**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Definición**

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.

**RELACIÓN LABORAL - Elementos**

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 a la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia. En reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que i) la subordinacióno 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*

**CONTRATO REALIDAD -** **Configuración - Existencia**

La Sala estima que la remuneración y prestación personal del servicio se encuentran demostradas en el proceso con las órdenes de pago y certificados de ingresos y retención en la fuente…De estas declaraciones se infiere que el actor desarrollaba una función de carácter permanente —y no temporal propia del contrato de prestación de servicios—, que incluía el acompañamiento, la mayoría de las veces, los siete días de la semana, ya que el DAS, de conformidad con el artículo 2.º del Decreto 643 de 2004 participaba en el desarrollo de las políticas diseñadas por el Gobierno nacional en materia de seguridad, y, además, formaba parte del Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, junto con la Policía Nacional, que se estableció en el Decreto 2816 de 2006, con el fin de otorgar recursos físicos y humanos a los beneficiarios de dicho plan, según su artículo 9.º, numeral 2, letra b) Y en ese sentido, el actor debía sujetarse a las órdenes o instrucciones del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) para poder brindar protección y seguridad a quien le había sido asignado, puesto que para ello era necesario contar, entre otros, con un vehículo corriente o blindado, chaleco antibalas, armamento y medios de comunicación, etc, tal como lo corrobora la jefe de la oficina asesora jurídica de la accionada, en oficio de 6 de julio de 2013…Por lo anterior, la Sala considera que el accionante no ejerció actividades temporales durante su permanencia en el DAS como contratista de prestación de servicios (entre el 1.º de diciembre de 2006 y el 15 de noviembre de 2011), sino de naturaleza permanente como las desempeñadas por el personal de escoltas, de la planta de personal, que formaba parte de la dirección de protección del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) [Decreto 2110 de 1992, artículo 46], y, además, carecía de autonomía e independencia para el ejercicio de las tareas encomendadas, lo que determina que se desvirtúe el carácter del contrato de prestación de servicios y se configure la relación laboral, sin que ello implique el reconocimiento de la condición de empleado público al actor.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER**

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 68001-23-33-000-2012-00116-01(4035-13)**

**Actor: SAMUEL EDUARDO HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ**

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS) EN SUPRESIÓN, HOY UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN (UNP) EN SUCESIÓN PROCESAL**

**Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho**

**Tema: Contrato realidad**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la accionada contra la sentencia de 14 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda del epígrafe.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 Medio de control** (ff. 1-51). El señor Samuel Eduardo Hernández Fernández, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Supresión, hoy Unidad Nacional de Protección (UNP) en sucesión procesal, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.1.1 Pretensiones.** 1) Que se declare la nulidad del oficio DAS-SSAN. SUBDIS.SIFDAS:82552, del director del DAS, seccional Santander, mediante el cual se niegan los derechos y acreencias laborales solicitadas por el demandante a través de la petición de 30 de enero de 2012, cuya respuesta fue negativa el 28 de febrero siguiente, pues no se reconoce «la realidad laboral en los contratos de prestación de servicios que se allegan y solicitan, a través de los cuales mi mandante ejecutó funciones públicas como escolta al servicio subordinado permanentemente del demandado».

2) Que, como consecuencia de lo anterior, se declarare la existencia de una relación laboral entre la Nación-Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Supresión y el actor, oculta en los contratos de prestación de servicios celebrados para la protección (escolta) —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 riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia, por el tiempo comprendido entre el 1.º de marzo de 2006 y el 15 de noviembre de 2011, o por el tiempo que resulte probado.

3) Que, declarada la relación anterior, se constituya el derecho laboral en cabeza del demandante, como trabajador del DAS, por el tiempo comprendido entre el 1.º de marzo de 2006 y el15 de noviembre de 2011, o por el tiempo que resulte probado, en la labor de escolta, sin que la creación de tal derecho laboral implique conferirle la condición de empleado público, conforme a lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3047- 2005).

