**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Reconocimiento de prestaciones sociales**

El contrato de prestación de servicios estatuido en el referido artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados. La prestación de servicios en esta modalidad contractual versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores u oficios a ejecutar. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Empero, la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. (…) la aludida modalidad contractual de prestación de servicio permanecerá inmutable, en la medida que el contratista goce plenamente de autonomía y liberalidad en la ejecución del objeto contractual, de tal suerte que, podrá desnaturalizarse el contrato de prestación de servicio en la medida que el contratista lleve a cabo las actividades contractuales de manera subordinada

**CONTRATO REALIDAD – Existencia del contrato laboral**

Conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, existirá contrato de trabajo cuando concurran la totalidad de los elementos esenciales del mismo, entre los cuales, se encuentra precisamente, 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. En ese sentido, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de una relación laboral debe encontrar un sustento claro y preciso en la actividad probatoria que la parte demandante dirija a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida, es decir, probando que el contratista careció de autonomía e independencia en desarrollo del objeto contractual

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Elementos que desnaturalizan el contrato**

La Unidad Nacional de Protección, aduce que si bien es cierto que el actor fue la persona que ejecutó directamente la obligación que le habían asignado mediante el contrato de prestación de servicio suscrito con el DAS, esto no lleva a establecer que dicha forma de vinculación sea sinónimo de subordinación, toda vez que, el hecho de haber facilitado la entidad contratante el desarrollo de la labor de escolta, ello obedece al desarrollo de una coordinación de actividades contractuales, en la medida que las instrucciones, órdenes o misiones de trabajo constituía simples pautas de coordinación dentro de un esquema de seguridad. (…) la Sala examinará el material probatorio debidamente recaudado en el proceso y con base en ello, establecer si en efecto, la actividad contractual se ejerció con autonomía e independencia o si por el contrario, se llevó a cabo bajo la subordinación del contratante. (…) existe continuidad en los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y el Departamento Administrativo de Seguridad (…) si bien no acredita necesariamente que el accionante desarrolló de manera subordinada la actividad de escolta contratista, de ello, es decir, de la extensa duración de la contratación- 6 años- si resulta dable inferir la necesidad que la entidad tenía en prestar el servicio para el cual, fue continuamente contratado el actor. (…) la prolongación contractual per se no constituye prueba directa de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, (…) se tiene que el actor debía prestar los servicios en su calidad de escolta contratista, conforme las órdenes operativas o misiones de trabajo que le eran encomendadas por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (…) Es claro para la Sala que la prestación del servicio de escolta no la realizaba el actor de manera autónoma e independiente, pues requería de una misión de trabajo que era impartida por el órgano contratante (…) el trabajo ejecutado por el demandante no fue independiente ni autónomo (…) debiendo cumplir horarios y las funciones o responsabilidades que le fueron asignadas (…) concluye la Sala que la administración desnaturalizó la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configuró en este caso una verdadera relación laboral en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Derechos prestacionales – Derechos pensionales**

considera la Sala procedente modificar la parte resolutiva de la sentencia que ordenó a la entidad demandada pagar al actor los porcentajes de cotización «correspondientes a los aportes para el sistema de seguridad social en pensión y salud», como quiera que lo procedente en aras de garantizar el derecho pensional es que la entidad demandada determine si se presenta alguna diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; y ii) que el demandante acredite las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

SUBSECCIÓN B

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-42-000-2014-03844-01(1010-17)**

**Actor: NELSON RAÚL RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**

**Demandado: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN**

|  |  |
| --- | --- |
| Medio de control: | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| Asunto:Decisión: | Contrato realidad - demandante demuestra la subordinación en la ejecución de la labor de escolta contratista a cargo del Departamento Administrativo de Seguridad **–** DAS-.Confirma con modificaciones sentencia que concede las pretensiones de la demanda. |

**Segunda instancia – apelación de sentencia.**

La Sala decide el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B[[1]](#footnote-1) por medio de la cual, declaró la nulidad del acto acusado que negó al demandante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias prestacionales.

