



Comunidad
Jurídica
del conocimiento

***Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y
constitucional acerca de la configuración
del contrato realidad***



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN



Prólogo

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tiene el objetivo de estructurar políticas de prevención del daño antijurídico y defender y proteger los intereses litigiosos de la Nación en procesos donde esté involucrada una entidad pública, la conducta de un servidor público o un acto proferido por una autoridad del orden nacional.

La ANDJE identificó que las entidades públicas del orden nacional comúnmente son demandadas con la pretensión de que se declare la existencia de un contrato realidad; de allí el interés de realizar un detallado estudio en el que se evidencien las causas de las demandas, las estrategias de defensa y demás aspectos que puedan incidir en las condenas contra el Estado.

Este documento analiza las decisiones judiciales proferidas en la jurisdicción constitucional, contenciosa administrativa y ordinaria, las que, bajo el eje de la declaratoria de un contrato realidad, evidencian los elementos esenciales de la relación laboral; las consecuencias de su declaratoria; la pertinencia, idoneidad y suficiencia probatoria, entre otros argumentos que pueden guiar el actuar de la administración en todos los ciclos de defensa judicial.

Adriana María Guillén Arango
Directora General



I. Introducción

El Estado vincula al personal necesario para el cumplimiento de sus objetivos a través de dos modalidades que representan dos escenarios distintos. En el primero de ellos se configura una relación laboral por un mandato legal o reglamentario, o por medio de un contrato laboral. Las personas vinculadas legal o reglamentariamente adquieren la categoría de empleados públicos, y previa vinculación es necesario: (i) que exista el empleo en la planta de personal de la entidad, (ii) se determinen las funciones del cargo, y (iii) haya la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo, como salarios, prestaciones sociales, etc. Por su parte, las personas vinculadas a través de un contrato laboral adquieren la categoría de trabajadores oficiales y su vinculación se rige por lo dispuesto en las normas sustanciales y procesales del trabajo.

En el segundo escenario, el Estado vincula a personas que fungen como colaboradores de la administración, y lo hace a través de diversos tipos de contratos previstos en la ley, de los cuales no se deriva una relación laboral, como el de prestación de servicios, entre otros.

Pese a que cada vinculación tiene características específicas y responde a las distintas necesidades de la administración, son frecuentes las demandas contra el Estado en las cuales el interesado alega que la relación contractual inicialmente pactada, por la forma como se ejecutó, se desnaturalizó,

convirtiéndose en una relación laboral. Así, la declaratoria de configuración de un contrato realidad se efectúa sobre la base de suponer que el indebido desarrollo de la relación contractual desconoció los derechos que le hubieran sido reconocidos al trabajador en vigencia de una relación regida por la norma sustancial laboral, y por el manejo irregular de la contratación, el empleador es responsable, incluso administrativa y disciplinariamente.

Para demostrar tal situación, algunos de los hechos que sustentan las demandas en las que se solicita la declaratoria de un contrato realidad son: (i) cumplimiento de horario, (ii) acatamiento de órdenes permanentes, y (iii) realización de actividades semejantes a las ejecutadas por los trabajadores de planta. De otro lado, las entidades públicas se limitan a allegar como prueba al proceso el contrato firmado por las partes, dejando de aportar elementos que eventualmente podrían desvirtuar la existencia de una relación distinta a la contractual.

Conforme con lo anterior, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través de la Dirección de Políticas y Estrategias, analizó diferentes sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por la Sección Segunda del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional, para establecer los problemas jurídicos relacionados con la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, y la configuración de



una relación laboral, teniendo en cuenta los siguientes ejes temáticos: (i) la configuración del contrato realidad y de los elementos para que proceda su declaratoria, apartado en el que se hará referencia a las consecuencias judiciales de tal declaratoria, la naturaleza de las prestaciones que son reconocidas y la responsabilidad que se le endilga al funcionario o la entidad responsable del manejo irregular de la vinculación, y (ii) los presupuestos procesales y probatorios en el trámite judicial en los que se solicita la declaración del contrato realidad y las medidas de protección que se adoptan.

Finalmente, cabe advertir que el documento tiene por finalidad generar insumos para las entidades públicas en materia prevención del daño antijurídico, pautas de conciliación y estrategias de defensa acordes con la esencia de las relaciones contractuales para prestar servicios al Estado, y en armonía con los derechos garantizados en la Constitución y en la ley.





II. Configuración del contrato realidad y elementos para que proceda su declaratoria

Los elementos que configuran una relación laboral están previstos en el Decreto 2127 de 1945¹ y en el Código Sustantivo del Trabajo², normas que definen que para que exista un contrato de trabajo se requiere que concurren los siguientes elementos: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la dependencia del trabajador respecto del empleador, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional y (iii) el salario como retribución del servicio.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define por contratos de prestación de servicios:

“aquellos que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado”

y advierte que “en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Sobre la base de la norma citada, la jurisprudencia de las altas Cortes³ ha establecido una serie de elementos que configuran el contrato de prestación de servicios, a saber: (i) excepcionalidad, pues solo se pueden celebrar con el fin de atender actividades que no puedan desarrollarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados⁴; (ii) temporalidad, ya que su duración dependerá del tiempo estricto que conlleve la ejecución de la actividad contratada⁵; (iii) autonomía, pues el contratista ejerce de forma discrecional las obligaciones adquiridas, y en razón de su especialidad, desde el punto de vista técnico y científico, se presume que conoce la mejor manera de cumplir la labor⁶; y, (iv) remuneración, la cual se efectúa a través de honorarios.⁷

¹Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general.

²Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 “Sobre Código Sustantivo del Trabajo”, publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.

³Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de agosto de 2003. Exp. 17001-23-31-000-1999-0526-01. M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado; sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Corte Constitucional. Sentencia C- 154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 17 de mayo de 2004. Exp. 22357. M.P. Luis Javier Osorio López.



Pese a que ambas formas de vinculación responden a necesidades diferentes y sus características están definidas por la ley y en la jurisprudencia de los órganos de cierre, en la ejecución de los contratos de prestación de servicios se pueden incurrir en conductas de las cuales se deriva la configuración de una relación laboral, cuando se presentan elementos propios de aquella, a saber: la prestación personal del servicio, la ejecución de labores subordinadas y el pago de un salario.

En ese evento, existe la posibilidad de que se declare la configuración de un contrato realidad, que en términos prácticos significa que aquella relación que inició de tipo contractual, varió, porque sus formas, en realidad, se asemejaron a las de un contrato laboral, sin perjuicio de que en algunos casos se logre establecer que la intención inicial de quien contrata fue disfrazar un contrato de trabajo a través de la figura contractual, para no asumir el reconocimiento de los derechos que se derivan de la ley laboral.

La declaratoria de configuración del contrato realidad se fundamenta en el principio de

primacía de la realidad sobre las formas, contenido en el artículo 53 de la norma superior, que busca “darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resulte del documento contractual o cualquier otro que haya suscrito o expedido las partes”,

y que propende porque las particularidades de la realidad sean las determinantes al momento de definir la existencia de una relación laboral.⁸ Además, puede considerarse que el artículo 13 de la norma superior es fundamento complementario de dicho principio, en la medida en que las relaciones de la administración con los administrados deben regirse por contenidos similares cuando se trate de situaciones que comparten los mismos supuestos de hecho, en tal sentido, frente a una misma labor realizada no hay circunstancias objetivas que justifiquen una diferencia de trato y menos que la diferencia sea formal y no material, porque en ellos radica el desconocimiento de derechos.

⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez; sentencia del 4 de noviembre de 2010. Exp. 15001-23-31-000-2006-01415-01. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 17 de abril de 2013. Exp. 25000-23-25-000-2008-00776-01. M.P. Alfonso Vargas Rincón; sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Corte Constitucional. Sentencia C- 614 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵Consejo de Estado, Sección Segunda. sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren.

⁶Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de julio de 2007. Exp. 44001-23-31-000-2001-00134-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez; sentencia del 28 de enero de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2001-03195-01. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez; sentencia del 22 de julio de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1998-03894-01. M.P. Ibidem; y sentencia del 29 de abril de 2010. Exp. 05001-23-31-000-2000-04729-01. M.P. Ibidem.

⁷Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2012. Exp. 76001-23-25-000-1999-00272-01(21181). M.P. Hernán Andrade Rincón; Igualmente en Corte Constitucional. Sentencia T-1143 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.



La norma constitucional debe leerse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone:

“una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo – actividad personal del trabajador, subordinación y el salario–, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

Cuya interpretación ha sido efectuada por la Corte Constitucional de esta forma:

“cuando se hace referencia a una “relación laboral” se debe entender que ésta no depende de la clasificación que se le haya dado al contrato formalmente celebrado sino de las condiciones reales en las que se desarrolla la actividad. Por lo tanto, si se encuentran los elementos esenciales mencionados, se deberá entender que existe una relación de tipo laboral con todas las implicaciones que ello tiene.”⁹

Además, han sostenido los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria, contenciosa y constitucional que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral propende porque se declare una relación laboral y con ello: (i) evitar el desconocimiento

de los derechos reconocidos a los trabajadores por la Constitución y la ley¹⁰, (ii) promover la buena fe en la ejecución de los contratos¹¹, (iii) lograr la justicia entre empleadores y trabajadores¹², y (iv) resarcir y, de ser posible, restaurar al afectado.¹³

El asunto planteado en los párrafos precedentes se tratará con más detalle enseguida, analizando los problemas jurídicos resueltos por la jurisprudencia de los órganos de cierre, en relación con: los elementos de la relación laboral cuyo contenido sirve para desvirtuar una relación contractual y dar paso a la protección que otorga la configuración del contrato realidad, y las consecuencias de la declaratoria de un verdadero contrato de trabajo.

⁸Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 26 de enero de 2007, radicado 29418., M.P.: Luis Javier Osorio López.

⁹Corte Constitucional, sentencia C-960 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁰Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 12 de noviembre de 1998 C-665-98, M.P.: Hernando Herrera Vergara

¹¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2 de agosto de 2004, radicado. 22259, M.P.: Luis Javier Osorio López

¹²Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2 de septiembre de 2004, radicado 23191, M.P.: Gustavo José Gnecco Mendoza

¹³Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 1 de julio de 2009, radicado 33759, M.P.: Gustavo José Gnecco Mendoza.