4) Que se condene a la demandada a restablecer los derechos y a reparar los daños causados al demandante, sin reintegro, y se le ordene el pago de todas y cada una de las prestaciones sociales ordinarias, compartidas y con fin social, de todo el tiempo laborado, tal como las devengaban y devengan los escoltas de planta del DAS, en la cuantía que resulten probadas o las que se disponga liquidar, sin la sanción de prescripción a voces del Consejo de Estado en la sentencia ya expresada, de la siguiente manera:

a) Las cesantías de todo el tiempo laborado.

b) Los intereses sobre las cesantías que se liquiden.

c) Primas de Navidad de todo el tiempo laborado.

d) Primas de riesgo de todo el tiempo laborado.

e) La compensación en dinero por concepto de dotaciones de todo el tiempo servido.

f) Los valores completos de los días servidos fuera de la sede habitual de trabajo y de acuerdo con las misiones de trabajo correspondientes de todo el tiempo servido (viáticos).

g) Las demás a que tengan derecho conforme a lo devengado por los agentes escoltas y/o detectives de planta o en propiedad.

1. A título de indemnización, o como en derecho deba corresponder; los siguientes conceptos:

a) Los aportes no girados durante toda la relación laboral, por concepto de subsidios familiares a una caja de compensación.

b) Las vacaciones compensadas de todo el tiempo laborado

c) Las primas de vacaciones de todo el tiempo laborado.

d) La devolución de los valores de retención en la fuente que se le hayan practicado a mi mandante durante lodo el tiempo laborado.

e) La devolución de los valores de RETE-ICA que le fueron practicados a mi mandante durante todo el tiempo servido

Las prestaciones compartidas, o como en derecho deba corresponder, los siguientes conceptos:

a) La devolución del 75% de los valores que mi mandante pagó al fondo de pensiones.

b) La devolución del 75% de los valores que mi mandante pagó al Sistema General de Seguridad Social en Salud

En subsidio, que se condene pagar a favor del actor el equivalente en pesos, lo que arrojen todas y cada una de las prestaciones sociales antes citadas y reclamadas al DAS mediante la petición de 30 de enero de 2012 y, de manera conciliatoria, a título de indemnización.

5) Que se declare, para todos los efectos legales, y, en especial, los prestacionales, que no existió solución de continuidad en la relación laboral acaecida entre la entidad accionada y el demandante.

6) Que se dé cumplimiento a los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

**1.1.2 Fundamentos fácticos.** Relata el actor que fue vinculado al DAS como escolta contratista, desde el 1.º de marzo de 2006 hasta el 15 de noviembre de 2011; las labores de protección, de brindar seguridad a personas y dignatarios que la requerían, conforme al Decreto 643 de 2004, las desempeñó en idénticas condiciones a los servidores escoltas de la planta de personal, de manera personal y permanente, y con el cumplimiento de órdenes de los protegidos que le fueron asignados, tal y como lo registran las cláusulas séptima y octava de los contratos; se le asignó un sitio habitual de trabajo o enviado a otros lugares del país en misiones de trabajo por órdenes del DAS. Portaba carné para identificarse, armamento y demás medios logísticos, y percibió por sus servicios una remuneración que cancelaba el DAS.

Asevera que a pesar de haber desempeñado su labor en idénticas condiciones a las de los escoltas de planta, no fue tratado en forma igual a ellos, desde el punto de vista salarial y prestacional; y, por ende, se violaron los principios que indican que «a trabajo igual salario igual», «primacía de la realidad sobre las formalidades» y «derecho a la igualdad». Y, por último, dice que los contratos superaron la temporalidad establecida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

**1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: 1, 2. 4, 6. 13. 16. 29, 42, 53, 122 y 209 de la Constitución Política; 1, 19 y 21, Ley 909 de 2004; 32, numeral 3, Ley 80 de 1993; 1, 2, 5 y 56, Decreto 643 de 2004; y 30 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

El concepto de la violación reside, en esencia, en que el DAS suscribió unos contratos de prestación de servicios para vincular, quizá, en forma temporal, al demandante como escolta, sin que el empleo estuviese creado en la planta de personal. El demandante asumió las funciones públicas de protección a personas, dentro del componente de seguridad a personas del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de Derechos Humanos, por varios años; por tanto, el DAS al no reconocer la verdadera relación laboral que sostuvo con él, le vulnera su derecho a la igualdad, a la dignidad humana, a los derechos laborales, desconoce la Constitución Política como norma de normas, así como la primacía de la realidad sobre las formalidades e incurre en un enriquecimiento sin causa a costa del demandante.

