, radicado No 05001-23-31-000-2011-01694-01(2592-14), Actor: Rodrigo de Jesús Fernández Ortiz. [↑](#footnote-ref-6)
7. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta. 1997. p. 67. Bajo esta concepción se parte de una relación directa entre prueba y teoría del conocimiento. Concibe que el juicio de la prueba en el proceso judicial incluye un problema de racionalidad fáctico-procesal que debe estar apoyado en un enfoque epistemológico de la realidad [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver Misiones obrantes a folios 414 al 473 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver órdenes de servicios que militan a folios 375 al 419 del proceso. [↑](#footnote-ref-9)
10. ARTÍCULO 2o. FUNCIONES GENERALES: El Departamento Administrativo de Seguridad tendrá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

(…)

PARÁGRAFO. Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de los previstos en el numeral 14 de este artículo, que requieran la protección del Estado, deberá concertarse la asunción de dicha función por parte de otros organismos estatales que desarrollen funciones de protección. El Departamento Administrativo de Seguridad continuará prestando tales servicios hasta que sean asumidos por otras entidades, de acuerdo con los estudios de riesgo correspondientes. [↑](#footnote-ref-10)
11. Persona que estaba bajo esquema de protección del DAS [↑](#footnote-ref-11)
12. Testimonio rendido en audiencia de pruebas el día 31 de octubre de 2013, declaración que reposa en el CD que obra a folio 374 del expediente. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibídem. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. En ella la Corte Constitucional sostuvo que: “(…) En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales. [↑](#footnote-ref-14)