1. **ANTECEDENTES.**
	1. **Demanda y sus pretensiones.**

El señor Nelson Raúl Rodríguez Hernández, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó demanda contra la Unidad Nacional de Protección, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio de fecha 25 de marzo de 2014, mediante el cual, negò la existencia de una relación laboral y consecuentemente, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tiene derecho el actor por el servicio personal y subordinado prestado a esa entidad como escolta dentro del programa de Protección Especial.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare la existencia de una relación laboral con el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, de conformidad con los contratos de prestación de servicios y se condene a la entidad demandada al pago de todas las acreencias salariales junto con las prestaciones sociales ordinarias que percibe un escolta de planta en la institución, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones compensadas, prima de vacaciones, compensación en dinero por concepto de dotaciones, incidencia salarial de los viáticos, prima de riesgo, bonificación por recreación, subsidio de alimento, devolución de descuentos por retención en la fuente y devolución del pago de póliza de los valores pagados por concepto de retención en la fuente, devolución del 75 % de los valores que aportó al fondo de pensiones y al sistema de seguridad social en salud, teniendo en cuenta que pagó los aportes sobre el 40% de la remuneración que le DAS le pagaba.

Como sustento fáctico de sus pretensiones manifestó haber sido vinculado contractualmente al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS como escolta en esquemas de protección de seguridad que fueron previamente dispuestos por la entidad, prestando los servicios en la sede principal en Bogotá y eventualmente, en la ciudad donde se le asignara el esquema protectivo 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.

Manifestó que su vinculación se dio de manera ininterrumpida a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, de tal manera que, la actividad fue desarrollada de manera permanente por un tiempo superior a los 6 años, recibiendo una remuneración mensual por los servicios prestados de manera personal, generándose una verdadera relación laboral.

Afirmó haberse configurado los tres elementos esenciales del contrato de trabajo así: Prestación personal del servicio: con los contratos, las misiones de trabajo, con la entrega de material logístico (armas, radios, chalecos antibalas), certificación de tiempo de servicio, se demuestra que la labor protectora de personas en riesgo las desarrolló de manera personal y permanente. ii. Contraprestación por la labor ejecutada: La misma se demuestra con la certificación expedida por el grupo de recursos financieros del DAS y con los certificados de retención, quedando probado que el actor recibió mensualmente una retribución en dinero como contraprestación pagada por la entidad y, iii. La subordinación: Se prueba con los documentos tales como órdenes impartidas, cumplimiento de horarios, autorización de permisos, asignación de misiones, cumplimiento de turnos de vigilancia en las instalaciones del DAS y los testimonios que serán rendidos en el proceso.

Alegó que las labores de protección las realizó en idénticas condiciones a las de los escoltas pertenecientes a la planta de personal de la entidad, recibiendo órdenes de sus superiores de manera escrita y verbal, las cuales fueron acatadas y cumplidas a cabalidad, inclusive, los servicios los prestó en compañía de un escolta de planta, sin encontrar justificación alguna del por qué el trato diferenciado en cuanto al reconocimiento prestacional.

Indicó que para la época en que prestó sus servicios de escolta, en la entidad había personal de planta calificado y especializado desarrollando las mismas funciones que él ejecutaba y bajos idénticas condiciones.

Arguyó que al tipificarse un verdadero contrato realidad, le asiste el derecho legal al pago de sus prestaciones sociales, indistintamente la denominación que la entidad le haya dado a los contratos de prestación de servicios celebrados, pues, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, existió una relación laboral que impone la especial protección del Estado.

* 1. **Normas violada y concepto de violación.**

Considera infringidas con el acto demandado las siguientes normas: De orden Constitucional los artículos: 1, 13, 25, 53 y 83. De orden legal los artículo. 2 de la ley 50 de 1990, el artículo 24 del Condigo Sustantivo del Trabajo. Normas del orden internacional: artículos 4, 6 y 7 de la Convención América de Derechos Humanos.