**1.2 Contestación de la demanda** (ff. 386-414). La entidad accionada se opone a las pretensiones porque considera que el accionante fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios para ejercer la función de escolta, conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Afirma que él no cumplió las funciones del personal de planta, establecidas en los numerales 2 y 14 del artículo 2 del Decreto 643 de 2004, pues las actividades para las que se le contrató no eran propias del DAS, sino del programa de Protección Especial a Testigos y Personas Amenazadas, liderado por el Gobierno nacional; no tenía horario ni tampoco ejercía funciones ni tenía inmediatos superiores, ya que lo que hacía era ejecutar sus actividades de acuerdo con las necesidades del servicio en cumplimiento del objeto contractual; las instrucciones, órdenes o misiones son sencillamente las pautas de coordinación dentro de un esquema de seguridad.

Propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, pago, inepta demanda por falta de requisitos formales, enriquecimiento ilícito e injustificado del actor.

**II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de 14 de agosto de 2013, accedió a las súplicas de la demanda, pues declaró la nulidad del acto acusado y consideró que el actor prestó sus servicios como escolta al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Supresión, función permanente de dicho organismo,[[1]](#footnote-1) por un período ininterrumpido superior a 4 años, en el que trabajaba de lunes a viernes y fines de semana y con horario de trabajo extraordinario; sujeto a las directrices de un supervisor del contrato perteneciente al DAS, a quien debía reportar todos los días, a través de minuta, las novedades del servicio; solicitar permiso para ausentarse de sus labores o para desplazarse a otras ciudades con el protegido a cargo; además de la función de escoltar personas con esquema de seguridad, debía cumplir otras que le eran asignadas por personal del DAS, tales como la de vigilar y ofrecer seguridad a las instalaciones de la entidad cuando no se encontraba con el protegido; presentaba a diario, para revisión y guarda del DAS, los elementos logísticos de dotación que se le entregaban para cumplir sus funciones, como son vehículos, arma, radio y chaleco antibalas; y recibía por sus servicios personales una remuneración mensual pactada como honorarios, y cuando se desplazaba a otros sitios le reconocían viáticos para los gastos de traslado, que, en el caso de ser periódico, constituye salario, conforme a los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) y el 1.º del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Condenó a la entidad accionada, a título de restablecimiento del derecho, a pagar el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes que devengan los escoltas del DAS, liquidadas conforme a los valores pactados en los contratos, sin solución de continuidad, por el tiempo comprendido entre el 1.º de diciembre de 2006 y el 15 de noviembre de 2011, con su respectiva indexación; y a pagar al actor los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que demuestre haber realizado y que debió trasladar a los fondos correspondientes durante el período acreditado que prestó sus servicios (ff. 574-584).

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada, inconforme con la decisión de primera instancia, afirma que el acto administrativo impugnado se encuentra investido de la presunción de legalidad y su motivación se ajusta a las disposiciones legales que regulan la relación contractual entre el actor y la accionada, que no es, como se advierte en el libelo genitor, de índole laboral porque no lleva implícito el ejercicio subordinado de funciones atribuibles a un empleo propio de la planta de personal del DAS; y, por lo tanto, el demandante no cumplió funciones personales propias de una vinculación laboral, sino que realizó los fines trazados para el cumplimiento del objeto contractual, correspondientes a una misión ajena a la demandada, habida cuenta de que los cometidos institucionales se refieren a la seguridad e inteligencia nacional y no a la custodia de personas civiles protegidas, función que es propia del Ministerio del Interior y Justicia.

Por tal razón, las declaraciones rendidas por las señoras Teresa Báez Rodríguez y Belcy Rincón Manrique no permiten inferir el elemento subordinación, puesto que, contrario a ello, «las condiciones generales en que se coordinó un esquema de seguridad, toda vez, que el porte de un carné, el reporte de actividades no constituye per se la materialización del elemento subordinación» (ff. 588-601).

**IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso de apelación interpuesto por la demandada fue concedido en audiencia de conciliación de 24 de septiembre de 2013 (ff. 205-206), y se admitió por proveído de 12 de diciembre de 2013 (f. 616); después, en providencia de 17 de marzo de 2014, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f.626), oportunidad aprovechada solo por la accionada así:

**La demandada** (ff. 636-658). Repite los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insiste en que el propósito del DAS no fue el de transferir funciones públicas al contratista, sino de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, ya que este se constituyó en un colaborador para la realización de actividades o prestaciones que interesan a fines públicos y que en ningún momento no le brindan el estatus de servidor público sujeto al régimen legal y reglamentario y, a su vez, acreedor del pago de prestaciones sociales propias del régimen, como lo pretendía el actor.

