

## **CONTRATO REALIDAD – Normativa – Configuración**

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte señaló que el ejercicio de tal potestad es ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente.

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245 con ponencia de Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración y (iii) en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento subordinación.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

## **CONTRATACIÓN ESTATAL – Configuración – Contrato de prestación de servicios – Contrato de trabajo**

Por el contrario, existirá una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista sea autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser restringida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 47001-23-31-000-2010-00497-01(1673-12)**

**Actor: ALDO OMAR DE LUQUE PONCE**

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS**

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA ACCIÓN**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 7 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por el señor Aldo Omar De Luque Ponce contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en procura de obtener la declaratoria de existencia de una relación laboral entre las partes y el consecuente pago de acreencias laborales.

### **2. PRETENSIONES**

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Aldo Omar De Luque Ponce solicitó se declare la nulidad del oficio OJUR 102 558742-3 de 23 de junio de 2010, suscrito por la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad demandada, mediante el cual se negó la relación laboral con el demandante y el reconocimiento de las acreencias laborales.

Pidió declarar la existencia de una relación laboral entre el demandante y el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS Seccional Magdalena y, a título de restablecimiento del derecho, el pago de las acreencias laborales causadas entre el 13 de diciembre de 2003<sup>1</sup> y el 30 de junio de 2009, relacionadas con: vacaciones, prima de servicio, dotaciones, pago de aportes para salud y pensión, sanción moratoria por el no pago de dichos aportes, cesantías definitivas,

---

<sup>1</sup> En el expediente está probado que el actor se vinculó como Escolta del DAS a partir del 10 de diciembre de 2003.

intereses sobre las mismas y la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990.

Adicionalmente reclamó la reliquidación del salario y las prestaciones sociales teniendo en cuenta los viáticos reconocidos al demandante; el reembolso de los dineros cancelados por concepto de estampillas, pólizas y seguridad social; la indexación de la condena; el pago de intereses moratorios y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

### **3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

El señor Aldo Omar De Luque Ponce fue vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - Seccional Magdalena a través de contratos de prestación de servicios celebrados entre el 13 de diciembre de 2003<sup>2</sup> hasta el 30 de junio de 2009, cumpliendo las funciones de escolta de seguridad.

El demandante prestó sus servicios de forma permanente e ininterrumpida, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a sábado desde las 7:30 a.m., recibiendo las misiones de trabajo y órdenes impartidas por sus superiores y percibiendo a cambio una remuneración.

El actor pertenecía a la División de Protección del DAS y las misiones u órdenes de trabajo que le impartía su jefe inmediato estaban relacionadas con la protección a personajes de la vida local como Alcaldes, Concejales, Diputados, etc. En los días en que no tenía protegido asignado, la orden de su superior era la de permanecer disponible en las oficinas de la Seccional.

---

<sup>2</sup> Ídem.

El 16 de junio de 2010 el apoderado del señor De Luque Ponce solicitó al DAS - Seccional Magdalena el reconocimiento y pago de los derechos laborales a que tenía derecho, petición que fue negada con el oficio acusado, alegando que entre las partes solo existió una relación contractual bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

#### **4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Como normas vulneradas se citaron los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, 32-3 de la Ley 80 de 1993 y 22 y 23 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado del actor adujo que el oficio acusado adolece de falsa motivación, pues si bien es cierto aquél suscribió un contrato de prestación de servicios con el DAS - Seccional Magdalena, es evidente que esta entidad pretende encubrir una relación de carácter laboral.

De igual manera advirtió que resulta equivocada la aplicación que le da la accionada al numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, norma que surgió en virtud de la necesidad de brindar apoyo a la gestión de la entidad estatal y que si bien permite celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, estableció como condición básica que en la planta de personal de la entidad respectiva no haya una persona con quien adelantar la correspondiente actividad o que habiéndola se requiera un grado tal de especialidad, que el contrato con un tercero se revele necesario.

Señaló que en este caso tal condición no se cumple, por cuanto el demandante desarrollaba las mismas funciones de los Agentes Escoltas de la División de Protección, empleados pertenecientes a la planta de personal de la entidad demandada, situación que vulnera el principio de igualdad.