1. Elementos de una relación laboral

En relación con los elementos que configuran el contrato de trabajo, la jurisprudencia ha analizado diversas cuestiones. Así, por ejemplo, en materia de *prestación personal* ha resuelto dos (2) problemas jurídicos que guardan relación con la presunción de la existencia de la relación laboral y la realización de trabajo en equipo. Respecto del elemento de la *subordinación* se ha pronunciado en torno a ocho (8) cuestiones atinentes a la configuración de indicios que demuestran la existencia de este elemento en relación con las funciones encomendadas y la forma en que se ejerce la supervisión del contrato; y finalmente, en lo que respecta al salario ha dado respuesta a dos (2) problemas jurídicos sobre eventos en los cuales la prestación del servicio es gratuita, pero se configuran los demás elementos de la relación laboral, y respecto de la fijación del monto reconocido como salario.

1.1 Prestación personal del servicio

La prestación personal del servicio ha sido definida por la jurisprudencia como la realización de “actividades que requieren poner directamente el esfuerzo personal en el cumplimiento de una labor”¹⁴.

Entorno a este asunto, el primer problema jurídico analizado por la jurisprudencia es:

¿se presume la existencia de una relación laboral con una persona vinculada por medio de contrato de prestación de servicios, cuando se demuestra que hubo ejecución personal de la labor?

Para dar respuesta a este cuestionamiento hay que diferenciar el precedente marcado por la jurisdicción ordinaria¹⁵ y el desarrollado por la jurisdicción contencioso administrativa, pues mientras que para la primera con la sola

prestación personal del servicio se presume que existió una relación laboral, para la segunda es necesario probar, además, la subordinación y el salario.

Así, en el primer escenario se ha de tener en cuenta que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo señala que “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*” y en el mismo sentido el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945¹⁷ el cual establece que “*el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha (...)*”. Las normas anteriormente señaladas establecen así una presunción de carácter legal que rige las relaciones reguladas por el Código Sustantivo de Trabajo.

¹⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 13 de noviembre de 2003, radicado, 23001-23-31-000-2000-3810-01 (2956-02) C.P.: Alejandro Ordóñez Maldonado

¹⁵En términos generales la jurisdicción ordinaria conoce de las demandas de un particular vinculado al Estado por medio de un contrato de prestación de servicios que busca la declaratoria de una relación laboral en el marco de un contrato laboral.

¹⁶En términos generales la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las demandas de un particular vinculado al Estado por medio de un contrato de prestación de servicios que busca la declaratoria de una relación laboral en el marco de una relación legal y reglamentaria con el Estado.



Con base en lo señalado, la Sala de Casación Laboral ha considerado que esta norma le otorga una ventaja probatoria a quien alega la existencia de una relación laboral

“consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica, se presume iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral”¹⁸, pero con la aclaración de que “esta regla tiene el carácter de presunción legal y por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida por el presunto patrono mediante la demostración de que el trabajo se realizó en forma independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto al laboral”¹⁹.

Por ejemplo, en la sentencia del 15 de febrero de 2011 la Sala declaró la existencia de una relación laboral al aplicar la presunción derivada de la prestación personal del servicio debido a que fue probada por la parte demandante y la parte demanda no desvirtuó tal presunción. Al respecto señaló:

“en el sub lite, tal como se dijo en sede de casación, desde un comienzo quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral y en el asunto a juzgar el Instituto demandado, conforme a las reglas de la carga de la prueba, no logró destruir dicha presunción. Por el contrario, las probanzas arrojadas y atrás estudiadas, corroboran la estructuración de esa dependencia, acorde con lo que aflora de la realidad de los hechos, debiéndose en el caso particular dar aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la forma del documento contractual, para establecer la existencia de la relación laboral”²⁰.

De igual forma, la Sala, en algunos casos, ha dicho que de la sola prueba de la prestación personal del servicio no es posible derivar la existencia de una relación laboral, solo si existen elementos probatorios que desvirtúan los otros elementos que la configuran. Así, por ejemplo, en sentencia del 31 de mayo de 2011 consideró que le corresponde al demandante acreditar que por los servicios prestados recibió a título oneroso una suma de dinero, pues en caso contrario no es posible derivar la existencia de una relación laboral, por cuanto de ésta se excluyen las relaciones de trabajo de carácter gratuito.

¹⁷Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general.

¹⁸Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 1 de julio de 2009, radicado 30437, M.P.: Gustavo José Gnecco Mendoza; sentencia del 5 de agosto de 2009, radicado: 36549; M.P.: Luis Javier Osorio,

¹⁹Sentencia del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No. 2396 Páginas 559 a 565). -C- 665 de 1998. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 1 de julio de 2009, radicado, 30437 M.P.: Gustavo José Gnecco Mendoza. Sobre la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo según la cual, a partir de la acreditación de la prestación personal de un servicio, el trabajador no corre con la carga de probar con la subordinación consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 23 de septiembre de 2008, radicado. 33526, y de 4 de febrero de 2009 radicado 33937, M.P.:

²⁰Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 15 de febrero de 2011, radicado: 40273, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.



Conforme con lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia aplica la presunción de existencia de una relación laboral cuando se alega prestación personal del servicio. Pero esta presunción, como todas, admite prueba en contrario en relación con la configuración de alguno de los elementos que componen la relación laboral.