Es evidente que el contratista-demandante prestó en forma personalizada el servicio de escolta, según la necesidad de su protegido, y por esa labor, que era más de coordinación del DAS que de subordinación, se convino, de acuerdo con los contratos suscritos, un monto de honorarios que él canceló; tareas que debía desarrollar dentro de los marcos y objetivos de la entidad.

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**5.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**5.2 Problema jurídico**. Corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en sucesión procesal la Unidad Nacional de Protección (UNP), el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como contratista, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

**5.4 Caso concreto.** A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Solicitud del demandante, de 30 de enero de 2012, por intermedio de apoderado, formulada ante el director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Supresión, seccional Santander, orientada a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por los servicios prestados como contratista, entre el 1.º de marzo de 2006 y el 15 de noviembre de 2011 que los realizó «en idénticas condiciones a los funcionarios de planta ejercían similar labor [escolta], es tanto así que personal de planta de su entidad tiene las mismas funciones de los contratistas prestando protección, aunado a lo anterior son compañeros de trabajo» (ff. 366-370).

b) Oficio del director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Supresión, seccional Santander, de 28 de febrero de 2012, en el que da respuesta desfavorable a la anterior petición (ff. 86-91).

c) Contratos de prestación de servicios acordados entre el actor y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Supresión, seccional Santander, en el período comprendido entre el 1.º de diciembre de 2006 y el 15 de noviembre de 2011, que obran en el expediente, a saber:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| CONTRATO | PERÍODO | OBJETO | VALOR | FOLIOS |
| 133 de 2006 | Del 1.o de diciembre de 2006 al 30 de junio de 2007 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1458.110mensuales | 94-99 cuaderno principal |
| 30 de 2007 | Del 1.o de julio al 31 de diciembre de 2007. | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos. | $1.500.000mensuales | 259-265 cuaderno de pruebas |
| 128 de 2008 | Del 1.o de enero al 31 de diciembre de 2008 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.575.000mensuales | 251-257 cuaderno de pruebas |
| 26 de 2008 | Del 1.o de enero al 30 de junio de 2009. Prórroga y adición1 del 1.o de julio al 29 de agosto de 2009. Prórroga y adición 2 del 30 de agosto al 28 de septiembre de 2009 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.575.000mensuales | 239-244 y 236-237 cuaderno de pruebas |
| 9 de 2009 | Del 29 de septiembre al 27 de noviembre de 2009.Prórroga adición 1: del 28 de noviembre al 17 de diciembre de 2009 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.575.000mensuales | 227-232 y 224-225 cuaderno de pruebas |
| 41 de 2009 | Del 18 de diciembre de 2009 al 31 de marzo de 2010 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.638.000mensuales | 151-156 y 213-221 cuadernos principal y de pruebas  |
| 7 de 2010 | Del 1.o de abril al 30 de junio de 2010. Prórroga y adición del 1.o al 31 de julio de 2010 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.638.000mensuales | 201-211 cuaderno de pruebas |
| 36 de 2010 | Del 1o de agosto al 27 de diciembre de 2010 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.638.000 mensuales | 194-200 cuaderno de pruebas |
| 69 de 2010 | Del 28 de diciembre de 2010 al 31 de marzo de 2011. Otrosí prórroga y adición hasta el 30 de abril de 2011 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.638.000 mensuales | 179-187 cuaderno de pruebas |
| 8 de 2011 | Del 1.o al 31 de mayo de 2011 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.638.000 mensuales | 168-174 cuaderno de pruebas |
| 29 de 2011 | Del 1o al 30 de junio de 2011 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.638.000mensuales | 155-161 cuaderno de pruebas |
| 49 de 2011 | Del 1o de julio al 30 de septiembre de 2011 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1'638.000 mensuales | 142-148 cuaderno de pruebas |
| 67 de 2011 | Del 1.o al 30 de octubre de 2011 y desde el 1.o hasta el 15 de noviembre de 2011 | Prestar servicios de protección dentro del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos | $1.638.000 mensuales | 130-137 cuaderno de pruebas |

d) DVD que contiene la audiencia de pruebas en que se recibieron los testimonios de las señoras Teresa Báez Rodríguez y Belcy Rincón Marique, el 4 de junio de 2013 (f. 436).