Expuso que se pretendió encubrir un contrato laboral con uno de prestación de servicios, por cuanto en la actividad desplegada por el actor concurrieron los elementos esenciales señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo del

Trabajo, a saber: El señor De Luque Ponce cumplió con un horario de trabajo, recibió órdenes directas y permanentes de su superior inmediato y percibió una remuneración a cambio de su servicio.

## **5.- OPOSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA**

El apoderado del Departamento Administrativo de Seguridad se opuso a las pretensiones, al considerar que las mismas carecen de fundamentos fácticos y jurídicos, por cuanto en este caso no se estructuran los elementos sustanciales para desvirtuar la existencia del contrato de prestación de servicios.

Luego de efectuar un recuento sobre el origen de los contratos de prestación de servicios para la protección de líderes sindicales y sociales, señaló que por mandato legal las políticas y directrices en esa materia le corresponden al Ministerio del Interior, por intermedio del Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos, el que, de acuerdo con el parágrafo del artículo 32 del Decreto 337 de 1996, se creó para aprobar la reglamentación del programa, la evaluación de cada caso particular de riesgo y el establecimiento de los niveles de protección.

A partir de lo anterior afirmó que la prestación del servicio de protección a dirigentes sindicales, organizaciones sociales y defensores de derechos humanos no es una actuación autónoma del DAS, sino que es un programa liderado por el Ministerio del Interior. Como tal cartera no cuenta con personal para desarrollar dicha actividad, realiza un traslado presupuestal para que el DAS administre el programa contratando el personal requerido, comprando los automotores necesarios para la prestación del servicio, realizando el mantenimiento de los mismos, el suministro de gasolina y algunas veces la compra de armas.

Advirtió que el personal de planta del DAS no es suficiente para prestar el servicio de protección, por lo que la entidad debe celebrar contratos de prestación de servicios con personas que tengan conocimientos en el tema y a las cuales se les exige el cumplimiento de las obligaciones contractuales por medio de las misiones que les indican a quién le deben prestar tal servicio.

En igual sentido aclaró que en la relación contractual entre el DAS y el actor no se configuró el elemento de subordinación a que alude la demanda, por cuanto las misiones de trabajo tan solo se emiten para efectos del cumplimiento de las obligaciones del contratista y los informes y gestiones por él elaborados guardan íntima relación con el desarrollo del objeto para el cual fue contratado.

Explicó que el acatamiento de las órdenes impartidas durante el desarrollo del contrato es uno de los deberes de los contratistas, previsto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, y que ello no permite inferir la existencia de una relación laboral subordinada.

Agregó que el cumplimiento del horario y la utilización de las instalaciones y recursos de la entidad contratante no convierte automáticamente la relación contractual en laboral, puesto que en el contrato de prestación de servicios con personas naturales el contratista debe someterse a las pautas de la entidad y a la forma como en ella se coordinan las distintas actividades, pues sería absurdo que los escoltas contratistas desarrollen el objeto del contrato como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita.

Indicó que en los contratos de prestación de servicios celebrados con el accionante siempre se estipuló una duración específica, en atención al cumplimiento del objeto contractual, y el pago de unos honorarios, características esenciales del mencionado negocio jurídico.

Manifestó que la situación del actor no encuadra en ninguna de las tres formas básicas de vinculación con la administración pública (modalidad estatutaria, modalidad contractual laboral y auxiliares de la administración), pues, insiste, se trató de contratos de prestación de servicios de protección.

Finalmente sostuvo que el actor aceptó las condiciones del contrato de prestación de servicios, en cuanto a las actividades a desarrollar y a la forma de pago, lo que lo convierte en coproductor del mismo, por lo que ahora no puede pretender derivar las prestaciones señaladas en el libelo. En virtud de la buena fe que debe imperar en materia contractual, el contratista debe probar que dentro de las fases de ejecución y liquidación manifestó por escrito su inconformidad u objeción.