En cuanto al concepto de la violación, el apoderado del demandante formuló como cargo de nulidad, la falsa motivación, para lo cual, adujo que si bien la entidad accionada expresó que los contratos se regían por la Ley 80 de 1993, norma que establece que los mismos no generan relación laboral, en casos como el presente, ello es falsamente deducido, en la medida que los hechos dan cuenta de todo lo contrario, es decir, el acervo probatorio acredita que prestó personalmente el servicio, cumplió un horario, obedeció órdenes y ejerció funciones idénticas a los escoltas de planta a través de las misiones de trabajo que le eran encomendadas. Además, por la temporalidad de la relación contractual, la cual duró más de 8 años, se desnaturaliza los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, de manera que, lo procedente era que la entidad creara los cargos respectivos a fin de no vulnerar los derechos labores de los trabajadores.

Igualmente, acusó el acto de estar afectado por desviación poder y vicio de forma, en la medida que la entidad demandada no atendió el precedente jurisprudencial frente al caso, máxime, cuando las normas legales le prohibían contratar por prestación de servicios funciones de carácter permanente como fue precisamente, la labor de escolta.

* 1. **Contestación a la demanda.**

La Unidad Nacional de Protección contestó de manera extemporánea la demanda[[2]](#footnote-2), razón por la que no se trascribe ninguno de sus apartes.

* 1. **La sentencia de primera instancia[[3]](#footnote-3).**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección B, mediante providencia de fecha 10 de noviembre de 2016 accedió a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, declaró la nulidad del Oficio de fecha 25 de marzo de 2014 que negó al actor el reconocimiento de la relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias laborales y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Unidad Nacional de Protección, pagar al demandante las diferencias de todas las prestaciones sociales que resulten entro lo que recibió por concepto de los contratos de prestación de servicios y lo que en el mismo periodo percibió un escolta de planta de la entidad durante el lapso comprendido del 21 de octubre de 2004 hasta el 31 de marzo de 2011, los porcentajes de cotización al sistema de seguridad social en pensiones y salud que la demandada no trasladó a los respectivos fondos y negó las demás súplicas de la demanda.

Como argumentos de la decisión, sostuvo el *aquo* que en el presente asunto se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios porque, el demandante en su condición de escolta cumplía funciones que no eran temporales, dado que la vinculación se mantuvo por más de 6 años; no contaba con autonomía e independencia, porque estaba sometido a horarios y turnos de trabajo debido a la naturaleza de las funciones, como era brindar seguridad a la persona a quien se le asignaba esquema de protección, es decir, que era dependiente y sometido a la subordinación, elementos propios de la relación laboral.

* 1. **El recurso de apelación[[4]](#footnote-4).**

La Unidad Nacional de Protección en su calidad de sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad, apeló la sentencia de primera instancia y alegó la falta de legitimación material en la causa por pasiva, al estimar que no es la llamada a responder por las obligaciones dejadas de pagar por el DAS, por cuanto no recibió la función de asumir las cargas administrativas laborales de dicho órgano.

De otra parte, adujo que el actor fue contratado para prestar servicios de protección, que si bien era la persona que debía ejecutar directamente la obligación que le habían asignado mediante el contrato de prestación de servicio, esto no lleva a establecer que dicha forma de vinculación sea sinónimo de subordinación.

De igual manera, indicó que el hecho de facilitar el DAS el desarrollo de la labor de escolta, ello correspondía más a la órbita de una coordinación de actividades contractuales que a un sometimiento subordinado del contratista, en tanto que, la labor era respecto de su protegido, las instrucciones, órdenes o misiones eran simples pautas de coordinación dentro de un esquema de seguridad, el reporte de informe obedece a la vigilancia y control del contrato ejecutado.

* 1. **Alegatos de conclusión.**

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

Por su parte, la entidad demandada reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, se encuentra la Sala en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia, sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad.

* 1. **Del problema jurídico.**

Atendiendo las inconformidades expuestas por la parte demandada contra la sentencia recurrida, corresponderá a la Sala determinar si el demandante señor Nelson Raúl Rodríguez Hernández demostró que la labor de escolta contratista la ejecutó de manera subordinada, dependiente y sin la autonomía que gobierna el desarrollo de la actividad en los contratos estatales bajo la modalidad de prestación de servicio o si por el contrario, solo acreditó el cumplimiento de unas obligaciones contractuales pactadas con el ente contratante -Departamento Administrativo de Seguridad DAS- las cuales se desarrollaron bajo la mera coordinación que se estila en este tipo de contratos.