En el segundo escenario, el Consejo de Estado ha manifestado que para configurar la existencia de una relación laboral no es suficiente acreditar únicamente la prestación personal del servicio, pues es fundamental que el demandante acredite los demás elementos (subordinación y salario) para dar prevalencia a la realidad sobre las formalidades y, en consecuencia, otorgarle las prerrogativas de orden prestacional. Así, la Corporación ha señalado:

“(...) la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador”.²¹

Además, la Corporación ha indicado que existen algunas actividades de las cuales se infiere la prestación personal del servicio, lo cual no es óbice para presumir la existencia de una relación laboral. Con base en lo anterior,

el Consejo de Estado, en sentencia del 21 de marzo de 2002, negó la existencia de una relación laboral de una persona que prestaba sus servicios como asesor empresarial al SENA, pues si bien reconoció que dicha actividad se debía ejercer personalmente, no por ello se podía inferir que el demandante la hubiera ejecutado de manera subordinada, pues no se aportaron pruebas en ese sentido.²²

En ese orden de ideas, se concluye que, para la jurisdicción contenciosa, la prestación personal por sí sola permite presumir la existencia de una relación laboral, pues se requieren probar, si quiera de forma sumaria, los demás elementos, estos son: la subordinación y el salario. Mientras que en el ámbito de la jurisdicción ordinaria la prueba de la prestación personal del servicio genera la presunción de una relación laboral, sin embargo, esta presunción es de carácter legal y admite pruebas en aras de desvirtuarla.

El segundo problema jurídico que ha analizado la jurisprudencia frente al elemento de la prestación personal del servicio es: ¿la prestación personal del servicio implica que deba ser prestado por una sola persona, excluyendo la existencia de un equipo de trabajo, en orden de configurarse una relación laboral? Al respecto, se debe advertir que existe una sola sentencia que ha abordado este análisis. Así, el Consejo de Estado en fallo del 22 de noviembre de 2012 señaló que la

²¹Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de abril de 2008, radicado: 2776-05, C.P. Jaime Moreno García.

²²Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de marzo de 2002, radicado: 20001-23-31-000-2000-0562-01 (2201-01), C.P.: Ana Margarita Olaya Forero.



prestación personal del servicio no implica que deba ser proporcionado por una sola persona excluyendo la existencia de un equipo de trabajo, pues el hecho de que se trabaje en equipo no significa que no se presten los servicios de manera personal. Al respecto, señaló: “contrario a lo manifestado por (...) el hecho de que las funciones asignadas al actor (...) fueran desempeñadas en compañía

de un equipo de trabajo contratado por la Universidad, no significa que no fueran desarrolladas en forma personal. Lo anterior por cuanto de las certificaciones expedidas por el Director de Bienestar Universitario (...) se colige su prestación en forma personal, tanto así que en diversas oportunidades fue exaltada su labor por las directivas de la Universidad”²³.

1.2 Subordinación

La jurisprudencia ha sostenido de forma reiterada que la subordinación es la

“aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente”²⁴,

y que para considerar acreditada la subordinación en una relación con el Estado, se requiere tener consciencia de todos los hechos que se presentaron en la ejecución del contrato pactado, pues, se recuerda, la esencia de la configuración de una relación laboral se deriva de la realidad.

En materia de subordinación existen diversos hechos indicadores que ha considerado la jurisprudencia para su configuración. Dichos hechos se pueden presentar en las funciones encomendadas y en la forma en que se ejerce

la supervisión del contrato. En ese contexto, bien puede ocurrir: (i) que la labor encargada sea permanente, (ii) se renueve el mismo objeto contractual respecto de la misma persona, (iii) se desempeñen funciones relacionadas con el objeto social de la entidad, o (iv) se asignen funciones iguales a las personas vinculadas por una relación legal y reglamentaria o por un contrato laboral, entre otros.

Así, respecto del tema de los indicios, el primer problema jurídico que ha analizado la jurisprudencia es:

¿la celebración de contratos de prestación de servicios sucesivos para la realización de actividades propias de la entidad pública, pactados en condiciones iguales a las que son ofrecidas a los funcionarios públicos, constituye un indicio esencial para la configuración del elemento de la subordinación cuando se pretende declarar la existencia de una relación laboral?

²³Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de noviembre de 2012, radicado (O246-12), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

²⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 1 de julio de 1994, radicado 6258, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.



Y la respuesta a esta cuestión, es que, conforme con la jurisprudencia, la celebración de contrato sucesivos de prestación de servicios para la realización de actividades inherentes a las funciones de la entidad pública contratante, y en igualdad de condiciones de vinculación que las que son ofrecidas a los funcionarios públicos, constituye un indicio de configuración del elemento de la subordinación indispensable para la declaratoria de una relación laboral.

Para iniciar con el sustento jurídico de la respuesta señalada, se debe tener en cuenta que el numeral 3° de artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos de prestación de servicios solo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados, y advierte que dichos contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales. Y al analizar el contenido de la norma señalada, la Corte Constitucional, en la sentencia C-154 de 1997, afirmó que la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo es la duración por tiempo limitado del primero, tanto es así que advirtió que en caso de que se vuelva permanente, la entidad debe adoptar las medidas correspondientes para que la función o cargo “quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

En similar sentido, el inciso 4° del artículo 2° del Decreto Ley 2400 de 1968 establece que

“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”.