## II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena declaró la nulidad del acto acusado y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, exponiendo los siguientes argumentos:

Luego de relacionar cada una de las pruebas que obran en el expediente, afirmó que durante el lapso comprendido entre el 10 de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009 el demandante prestó sus servicios al DAS, de manera continua e ininterrumpida, a través de contratos de prestación de servicios, cumpliendo las funciones de escolta de seguridad, en un horario de 24 horas de completa disponibilidad, permaneciendo en las instalaciones de la entidad demandada a la espera de nuevas órdenes de protección, algunas veces prestando servicios de apoyo en el parqueadero y en las oficinas de certificado judicial, utilizando los implementos, insignias, dotaciones, armamentos, vehículos y chalecos antibalas de la institución y, en general, ejerciendo las mismas actividades que los empleados de planta.

De igual manera señaló que en este caso se desvirtuó la autonomía del contratista de prestación de servicios, por cuanto se le asignaron funciones y una jornada laboral a efecto de cumplir el objeto contractual.

Dando eficacia a los principios de igualdad y de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, sostuvo que los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes encubrieron una verdadera relación laboral frente a la configuración de los elementos propios de un contrato de trabajo (remuneración, subordinación y prestación personal del servicio), otorgándosele con ello al actor el derecho a ser indemnizado y a recibir el pago de las prestaciones sociales ordinarias a que tienen derecho los demás empleados de planta que realizan funciones similares, liquidadas de acuerdo con los honorarios pactados y debidamente indexadas, sin que por ello se convierta al contratista en un empleado público.

En relación con la pretensión consistente en la condena al pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías definitivas, precisó que

no es posible acceder a ella, toda vez que en este caso no existió un acto de reconocimiento previo y no es posible equiparar al actor con un empleado público.

Manifestó que durante el tiempo de prestación de sus servicios al DAS el actor se encontró desprovisto de protección frente a los riesgos para su salud, por lo que consideró viable ordenar el pago directo al señor De Luque Ponce de la cuota equivalente a las dos terceras partes del monto de la cotización correspondiente a aquella entidad.

Así mismo consideró que se debe condenar a la entidad demandada a efectuar el pago del 75% de los aportes al fondo de pensiones elegido por el actor, por no haberlos trasladado en la oportunidad correspondiente.

En cuanto a los riesgos profesionales indicó que el accionante no probó que hubiese corrido por su cuenta el pago del valor correspondiente para tener derecho a la cobertura de los siniestros que se derivaren en accidentes de trabajo, razón por la cual en este punto se torna inexistente el daño antijurídico; similar situación ocurrió con el pago del valor de las estampillas. Por esta razón, tales pretensiones fueron negadas.

Finalmente condenó a la entidad enjuiciada a reintegrar las sumas que el actor tuvo que desembolsar por concepto de las pólizas tomadas para garantizar el cumplimiento de los contratos de prestación de servicios, pues es claro que no estaba obligado a constituir las frente a la existencia de una relación de índole laboral, no contractual.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

En la oportunidad procesal correspondiente la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria, reiterando los argumentos del escrito de contestación y exponiendo los siguientes motivos de inconformidad:

En primer lugar advirtió que la sentencia del *a quo* no tuvo en cuenta que la vinculación del actor con el DAS se dio por medio de un contrato estatal de prestación de servicios de protección, mas no como empleado público.

Agregó que el vínculo generado por los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes fue legal y de él no se puede derivar el status de empleado público, aunque las labores desplegadas por el actor pudiesen haber sido similares a las de los escoltas de planta.

Reiteró que fueron las necesidades de la entidad enjuiciada las que impusieron la celebración de los contratos de prestación de servicios de escolta con personas naturales, considerando que dicha actividad no se podía llevar a cabo con personal de planta, tal como lo certificó el Subdirector de Talento Humano previo a la contratación con el actor.

Afirmó que en este caso no se configuraron los tres elementos esenciales del contrato de trabajo. En cuanto a la subordinación dijo que no existió, por cuanto en la relación entre el DAS y el actor lo que surgió fue una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales, lo que implicaba que el señor De Luque Ponce se sometía a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual que le fue encomendado, lo que por supuesto incluía el cumplimiento de horarios, recibir instrucciones superiores y reportar informes sobre sus resultados.