De igual manera, deberá establecer la Sala si la entidad demandada es la legitimada para responder por la condena impuesta en el presente proceso.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio de la autonomía e independencia como elementos del contrato de prestación de servicios, para finalmente, resolver el caso en concreto.

Como fuentes normativas aplicables para la resolución del problema jurídico fijado se acudirá a las siguientes: Articulo 25 y 53 de la Constitución Política; artículo 32 de la Ley 80 de 1993, artículo 2º del Decreto 643 de 2004[[5]](#footnote-5), artículo 3º del Decreto 4065 de 2011[[6]](#footnote-6), artículo 3º, numeral 3.4 del Decreto 4057 de 2011.

* + 1. **De la autonomía e independencia como elementos tipificantes del contrato de prestación de servicio.**

El contrato de prestación de servicios estatuido en el referido artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados[[7]](#footnote-7).

La prestación de servicios en esta modalidad contractual versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores u oficios a ejecutar.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Empero, la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

En ese orden, se tiene que la aludida modalidad contractual de prestación de servicio permanecerá inmutable, en la medida que el contratista goce plenamente de autonomía y liberalidad en la ejecución del objeto contractual, de tal suerte que, podrá desnaturalizarse el contrato de prestación de servicio en la medida que el contratista lleve a cabo las actividades contractuales de manera subordinada.

Y es que conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, existirá contrato de trabajo cuando concurran la totalidad de los elementos esenciales del mismo, entre los cuales, se encuentra precisamente, 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.

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

* 1. **Del caso en concreto**

La Unidad Nacional de Protección, aduce que si bien es cierto que el actor fue la persona que ejecutó directamente la obligación que le habían asignado mediante el contrato de prestación de servicio suscrito con el DAS, esto no lleva a establecer que dicha forma de vinculación sea sinónimo de subordinación, toda vez que, el hecho de haber facilitado la entidad contratante el desarrollo de la labor de escolta, ello obedece al desarrollo de una coordinación de actividades contractuales, en la medida que las instrucciones, órdenes o misiones de trabajo constituía simples pautas de coordinación dentro de un esquema de seguridad.

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

Del acervo probatorio obrante en el proceso, se evidencia a folio 43 al 131 del expediente, las copias de los contratos de prestación de servicios celebrados entre el señor Nelson Raúl Rodríguez Hernández y el Departamento Administrativo de Seguridad DAS así:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Numero de contrato | Fecha de inicio | Fecha finalización | Periodo contratado | Objeto del contrato | Folio |
| 304 de 2004 | 21/10/2004 | 30/01/2005 | 3 meses y 9 días. | Prestar los servicios personales de protección, con sede principal en la ciudad de Bogotá D.C. dentro del componente seguridad a personas del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos, conforme a las medidas de seguridad aprobadas por el comité de reglamentación y evaluación de riesgos del Ministerio del Interior. | Ver cd de prueba aportado al proceso. |
| 122 de 2005 | 01/03/2005 | 01/07/2005 | 4 meses  | Ibídem | 43-48 |
| 476 de 2005 | 31/08/2005  | 31/12/2005 | 6 meses  | Ibídem | 50-55 |
| 228 de 2006 y su adicción.  | 27/02/2006 | 27/05/2007 | 1 año y 3 meses  | Ibídem | 58-62 |
| 141 de 2007 | 28/06/2007 | 28/12/2007 | 6 meses  | Ibídem | 64-72 |
| 492 de 2007 | 1/01/2008 | 31/12/2008 | 12 meses | Ibídem | 74-80 |
| 197 de 2008, su prorroga y adición. | 2/01/2009 | 28/09/2009 | 8 meses  | Ibídem | 82-888 |
| 164 de 2009 | 30/09/2009 | 17/12/2009 | 60 días | Ibídem | 92-95 |
| 291 de 2009 y su adición  | 18/12/2009 | 31/03/2010 | 3 meses y 13 días. | Ibídem | 89-96 |
| 112 de 2010 y su adicción. | 1/04/2010 | 30/07/2010 | 4 meses  | Ibídem | 97-104 |
| 167 de 2010 | 1/08/2010 | 27/12/2010 | 5 meses  | Ibídem | 106-113 |
| 350 de 2010 | 28/12/2010 | 31/03/2011 | 3 meses y 4 días | Ibídem | 114-120 |