De los contratos de prestación de servicios relacionados en la tabla anterior, que reposan en el proceso, se deduce que el actor ejerció labores de escolta con fines de protección o seguridad, desde el 1.º de diciembre de 2006 hasta el 15 de noviembre de 2011, de manera ininterrumpida, en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), seccional Santander. En dichos contratos, que es el mismo molde o forma para todos, se consignaron las siguientes consideraciones:

1) El Departamento Administrativo de Seguridad en desarrollo de los Programa[s] de Protección liderados por el Ministerio del Interior y de Justicia, ha venido prestando su concurso en la implementación de los diversos esquemas de seguridad aprobados por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos CRER. 2) De conformidad con el artículo 1º del Decreto 3740 de 2004, se adicionó el artículo 4º del Decreto 855 de 1994, incluyendo como bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional, aquellos que demanden los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la Ley para la atención de las personas desmovilizadas y reinsertadas. 3) El Jefe de la Oficina de Protección del DAS, expidió certificación mediante la cual se justifica la necesidad de continuar con la implementación de los esquemas de protección. 4) El Subdirector del Talento Humano del D.A.S., certifica que la entidad no cuenta con personal de planta suficiente para cumplir con las actividades a encomendar a los escoltas contratistas. 5) La Secretaria General del DAS expidió certificación de convenciencia respecto a la contratación del personal de escoltas. 6) El Director del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., según lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2209 de 1998, en concordancia con el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 y conforme a la certificación expedida por el Subdirector del Talento Humano, deja constancia de la inexistencia de personal suficiente para desarrollar las actividades objeto del presente contrato. 7) Los contratos de prestación de servicios, que se suscriben tienen como fin específico, brindar protección a personas que se encuentran en situación de riesgo contra su vida, integridad, seguridad o libertad por causas relacionadas con la violencia política, o con el conflicto armado interno […] (f.94) [sic para todo el texto].

En la actividad convenida, el actor desarrolló, según se puede leer en la claúsula primera de cualquiera de los contratos de prestación de servicios personales ejecutados (por ejemplo, en el 67, de 30 de septiembre de 2011 [ff. 130-137, cdno. de pruebas]):

OBJETO. El CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el D.A.S. a prestar servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Bucaramanga y eventualmente en la ciudad donde se asigne el esquema protectivo, dentro del componente seguridad a personas, del Programa de Protección a Dirigentes Sindicales, Organizaciones Sociales y Defensores de Derechos Humanos, conforme a los medios de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia. PARÁGRAFO: RESULTADOS ESPERADOS. El objeto de este contrato está orientado a brindar protección a las personas que se encuentran amenazadas por la situación de violencia que vive el país, buscando así disminuir los índices de criminalidad en los sectores más vulnerados.

 Y por considerar que las tareas encomendadas (de escolta) las desplegó en idénticas condiciones a los funcionarios de planta que ejercían similar labor, presentó el 30 de enero de 2012 ante el director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), seccional Santander, una solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, la que, el 28 de febrero de 2012, le fue respondida en forma desfavorable, por medio de oficio DAS.SSAN.SUBDIS.SIFDAS:8252, que es el acto acusado (ff. 86-91).

En este orden de ideas, se ha de recordar que el contrato u orden 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,[[2]](#footnote-2) 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.

Por su parte, la honorable Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales» contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997[[3]](#footnote-3), precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

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.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

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.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968,[[4]](#footnote-4) «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil […]», dispone:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

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.[[5]](#footnote-5)

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[[6]](#footnote-6) recordó que i) la subordinacióno 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.*

Al hilo de lo anterior, la Sala estima que la remuneración y prestación personal del servicio se encuentran demostradas en el proceso con las órdenes de pago y certificados de ingresos y retención en la fuente, allegados por el director del Departamento Administrativo de Seguridad, seccional Santander, mediante oficio DAS.SSAN.SUBDIS.SIFDAS: 907704 de 13 de marzo de 2012, (ff. 243-365); la certificación de 27 de febrero de 2011, de este mismo servidor, en la que relaciona, hasta la fecha del documento, los contratos de prestación de servicios suscritos entre el actor y la demandada (f. 92); las actas de liquidación que acompañan cada contrato (ff. 94-242); y con los testimonios de las señoras Teresa Báez Rodríguez y Belcy Rincón Manrique, miembros de organizaciones sindicales, rendidos en audiencia de 4 de junio de 2013, en que afirman lo siguiente:

Señora Teresa Báez Rodríguez (desde el minuto 22:40 segundos del DVD):

[…] por problemas de amenazas, el DAS me puso de escolta al señor Samuel Hernández, desde noviembre del año 2006 hasta junio de 2008. El señor Samuel Hernández siempre que iba a prestar el servicio de escolta tenía que dirigirse a las instalaciones del DAS, donde él allí tenía que firmar un libro cuando salía a prestar el servicio que el DAS le ordenaba, en este caso que era escolta mío. Él siempre estaba conmigo, casi las 24 horas del día y todos los implementos que tenía de trabajo, como era la pistola, el chaleco, el carro, pertenecían al DAS y tenía un carne que también era del DAS y que ese lo identificaba […].

Señora Belcy Rincón Manrique (minuto 43:40 segundos del DVD)

[…] a partir del año desde junio del 2008 estaba como escolta asignado a mí, hasta noviembre que él estuvo con el DAS […] Él fue escolta de unos dirigentes sindicales ahí en la CUT,[[7]](#footnote-7) por eso lo conocí desde el año 2002, cuando empezó ahí en la central, después él lo asignaron a mi esquema en el año 2006, perdón desde el año 2008, junio de 2008 […].

Como atrás se ha expuesto, el elemento subordinación o dependencia es el que define la diferencia entre los contratos laboral y de prestación de servicios, y del cual gira de manera primordial el recurso de apelación interpuesto por la accionada, en el sentido de restarle credibilidad y fuerza probatoria a los testimonios antes relacionados, ya que «no permiten inferir la configuración del elemento subordinación, contrario a ello, advierten las condiciones generales en que se coordinó un esquema de seguridad, toda vez, que el porte de un carné, el reporte de actividades no constituye per se la materialización del elemento de la subordinación» (f. 590).

Sin embargo, el *a quo* al valorar las declaraciones aludidas, cuyos testigos habían sido tachados por la demandada por sospechosos —por un presunto interés, ya que el accionante les había prestado, en distintas épocas, el servicio de protección como escolta—, merecieron, a la luz de la sana crítica, plena credibilidad. Razonamiento que comparte la Sala puesto que el hecho de que el aquí demandante haya formado parte del esquema de seguridad de las dos declarantes, no es motivo suficiente para correr un velo de parcialidad, pues el relato de ambas es coincidente, armónico y firme. Dicen las declarantes:

Señora Teresa Báez Rodríguez (desde el minuto 22:40 segundos del DVD):

[…] El siempre estaba conmigo, casi las 24 horas del día y todos los implementos que tenía de trabajo, como era la pistola, el chaleco, el carro, pertenecían al DAS y tenía un carné que también era del DAS y que ese lo identificaba. El tenía un documento que era del DAS y lo identificaba a todos los sitios donde nosotros íbamos, en relación al trabajo que yo cumplía como dirigente sindical. Todos los permisos, la minuta, la misión, todos estos documentos eran directa, o sea el DAS era el que le daba las minutas, las misiones, cuando íbamos a salir y Samuel tenía que estarse reportando permanentemente con el DAS por medio del avantel o el celular que el tenía, y los permisos que el solicitaba tenia que ser directamente al DAS, que le daba el permiso, y el cuando se retiraba, cuando terminaba el servicio conmigo, tenía que reportarse al DAS, escribir allá en el libro, entregar el arma, entregar y dejar la camioneta en las instalaciones del DAS […] Las labores que el cumplía eran de seguridad, o sea, de vigilancia, ya que, nosotros somos personas amenazadas, o sea, es de vigilancia y de seguridad, o sea, el DAS esa era la función de él, brindándome la seguridad mía, para que no le pase a uno nada, en cuanto a que se respete la vida, o sea la función de él era vigilar […].

Señora Belcy Rincón Manrique (minuto 43:40 segundos del DVD)

[…]Pues lo instrumentos, su pistola, el carne expedido por el DAS, pues estaba conmigo todo el día de lunes a domingo, pues realmente esa era la función de el, estar todo el día conmigo... Pues a el me lo asignaron como escolta desde el 2008, mi función yo toda la vida he estado vinculada al movimiento sindical, militante del PC [leáse Partido Comunista], doliente del genocidio contra la UP, debido a esto pues habían muchas amenazas, entonces el DAS me asignó como escolta al señor SAMUEL... A el me lo asignó el DAS y desde luego recibía ordenes del DAS... Control pues el diariamente tenia que firmar un libro y por avantel también se estaban comunicando […].