Aseguró que el vínculo contractual entre las partes no suponía la veda total de instrucciones ni de órdenes, pues estas resultan útiles para cumplir el objeto contratado, razón por la que no pueden tenerse como señal de subordinación o dependencia.

Precisó que la entidad enjuiciada no le canceló salarios al actor, porque no era servidor público ni estaba incluido en nómina, sino los honorarios pactados en el contrato, pagaderos por mensualidades vencidas.

Además señaló que el pacto y reconocimiento de viáticos al demandante por sus desplazamientos fuera de la sede del contrato, no es indicativo de una relación laboral subordinada.

#### **IV. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia de 30 de octubre de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 499). Posteriormente, por auto de 6 de diciembre siguiente se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión (fl. 501), etapa procesal en la que guardaron silencio.

Para resolver, se

#### **V. CONSIDERA**

##### **1.- Problema jurídico**

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a determinar si el señor Aldo Omar De Luque Ponce tiene derecho al reconocimiento del “contrato realidad” durante los periodos en que estuvo vinculado bajo contratos de prestación de servicios al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS como Escolta, con los consecuentes pagos salariales y prestacionales que se derivan de una relación laboral.

Para desatar la cuestión litigiosa es preciso revisar: i) el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a la figura en comento, ii) el acervo probatorio para establecer los presupuestos fundantes de la relación laboral y iii) el análisis del caso concreto.

##### **2.- Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad**

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte

Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte señaló que el ejercicio de tal potestad es ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente<sup>3</sup>.

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245 con ponencia de Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración y (iii) en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento subordinación<sup>4</sup>.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista sea autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>4</sup> Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser restringida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.<sup>5</sup>

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.<sup>6</sup>

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>6</sup> Sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito<sup>7</sup>.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de esclarecer, bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.

Bajo las anteriores consideraciones preliminares se efectuará el examen probatorio pertinente, en aras de resolver el asunto demandado.

### **3.- El acervo probatorio obrante en el proceso**

Con la prueba documental recaudada dentro del trámite procesal, se lograron demostrar los siguientes supuestos relevantes para desatar el problema jurídico propuesto:

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado - Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. No. 3074-2005, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Entre el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y el señor Aldo Enrique De Luque Ponce se suscribieron 10 contratos de prestación de servicios, con el siguiente objeto:

**“PRIMERA: OBJETO.-** El CONTRATISTA en virtud a sus condiciones personales se compromete para con el DAS a prestar sus servicios de protección; con sede principal en la ciudad de Santa Marta (Magdalena) 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 las medidas de seguridad aprobadas por el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos del Ministerio del Interior y de Justicia. **PARAGRAFO: 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”.

El actor estuvo vinculado por más de cinco años y medio a la entidad demandada, pues los contratos de prestación de servicios se celebraron de forma sucesiva entre el 10 de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009, así:

<b>Contrato de Prestación de Servicios No.</b>	<b>Plazo</b>	<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>	<b>Folios</b>
53 de 2003	4 meses y 21 días.	10 de diciembre de 2003	30 de abril de 2004	16-20
018 de 2004	8 meses	1º de mayo de 2004	31 de diciembre de 2004	21-22
Otrosí No. 01 al contrato 018 de 2004	Prorroga el plazo en dos meses	1º de enero de 2005	28 de febrero de 2005	23-24
016 de 2005	4 meses	1º de marzo de 2005	30 de junio de 2005	26-31
048 de 2005	2 meses	1º de julio de 2005	31 de agosto de 2005	33-38
075 de 2005	6 meses y un día	1º de septiembre de 2005	28 de febrero de 2006	40-47
003 de 2006	9 meses	1º de marzo de 2006	30 de noviembre de 2006	49-55

038 de 2006	7 meses	1º de diciembre de 2006	30 de junio de 2007	58-63
005 de 2007	6 meses	1º de julio de 2007	31 de diciembre de 2007	66-72
043 de 2007	12 meses	1º de enero de 2008	31 de diciembre de 2008	75-81
013 de 2008	6 meses	1º de enero de 2009	30 de junio de 2009	84-89

Para garantizar el cumplimiento de los contratos, el actor adquirió diversas pólizas a favor del DAS<sup>8</sup>.