Igualmente, la exequibilidad de la anterior norma fue estudiada por la Corte Constitucional y en su análisis consideró que aquella se encontraba ajustada a la Norma Superior, por cuanto tiene por finalidad (i) evitar que se oculten verdaderas relaciones laborales y se desnaturalice la contratación estatal, (ii) imponer la relación laboral, y sus plenas garantías, para el ejercicio de las funciones permanentes en la administración y (iii) consagrar el empleo público como la forma general y natural de ejercer funciones públicas.

Además, en esa misma providencia precisó que el celebrar contratos de prestación de servicios sólo es legítimo

*“si es 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 requieran conocimientos especializados”.*²⁵

²⁵Corte Constitucional, Sentencia C-614-09 M.P. Hernando Herrera Vergara.



De igual forma, el artículo 21²⁶ de la Ley 909 de 2004, *“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”* prevé que, de acuerdo a las necesidades de cada entidad, se creen plantas de personal de manera transitoria, conforme a las condiciones impuestas por el legislador, y para labores contratadas cuyo término de ejecución sea mayor a seis (6) meses.

Esta postura es compartida por el Consejo de Estado, Corporación que ha reiterado que el contrato de prestación de servicios debe ser transitorio, por lo que su prolongación en el tiempo podría dar lugar a la configuración de una relación laboral.²⁷ Significa esto que el referido contrato no procede para el desempeño de funciones de carácter permanente, o lo que es igual, que el contrato de prestación de servicios no tiene por finalidad remplazar a la planta de personal, y en ese sentido, la permanencia del cargo o labor, desconociendo su carácter transitorio, es indicio en la configuración de una declaratoria de contrato realidad.

Por ejemplo, en providencia del 26 de enero de 2012 dicha Corporación declaró la existencia de una relación laboral de la demandante con el empleador para el cual trabajó por más de cinco (5) años en calidad de auxiliar de enfermería en cuidados intensivos. En el proceso judicial se logró acreditar que por el tiempo que duró la vinculación, la interesada había realizado funciones propias de la entidad, bajo subordinación y en las mismas condiciones de los demás empleados de la entidad, por lo cual quedó demostrada la permanencia en la labor y los demás elementos de la relación laboral²⁸.

En ese orden de ideas, si se celebran varios contratos de prestación de servicios de manera continua e interrumpida, y el contratista cumple las actividades en igualdad de condiciones frente a los empleados de planta²⁹, queda demostrada la permanencia en el desarrollo de la labor, y en consecuencia, tal hecho se constituye en un indicio grave en contra de la entidad, que disfrazó un contrato de trabajo bajo la modalidad de prestación de servicios.

²⁶Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

²⁷Consejo de Estado, Sección Segunda. sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren.

²⁸Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 26 de enero de 2012, Exp. 2005-10518-02 C.P. Gerardo Arenas Monsalve; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 22 de julio de 2010, Exp. 05001-23-31-000-1998-03894-01(0161-10). C.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez y sentencia del 29 de abril de 2010. Exp. 05001-23-31-000-2000-04729-01. M.P. Ibídem.



Los siete (7) problemas jurídicos restantes se enmarcan en la forma cómo se ejerce la supervisión del contrato de prestación de servicios, pues las irregularidades en la labor de verificación y seguimiento también pueden derivar en hechos indicadores de subordinación. Por ejemplo: (i) cuando al contratista se le dan órdenes de cómo, dónde y cuándo se debe realizar una actividad, (ii) la vigilancia constante en la realización de la actividad, con acciones como “evaluaciones de desempeño”, (iii) el requerimiento para que permanezca en las instalaciones de la entidad, (iv) el sometimiento al reglamento del personal, (v) la exigencia de autorizaciones para ausentarse, (vi) la obligación en el uso de uniformes, (vii) la variación constante de las condiciones de tiempo, modo y lugar en la prestación de los servicios, y, (viii) la sanción por incumplimiento de órdenes, entre otros.

Así, respecto de la forma en que se ejerce la supervisión del contrato de prestación de servicios, el primer problema jurídico es:

¿constituye un indicio de subordinación el hecho de que la persona vinculada por medio de contrato de prestación de servicios esté sujeta a cumplir órdenes en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo?

Y la respuesta es afirmativa y encuentra sustento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, de acuerdo con la cual, la autonomía de la persona vinculada por medio de contrato de prestación, que hace referencia al nivel amplio de independencia que goza en los aspectos técnicos, científicos o profesionales que involucra la labor contratada, debe ser la característica esencial en este tipo de contratos.³⁰