Como puede observarse, existe continuidad en los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y el Departamento Administrativo de Seguridad desde el 21 de octubre de 2004 hasta el 31 de marzo de 2011, cuyo objeto contractual consistió en la prestación de los servicios de protección con sede principal en la ciudad de Bogotá, dentro del componente de seguridad a personas del programa de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derecho humanos.

Lo anterior, si bien no acredita necesariamente que el accionante desarrolló de manera subordinada la actividad de escolta contratista, de ello, es decir, de la extensa duración de la contratación- 6 años- si resulta dable inferir la necesidad que la entidad tenía en prestar el servicio para el cual, fue continuamente contratado el actor.

En ese sentido, la prolongación contractual *per se* no constituye prueba directa de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, pero tal circunstancia constituye un indicio[[8]](#footnote-8) de la necesidad que existía respecto del servicio protectivo que desempeñó el accionante.

En ese mismo sentido, obra a folios 133 del expediente, oficio OPES/GSIA 285843 del 12 de diciembre de 2006, por medio del cual, el Coordinador Grupo de Seguridad a Instalaciones y Avanzadas de Departamento Administrativo de Seguridad DAS, hace la presentación del escolta Nelson Raúl Rodríguez Hernández al protegido señor Jairo Carbonell Quintero en su calidad de presidente de SINTRAELECOL y en el indicó lo siguiente:

« (…) le presento al escolta Contratista NELSON RAÚL RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, identificado con cedula de ciudadanía No 79.701.412 de Bogotá, quien a partir de la fecha integrará su Esquema de Seguridad en reemplazo del Escolta Contratista Helbert Silva Ramírez, en cumplimiento de la Orden de trabajo No 5079 del 12 de diciembre de 2006. Es de anotar que el precitado escolta depende administrativa y operativamente del Área de Programas Especiales de Seguridad»

De acuerdo a lo anterior, se tiene que el actor debía prestar los servicios en su calidad de escolta contratista, conforme las órdenes operativas o misiones de trabajo que le eran encomendadas por parte del Departamento Administrativo de Seguridad, a través de las cuales, se le especificaba la persona a quien le prestaría el servicio de seguridad, dependiendo administrativa y operativamente del contratante.

Lo anterior es ratificado con la declaración testimonial rendida por el señor Víctor Alfonso Jiménez Domínguez quien para la época de los hechos, desempeñó la labor de escolta contratista al servicio del DAS y refiriéndose a las órdenes o instrucciones recibidas manifestó lo siguiente[[9]](#footnote-9):

«(…) Usted sabe si el señor Nelson Raúl Rodríguez determinaba la forma de realizar su labor o habían algunas instrucciones. En Caso afirmativo quién las daba? Respondió: Las instrucciones las deban los jefes y depende para que labor, porque para la labor de nosotros que era de escolta, las daba el jefe, él decía, eran 3 personas, un policía, un detective y usted, y usted va de conductor siendo nosotros escoltas, cuando uno estaba disponible, le decían, estos carros llegaron y toca llevarlos a taller. En ese caso, era el jefe de trasporte el que daba la orden… si uno estaba disponible y había detectives de permiso, si le tocaba a uno prestar guardia, la orden se la daba la persona que estaba en ese momento de jefe de servicio y entre semanas eran los coordinadores de servicios quienes le decían a uno lo que se debía hacer. Preguntado: Infórmele al despacho, si el señor Nelson Raúl Rodríguez Hernández, era la persona que escogía la persona a proteger y la ciudad donde quería prestar el servicio. Respondió: No, nadie podía escoger nada y menos la ciudad… cuando uno estaba disponible para asignarle el esquema, eran los jefes quienes le daban la orden y una carta de presentación que se le llevaba a los diferentes protegidos para que lo entrevistaran a uno y dijeran si lo aceptaban en el esquema o no…»

Es claro para la Sala que la prestación del servicio de escolta no la realizaba el actor de manera autónoma e independiente, pues requería de una misión de trabajo que era impartida por el órgano contratante; así como también, la ejecución de la labor se hacía con los medios suministrados por el DAS, realizándose los desplazamientos en el vehículo asignado por la entidad, es decir, que la contratante le definía los parámetros de tiempo, modo, lugar y persona a quien debía prestarle el servicio de protección, lo que sin duda deja evidenciado la carencia total de discrecionalidad, liberalidad e independencia con la que podría obrar el contratista.