Durante la ejecución de los contratos el actor recibió múltiples órdenes y misiones de trabajo por parte del Jefe del Área de Protección y algunos otros funcionarios del DAS - Seccional Magdalena, para prestar el servicio de seguridad personal, entre otros, a los Senadores Jorge Robledo y Gustavo Petro, al Presidente y Secretario General de la Junta Directiva de SINTRAELECOL, al Presidente y Secretario General de la Junta Directiva de SINTRAINAGRO, al Fiscal de la Junta Directiva de SINTRAMIENERGETICA, al Ex Rector de la Universidad del Magdalena y al Alcalde de Plato<sup>9</sup>.

Por cada misión u orden de trabajo cumplida, el señor De Luque Ponce presentaba un informe de las actividades desarrolladas como escolta<sup>10</sup>.

El 16 de junio de 2010 el actor formuló petición ante el Director del DAS Seccional Magdalena, para que se le cancelaran las acreencias laborales reclamadas en este proceso<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Folios 25, 32, 39, 48, 56, 57, 64, 65, 73, 74, 82 y 90.

<sup>9</sup> Folios 95-111, 235-237, 239, 241, 242, 244, 245, 248, 250, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 260, 262, 263, 264, 265, 267, 269, 271, 273, 275, 277, 279, 281, 283, 285, 287, 289, 291, 293, 295, 297, 299, 300, 301, 303, 305, 307, 309, 311, 313, 315, 317, 319, 321, 323, 325, 327, 329, 331, 333, 335, 337, 339, 341, 343, 345, 347, 349, 351, 353, 354, 356, 358, 360, 362, 364, 366, 368, 370, 376, 378, 380, 382, 384, 386, 387, 389, 391, 392, 394, 396, 398 y 400.

<sup>10</sup> Folios 238, 240, 243, 246, 247, 249, 251, 254, 259, 261, 266, 268, 270, 272, 274, 276, 279, 280, 282, 284, 286, 288, 290, 292, 294, 298, 302, 304, 306, 308, 310, 312, 314, 316, 318, 320, 322, 324, 326, 328, 330, 332, 334, 336, 338, 340, 342, 344, 346, 348, 352, 355, 357, 359, 361, 363, 365, 367, 369, 371, 372, 373, 375, 377, 379, 381, 383, 385, 388, 390, 393, 395, 397, 399 y 401.

<sup>11</sup> Folios 9 y 10.

Mediante oficio OJUR 102 558742-3 de 23 de junio de 2010, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada dio respuesta negativa a la anterior petición<sup>12</sup>.

#### **4.- Análisis del caso concreto**

Con fundamento en los elementos de prueba obrantes en el plenario confrontados con la doctrina del contrato realidad, la Sala llega a las siguientes conclusiones que permiten sostener la configuración de una verdadera relación laboral entre el señor Aldo Omar De Luque Ponce y la administración, que fue encubierta bajo el ropaje de contrato de prestación de servicios.

##### **4.1.- De la prestación personal del servicio**

Las pruebas relacionadas en el acápite anterior, especialmente los contratos y los informes presentados por el actor acerca del cumplimiento de sus funciones como escolta, permiten corroborar la prestación personal del servicio.

##### **4.2.- De la contraprestación**

El actor percibía una remuneración o contraprestación económica por la labor personal que realizaba en el DAS, según lo estipulado en cada contrato de prestación de servicios, la cual estaba sujeta a la disponibilidad presupuestal de la entidad.

##### **4.3.- De la subordinación y dependencia**

Este elemento también se configuró, a partir de la demostración de las siguientes circunstancias:

---

<sup>12</sup> Folios 11-14.

#### **4.3.1.- La intemporalidad de los contratos celebrados entre el actor y la entidad demandada.**

Merece especial atención la intemporalidad de la relación supuestamente contractual entre el DAS y el demandante, que desborda abiertamente los límites impuestos por la ley<sup>13</sup> y la jurisprudencia para distinguir el contrato de prestación de servicios de la relación laboral.