²⁹Es importante señalar que la jurisprudencia ha considerado que constituye un indicio de subordinación el hecho de que las actividades desempeñadas por una persona vinculada por contrato de prestación de servicios sean similares a las ejecutadas por una persona vinculada con el Estado por medio de una relación laboral. Este es un indicio legal en la medida de que las normas que rigen la materia han señalado que procede la contratación por servicios cuando la planta de la entidad no es suficiente o siendo suficiente se requiere a una persona con conocimientos especializados, y en esa medida el uso de la figura debe ser excepcional en la administración. En ese sentido, dado el carácter excepcional de la contratación por servicios, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que uno de los hechos indicadores de subordinación es el trato en las mismas condiciones de subordinación o de dependencia de las que son objeto los empleados públicos, pues en situaciones iguales no puede haber tratos discriminatorios, específicamente, cuando se asignan funciones equivalentes a las desempeñadas por un trabajador que se reconoce subordinado, sumado al cumplimiento de horario y al acatamiento de órdenes. Así por ejemplo, una persona que prestaba sus servicios como Inspector de Aeronavegabilidad II, le fue reconocido la existencia de una relación laboral, al considerarse que el actor no solo logró demostrar que su actividad se desarrollaba bajo subordinación al tener que seguir ordenes en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, sino que logró acreditar que sus funciones eran iguales a los empleados de planta de la entidad demandada y que las efectuaba en las mismas condiciones (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 15 de junio de 2011, Exp. 2007-00395-01). Como un dato adicional, es pertinente señalar que entre los elementos probatorios que se analizan para determinar la similitud de funciones están: las funciones asignadas en el contrato, las órdenes en cuanto al modo tiempo y cantidad de trabajo, el reconocimiento de gastos por representación, la exigencia de que el servicio debe ser prestado personalmente en el lugar designado por el contratante y demás acciones que permitan inferir que se dio un trato igual al de un empleado público (sobre funciones similares a los de planta consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 28 de enero de 2010, Exp. 2001-03195-01; sentencia de 1 de marzo de 2012, Exp. 2008-00270-01; sentencia 4 de noviembre de 2010, Exp. 2006-01415-01).



De este modo, se desconoce la autonomía del contratista cuando (i) se le exige cumplir un horario y acatar los reglamentos internos de la entidad, (ii) se le asignan funciones para las cuales no fue contratado,³¹ (iii) se le solicita la emisión de conceptos o participar en equipos interdisciplinarios ajenos al objeto de su contrato.

Así, por ejemplo, en sentencia de 18 de mayo de 2011, el Consejo de Estado analizó un caso en el que una persona había suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios como médico general, mediante los cuales, se pactaron las siguientes actividades: (i) emitir conceptos técnicos cuando lo solicitara la gerencia, (ii) participar en equipos interdisciplinarios a solicitud de la institución, (iii) prescribir medicamentos genéricos que solo se encuentren en el manual de medicamentos, y, (iv) atender a pacientes hospitalizados cuando cumple labores en urgencias. Funciones que a juicio de la Sala, desvirtuaban la autonomía con la que cuenta el personal médico, toda vez que el objeto contractual se desarrolló bajo órdenes directas que provenían de sus superiores³².

El segundo problema consiste en establecer:

la actividad del contratista sea supervisada mediante evaluaciones, calificaciones de desempeño o mediante un seguimiento constante de la actividad ejecutada?

Frente a este interrogante, la respuesta es afirmativa y por ejemplo, así lo sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al concluir que había subordinación en un caso en el cual una persona fue contratada para realizar unas encuestas y la entidad contratante verificaba de forma permanente que el trabajo se ejecutará conforme a las instrucciones impuestas, pues de manera previa se le había indicado el cómo, el donde y la forma en que debía realizarla.³³

Igualmente, se ha considerado que el contratista está bajo subordinación cuando tiene que solicitar permiso para ausentarse del lugar de trabajo o para cambiar su horario, pues la jurisprudencia ha precisado que lo anterior son manifestaciones de control y vigilancia que le restan independencia para ejecutar su labor³⁴. Así lo sostuvo el Consejo de Estado en la sentencia de 19 de abril de 2012, al conocer del caso de una ciudadana que se encontraba

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 3 de diciembre de 2009, Exp. 2002-00293-01(2499-07). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia de 7 de abril de 2005, Exp. 2000-00005-01(552-03) Jesús María Lemos Bustamante; sentencia de 5 de mayo de 2005, Exp. 2002-00071-01(3731-03). C.P. ibídem.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, sentencia del 17 de mayo de 2004, Exp. 22357, M.P. Luis Javier Osorio.

³² Consejo de Estado, Sección segunda, sentencia de 18 de mayo de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2006-08488-02(0056-10), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35201, M.P. Eduardo López Villegas.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de abril de 2012, Exp. 2008-00647-01(2204-11), C.P. Alfonso Vargas Rincón.



sometida al cumplimiento de un horario de trabajo y, además, era supervisada de forma constante por su jefe y coordinadores, y no contaba con la facultad para manejar su tiempo, ni autonomía para retirarse del lugar de trabajo y cualquier cambio debía ser autorizado por el coordinador³⁵.

El tercer problema jurídico a estudiar consiste en determinar si:

¿es un hecho indicativo de subordinación que la entidad contratante ejerza un poder sancionador sobre la persona vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios?

Sobre este asunto la jurisprudencia ha considerado que el hecho de que un empleador ejerza

“poder disciplinario y subordinante sobre el trabajador, consistente en la potestad o facultad de sancionar el incumplimiento de órdenes”

puede configurar una relación laboral³⁶. Así, en sentencia de 2 de agosto de 2004, la Corte Suprema de Justicia resolvió un caso en el que el demandante estimó que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería había valorado mal las pruebas al no tener por acreditado la relación de subordinación, específicamente, aquella que daba cuenta de que la entidad demandada lo había amonestado por realizar una cirugía sin ayudante, le había llamado la atención por no colaborar en diversas intervenciones quirúrgicas se había quejado por su mal comportamiento al cobrar una cirugía sin haberla hecho.