En este caso, el trabajo ejecutado por el demandante no fue independiente ni autónomo, 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 le fueron asignadas, las cuales no tenían carácter temporal o esporádico, tal como se probó con la sucesiva e ininterrumpida celebración de contratos de prestación de servicios cuyo objeto contractual siempre consistió en prestar los servicios personales de protección, con sede principal en la ciudad de Bogotá 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.

De otra parte, para evidenciar el elemento remuneración que recibió el demandante por la prestación del servicio de escolta, en el CD que obra en el folio 232 del expediente, se observan las actas de liquidación de los contratos en las que se relacionan las órdenes de pago expedidas por la entidad demandada a favor del señor Nelson Raúl Rodríguez Hernández por concepto de honorarios, lo que permite demostrar la remuneración que recibió por parte del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por los servicios de escolta que prestó.

Así las cosas, 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 configuró en este caso una verdadera relación laboral en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto el demandante desarrolló la función de protección al servicio del DAS, de manera subordinada a las instrucciones y órdenes impartidas por el contratante.

En este sentido, esta subsección ha señalado en casos similares al aquí debatido y de manera pacífica lo siguiente[[10]](#footnote-10):

«… 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

(…)

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…»

Visto todo lo anterior, resultaría dable confirmar la sentencia apelada como consecuencia de haberse probado que el señor Nelson Raúl Rodríguez Hernández prestó al Departamento Administrativo de Seguridad sus servicios de manera personal, dependiente y subordinado, 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.

No obstante lo expuesto, considera la Sala procedente modificar la parte resolutiva de la sentencia que ordenó a la entidad demandada pagar al actor los porcentajes de cotización «correspondientes a los aportes para el sistema de seguridad social en pensión y salud», como quiera que lo procedente en aras de garantizar el derecho pensional es que la entidad demandada determine si se presenta alguna diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; y ii) que el demandante acredite las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

De otra parte, la demandada alega no ser la legitimada para responder por las obligaciones que emanen del presente proceso. Al respecto, precisa la Sala que el Decreto 372 del 26 de febrero de 1996 por el cual se establece la estructura interna del Ministerio del Interior y de Justicia, se determinan sus funciones y se dictan otras disposiciones, establece en el artículo 28 lo siguiente:

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

Por su parte, el artículo 29 de la misma norma, dispone para el logro del objeto señalado en el artículo anterior, las siguientes funciones:

«(…) a) Adelantar las acciones y los programas de protección de los derechos humanos que le asignen el Consejo Gubernamental de Derechos Humanos y el Ministro del Interior;

(…)

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

A su turno, la Ley 418 de 1997 en el artículo 81[[11]](#footnote-11), dispuso:

«(…) Artículo 81. [Reglamentado por el Decreto Nacional 1740 de 2010](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39576#0). En armonía con lo dispuesto por el Artículo 6º de la Ley 199 de 1995, el Ministerio del Interior pondrá en funcionamiento un programa de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo contra su vida, integridad, seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia política o ideológica, o con el conflicto armado interno que padece el país, y que pertenezcan a las siguientes categorías:

Dirigentes o activistas de grupos políticos y especialmente de grupos de oposición.

Dirigentes y activistas de organizaciones sociales, cívicas y comunitarias, gremiales, sindicales, campesinas, y de los grupos étnicos.

Dirigentes y activistas de las organizaciones de derechos humanos.