De estas declaraciones se infiere que el actor desarrollaba una función de carácter permanente —y no temporal propia del contrato de prestación de servicios—, que incluía el acompañamiento, la mayoría de las veces, los siete días de la semana, ya que el DAS, de conformidad con el artículo 2.º del Decreto 643 de 2004 participaba en el desarrollo de las políticas diseñadas por el Gobierno nacional en materia de seguridad, y, además, formaba parte del Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, junto con la Policía Nacional, que se estableció en el Decreto 2816 de 2006, con el fin de otorgar recursos físicos y humanos a los beneficiarios de dicho plan, según su artículo 9.º, numeral 2, letra b)

Y en ese sentido, el actor debía sujetarse a las órdenes o instrucciones del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) para poder brindar protección y seguridad a quien le había sido asignado, puesto que para ello era necesario contar, entre otros, con un vehículo corriente o blindado, chaleco antibalas, armamento y medios de comunicación, etc, tal como lo corrobora la jefe de la oficina asesora jurídica de la accionada, en oficio de 6 de julio de 2013 (f. 446) así:

[…]

El contrato de prestación de servicio suscrito entre el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- y los escoltas contratistas, entre ellos el señor HERNANDEZ FERNANDEZ tenía como objeto prestar el servicio de protección de dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos, para tal fin como es apenas obvio, era necesario el uso de armamento, vehículos y otros elementos los cuales debían ser suministrado por el DAS, de conformidad con las obligaciones establecidas en los distintos contratos de prestación de servicios suscritos.

Lo anterior teniendo en cuenta por ejemplo en el caso puntual de las armas que el monopolio de este tipo de artefactos se encuentra en cabeza del Estado, por lo tanto mal haría la administración en poner dicha carga en cabeza del contratista.

Con el fin de llevar el control frente al armamento de la entidad, se optó por llevar un libro de entrada y salida de armamento, en el cual se registraban de forma manuscrita todos las entregas de estos artefactos, no solo a los escoltas contratistas, sino también a los funcionarios de la entidad.

[…]

Por lo anterior, la Sala considera que el accionante no ejerció actividades temporales durante su permanencia en el DAS como contratista de prestación de servicios (entre el 1.º de diciembre de 2006 y el 15 de noviembre de 2011), sino de naturaleza permanente como las desempeñadas por el personal de escoltas, de la planta de personal, que formaba parte de la dirección de protección del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) [Decreto 2110 de 1992, artículo 46], y, además, carecía de autonomía e independencia para el ejercicio de las tareas encomendadas, lo que determina que se desvirtúe el carácter del contrato de prestación de servicios y se configure la relación laboral, sin que ello implique el reconocimiento de la condición de empleado público al actor; por lo tanto, se ha de confirmar la nulidad del oficio DAS-SSAN. SUBDIS.SIFDAS:82552, del director del DAS, seccional Santander.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda.

En atención a que quien se halla habilitado legalmente para ello, confirió poder en nombre de la Unidad Nacional de Protección (UNP), se reconocerá personería al profesional del derecho destinatario de este.

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:**

1.º Confírmase la sentencia proferida el 14 de agosto de 2013 por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Samuel Eduardo Hernández Fernández contra el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Supresión, hoy en sucesión procesal la Unidad Nacional de Protección (UNP), conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Reconócese personería a la abogada Diana Carolina Osorio Rodríguez, con cédula de ciudadanía 1.030.537.163 y tarjeta profesional de abogado 212.186 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Unidad Nacional de Protección (UNP), en los términos del poder que obra en f. 726 del expediente.

3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CÉSAR PALOMINO CORTÉS

|  |  |
| --- | --- |
|  |  |

1. Artículos 2 del Decreto 643 de 2004 y 9, numeral 2, letra b), del Decreto 2816 de 2006, «Por el cual se diseña y reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos delMinisterio del Interior y de Justicia y se adoptan otras disposiciones». [↑](#footnote-ref-1)
2. «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». [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-3)
4. Modificado por el Decreto 3074 del mismo año. [↑](#footnote-ref-4)
5. En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10). [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca. [↑](#footnote-ref-6)
7. Estas siglas significan Central Unitaria de Trabajadores de Colombia. [↑](#footnote-ref-7)