La Corporación compartió los argumentos del recurrente y consideró que el Tribunal erró al no tener por acreditada la subordinación, toda vez que la entidad demandada ejerció poder disciplinario sobre el contratista, situación que es propia de una relación laboral y ajena a una relación civil o comercial. Al respecto, la Sala dijo:

“traduciéndose todo esto en el ejercicio de la empleadora del auténtico poder disciplinario y subordinante sobre el trabajador, consistente en la potestad o facultad de sancionar el incumplimiento de órdenes, instrucciones, obligaciones, prohibiciones o la deficiente ejecución en la labor, lo que resulta ajeno a cualquier relación de naturaleza civil o comercial y sí propio de la subordinación jurídica del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 23 del C. S. del T.”³⁷

De otro lado, se ha considerado como indicio de la existencia de una relación laboral el reclamo efectuado a un contratista por no haber asistido puntualmente a una reunión, o solicitarle explicaciones de por qué no inició las actividades luego de determinadas horas, o los llamados de atención en razón a su falta de colaboración para ejecutar una actividad extra determinada.

³⁵ Ibídem.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2 de agosto de 2004, Exp. 22259, M.P. Luis Javier Osorio López

³⁷ Ibídem.



El cuarto problema jurídico en relación con el tema que se viene tratando consiste en determinar si:

¿constituye un indicio de subordinación exigirle a la persona vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios estar disponible en las instalaciones de la entidad?³⁸

Sobre el particular, la jurisprudencia ha entendido que el hecho de que el contratista tenga que prestar sus servicios en las instalaciones de la entidad, constituye un indicio de subordinación, toda vez que:

“(...) refleja la capacidad dispositiva del demandado sobre la labor prestada, desvirtuando así su autonomía e independencia en la prestación del servicio y superando bajo tales circunstancias el tema de la coordinación necesaria en desarrollo de la actividad contractual, lo que en suma refleja la subordinación y dependencia en la labor desempeñada”.

Por ejemplo, en fallo del 17 de abril de 2013, el Consejo de Estado conoció la demanda de una persona que suscribió varios contratos de prestación de servicios con una Empresa Social del Estado, para desempeñar labores como terapeuta respiratoria, mediante los cuales se comprometió a realizar las siguientes actividades: (i) atender a los pacientes hospitalizados y de urgencias de manera inmediata, (ii) desarrollar proyectos de investigación en las áreas respectivas de rehabilitación, (iii) desarrollar programas

específicos en el área de intervención, y, (iv) participar en el transporte del paciente de ventilación mecánica a exámenes especiales entre otras.

Con base en la descripción de las funciones a desarrollar por el contratista, el Consejo de Estado concluyó que era posible inferir que para desarrollarlas era necesario que aquél permaneciera en las instalaciones de la entidad, por lo que a su juicio se refleja la facultad de dirección del demandado sobre la labor prestada, desvirtuando así su autonomía e independencia en la prestación del servicio.³⁹

Ahora bien, es pertinente advertir que el hecho de que el contratista ejecute su labor en las instalaciones de la entidad accionada no se convierte automáticamente en un indicio para presumir la existencia de una relación laboral,⁴⁰ y por el contrario, el juez de conocimiento debe tomar en cuenta otros hechos indicadores de subordinación para aclarar que entre las partes existió una verdadera relación laboral.

El quinto problema jurídico relacionado con la forma en que se ejerce la supervisión, apunta a establecer si:

¿exigir el cumplimiento de horario a una persona vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios constituye por sí sólo un indicio suficiente de subordinación?

Para dar respuesta a este cuestionamiento hay que diferenciar la posición de la Corte Suprema de Justicia y la del Consejo de Estado, pues

³⁸Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de abril de 2013, Exp. 2008-00776-01, C.P. Alfonso Vargas Rincón.

³⁹Ibidem. Ver también: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de julio de 2011, Exp. 1999-06393-01 (2965-04); sentencia de 22 de noviembre de 2012, Exp. 2009-01418-01(0246-12); sentencia de 27 de enero de 2011, Exp. 1998-03542-01 (0202-10); Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 2 de agosto de 2004, Exp. 22259.

⁴⁰Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 28 de julio de 2005, Exp. 50001-23-31-000-2000-00262-01(5212-03) C.P. Tarsicio Cáceres Toro.



mientras que para la primera la exigencia de horario es un indicio suficiente, para la segunda Corporación no lo es.

El quinto problema jurídico relacionado con la forma en que se ejerce la supervisión, apunta a establecer si:

¿exigir el cumplimiento de horario a una persona vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios constituye por sí sólo un indicio suficiente de subordinación?

Para dar respuesta a este cuestionamiento hay que diferenciar la posición de la Corte Suprema de Justicia y la del Consejo de Estado, pues mientras que para la primera la exigencia de horario es un indicio suficiente, para la segunda Corporación no lo es.

Así, en la jurisdicción ordinaria se ha considerado que fijar el cumplimiento de un horario representa una restricción a la autonomía del contratista cuando las partes no han llegado a un acuerdo sobre ese aspecto y el adecuado desarrollo de la labor no depende del cumplimiento de un horario determinado, toda vez que la disposición del tiempo implica que el contratista no tiene control sobre el mismo, sino que está bajo órdenes, circunstancia que no es de la esencia del contrato de prestación de servicios sino más bien propia de una relación laboral⁴¹.