Testigos de casos de violación a los derechos humanos y de infracción al derecho internacional humanitario, independientemente de que se hayan iniciado o no los respectivos procesos penales, disciplinarios y administrativos (…)»

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

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

Posteriormente, y mediante el Decreto 218 de 2000 se modificó la estructura del DAS, y en el artículo 3 se señaló que además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1989, tendría, entre otras, las siguientes:

« […] ARTÍCULO 3º.- Funciones. El Departamento Administrativo de Seguridad tendrá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

[…]

15. Brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Ministros y Expresidentes de la República;

[…]

PARAGRAFO: Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de las enumeradas en el numeral 15 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 DAS continuará prestando tales servicios en los términos que señala el artículo 6° numeral 3° del Decreto 2110 de 1992, hasta que dichos servicios sean asumidos por otras entidades u organismos estatales […]»

Dicha función, fue igualmente establecida en el artículo 2 del Decreto 643 de 2004 en los siguientes términos:

«(…)Artículo 2º El Departamento Administrativo de Seguridad tendrá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

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

(…)

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

Nótese de la normativa transcrita, que el Departamento Administrativo de Seguridad, es la entidad encargada de materializar los programas desarrollados por el Ministerio del Interior y de Justicia, como quiera que el Decreto 643 de 2004 lo facultó para brindar protección a las personas designadas por los programas implementados por este, lo que efectúa a través del personal que se encuentra vinculado al mismo.

Así las cosas, para la Sala es claro que esta es la razón por la cual el demandante suscribió directamente con el Departamento Administrativo de Seguridad los contratos de prestación de servicios y no con el Ministerio del Interior y de Justicia, motivo por el cual es el DAS el llamado a responder por la súplicas de la presente demanda.

Entonces, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS (hoy Unidad Nacional de Protección UNP), es la entidad encargada de asumir la condena impuesta en el presente proceso, pues en virtud de sus funciones suscribió contratos de prestación de servicios con el accionante.

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.- CONFÍRMASE** la sentencia de fecha sentencia de fecha 10 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que accedió a las pretensiones de la demanda, con excepción del ordinal segundo de dicho proveído, el cual se **modificará** de la siguiente manera:

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **ordénase** a la Unidad Nacional de Protección UNP, pagar al señor Nelson Raúl Rodríguez Hernández, identificado con cédula de ciudadanía No 79.701.412 de Bogotá; i) las diferencias de todas y cada una de las prestaciones sociales que resulten entre lo que recibió el actor por concepto de los contratos de prestación de servicios y lo que en el mismo periodo hubiese percibido un escolta de planta de la entidad, dentro del lapso de tiempo comprendido entre el 21 de octubre de 2004 hasta el 31 de marzo de 2011; y ii) tomar el ingreso base de cotización pensional a efectos de determinar, mes a mes, si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le corresponde como empleador. Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

**TERCERO.-** Por secretaria, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**Relatoria JORM/DCSG**

1. La Sala de decisión estuvo integrada por los magistrados Luis Gilberto Ortegón Ortegón, José Rodrigo Romero Romero y Samuel José Ramírez Poveda. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver audiencia inicial que reposa a folio 301 del expediente. [↑](#footnote-ref-2)
3. Providencia que reposa a folios 433 al 454 del expediente. [↑](#footnote-ref-3)
4. El escrito de recurso reposa a folios 463 al 468 del expediente. [↑](#footnote-ref-4)
5. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-5)
6. Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver sentencia c-154-97 [↑](#footnote-ref-7)
8. Taruffo Michelle, en su obra «La prueba de los hechos» Editorial Trotta S.A. , segunda edición 2005, página 480, definió los indicios como «… cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar» [↑](#footnote-ref-8)
9. Tomado de la declaración rendida en audiencia, la cual obra a minuto 24:19 y ss del audio de la diligencia de testimonio. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, radicado No 63001233300020120009501 (0680-2014), actor: Jhon Albeiro Prieto Hurtado, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; sentencia de la misma fecha, radicado No 76001233300020120016701, demandante: Oscar Fernando Ordoñez Silva, MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de fecha 27 de enero de 2017, radicado No 68001233300020130002101 (0308-2014); demandante: Jairo Dovales Villamizar, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-10)
11. En concordancia con los Decretos 1740 de 2010 y 4912 de 2011. [↑](#footnote-ref-11)