Las pruebas obrantes en el proceso evidencian que las funciones desempeñadas por el accionante no fueron de carácter transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios, sino que por el contrario se trató de una relación prolongada en el tiempo como lo demuestran los contratos celebrados entre el demandante y el DAS, sin solución de continuidad, desde el 10 de diciembre de 2003 hasta el 30 de junio de 2009.

Esta desproporción en el empleo de la figura prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, evidencia la necesidad del Departamento Administrativo de Seguridad en contar con personal de planta adicional para la prestación del servicio de seguridad personal a los beneficiarios del programa de protección especial, y a su vez demuestra indiscutiblemente que la contratación del actor se dio con el ánimo de emplearlo de modo permanente en la entidad, pero en franco desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna con el principio constitucional de igualdad.

#### **4.3.2.- El cumplimiento de funciones propias de la entidad**

---

<sup>13</sup> El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

*“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” (Destaca la Sala).*

El demandante prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad como Escolta, brindando seguridad personal a los beneficiarios del programa de protección especial. Estas funciones son propias de la entidad demandada y se realizaron durante más de cinco años y medio, hasta el 30 de junio de 2009, fecha en que se dejó de reanudar el contrato de prestación de servicios.

#### **4.3.3.- El cumplimiento del horario de trabajo y el desarrollo de idénticas funciones a los escoltas de planta**

La relación contractual entre el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS con el señor De Luque Ponce se vio rodeada de unas condiciones bastante particulares que permiten sostener que no se trató de un vínculo meramente coordinado y con plena autonomía del contratista, sino que se configuró una relación dependiente o subordinada entre las partes.

Al respecto se pronunciaron los testigos Ciser Alfonso Pomares Urueta (Escolta pensionado del DAS)<sup>14</sup>, Adriano Miguel Torrijo Martínez<sup>15</sup> y Jorge Luis Rodríguez Rivas<sup>16</sup> (quienes al igual que el actor, se vincularon como escoltas del DAS a través de contratos de prestación de servicios), que coinciden en afirmar que: (i) en la planta de personal del DAS existían escoltas que prestaban los mismos servicios y cumplían las mismas funciones que el actor, (ii) los escoltas pertenecientes a la planta de personal y los vinculados por contrato tenían el mismo horario, (iii) los escoltas contratistas recibían órdenes del Jefe de Protección del DAS y usaban chalecos antibalas con el logotipo de la entidad, (iv) cuando el actor no tenía un personaje asignado para proteger, prestaba guardia en las instalaciones del DAS.

Estas declaraciones, que no fueron controvertidas por la entidad demandada, demuestran que la prestación personal del servicio por parte del demandante se dio en las mismas condiciones del resto del personal de escoltas de planta del DAS, esto es, con sujeción absoluta a las directrices impartidas por el Jefe de Protección, a la prestación personal del servicio a cambio de una remuneración, al cumplimiento de un horario y a la realización de las mismas funciones del personal

---

<sup>14</sup> Folios 227 y 228.

<sup>15</sup> Folios 229 y 230.

<sup>16</sup> Folios 231 y 232.

de escoltas, lo cual desde luego devela el verdadero vínculo que existió entre las partes.

En tales condiciones, es decir, desvirtuadas 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*, concluye la Sala que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad, en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto el demandante prestó el servicio público de protección en el DAS - Seccional Magdalena de manera subordinada, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la entidad.

En este punto debe advertirse que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio no pueden convertirse en evasivas para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas, desconociendo las formas sustanciales de derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la ley para el ingreso al servicio público y aún las garantías laborales y derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados; en conclusión, la administración pública no está legitimada en ninguna circunstancia para deslaborizar las relaciones laborales.

Así las cosas, a juicio de esta Sala la sentencia objeto de apelación amerita ser confirmada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

## **VI. FALLA**

**1.- CONFÍRMASE** la sentencia del 7 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**2.-** Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN    ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

JORM/Lmr.