Por ejemplo, en sentencia de 17 de mayo de 2004, la Sala Laboral de la Corte Suprema de

Justicia estudió un caso en el que el Tribunal Superior de Bogotá negó la existencia de una relación laboral de una persona que se desempeñó como bacterióloga en el Instituto de Seguros Sociales, mediante la suscripción de varios contratos de prestación de servicios. La posición del Tribunal se basó en que el cumplimiento del horario no es un indicativo inequívoco de subordinación, por lo que a su juicio era necesario que se demostrara que la parte demandante las desarrolló bajo órdenes, en cumplimiento de reglamentos de trabajo y sanciones disciplinarias.

Contrario a lo señalado por el juez de instancia, la Corte sostuvo que la imposición de un horario sí es un indicativo de subordinación, puesto que implica ejercer un poder por parte de quien se beneficia con el servicio, limitando la autonomía del contratista en cuanto a la oportunidad con la que aquél debe cumplir la labor, subordinación que la Corte ha dicho se deduce de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 6ª de 1945 al señalar que no es contrato de trabajo

“el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarlo y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono”.

En consecuencia, la Corporación concluyó que entre las partes existió un contrato de trabajo y accedió a las pretensiones del demandante⁴².

⁴¹Cuando el horario es indicativo de subordinación consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 17 de mayo de 2004, Exp. 22357, M.P. Luis Javier Osorio López; sentencia de 2 de marzo de 2006, Exp. 26707; M.P. ibídem; sentencia de 24 de octubre de 2006. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

⁴²Al respecto consultar: Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 17 de mayo de 2004, Exp. 22357. M.P. Luis Javier Osorio López.



Por su parte, como se advirtió, el Consejo de Estado ha señalado que la exigencia de un horario por sí solo no es un indicativo suficiente de subordinación⁴³, pues cuando se fija un horario y éste es un requerimiento especial para que se preste el servicio, no puede concluirse entonces que sea una limitación a la autonomía, y en estos casos ha de interpretarse que el horario es una exigencia para la eficiente prestación del servicio, pactada por las partes y no una imposición propia de la dependencia laboral. En tal sentido, la Corporación también ha sostenido que cuando se pretenda solicitar la declaratoria de contrato realidad sobre la base del cumplimiento de un horario, es necesario que se acrediten otras circunstancias que permitan concluir que la vinculación se dio en el marco de una relación de dependencia. Asimismo, al resolver el caso de una persona que solicitó la declaratoria de contrato realidad pues consideraba que se encontraba en situación de subordinación por cumplir un horario, la Corporación consideró que no se configuraba este elemento, por cuanto las partes lo habían pactado y el horario era un requerimiento para que se prestará el servicio, ya que se le había encomendado repartir la correspondencia dentro de la misma entidad y por fuera de ella y el servicio de fotocopidora debía prestarse dentro del horario en que la entidad desarrollaba sus funciones. Así las cosas, declaró que hubo una relación de coordinación y no de subordinación, lo que excluye la existencia de una relación laboral⁴⁴.

El sexto problema jurídico consiste en establecer:

¿se configura el elemento de la subordinación cuando en el contrato de prestación de servicios se pacta que, para el cumplimiento del objeto contractual, se deben seguir instrucciones de la parte contratante?

Para responder esta cuestión es preciso señalar que la coordinación ha sido entendida por la jurisprudencia como la forma como el contratista se somete a algunas condiciones mínimas impuestas por el contratante, que son necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye, por ejemplo: (i) el cumplimiento de un horario cuando se pacte de forma previa y sea indispensable para el desarrollo de la labor, (ii) recibir instrucciones, o (iii) exigir la presentación de informes sobre los resultados obtenidos.⁴⁵

Partiendo de la anterior, se concluye que hay una relación de coordinación cuando las partes fijan las condiciones mínimas en que se va a desarrollar la labor contratada, con el fin de que se cumpla el objeto contractual y se preste un servicio de manera más eficiente. En este escenario, lo que no es objeto de coordinación se deja bajo la dirección o gobierno del propio contratista, lo que conlleva a tomar decisiones por su cuenta y riesgo. Por su parte, se está bajo una relación de subordinación cuando al contratista se le establece de manera unilateral cómo, cuándo y dónde debe prestar su trabajo con lo cual se excluye la posibilidad de tener iniciativa para contemplar otras formas en las que puede ejecutar su labor.

⁴⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de abril de 2007, Exp. 1999-04369-01, C.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez.

⁴⁵Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 7 de septiembre de 2006, Exp. 2000-04732-01. C.P. Alberto Arango Mantilla.



Ahora bien, el séptimo problema es:

¿se presume la configuración de una relación laboral si la persona vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios prueba solamente la subordinación?

En relación con esta cuestión el Consejo de Estado ha sostenido que para desvirtuar la celebración del contrato de prestación de servicios es esencial acreditar los tres (3) elementos de una relación laboral, pero en especial acreditar que el demandante ejecutó la labor en forma subordinada respecto del empleador. A manera de ejemplo, en fallo del 19 de enero de 2006, el Consejo de Estado declaró la existencia de una relación laboral conforme al principio de la realidad sobre las formas, en un caso en el que la parte actora prestaba sus servicios de manera personal y subordinada, recibía a cambio una remuneración, cumplía una función pública de carácter permanente y desarrollaba su labor bajo las mismas condiciones similares a los empleados públicos.

En dicha sentencia la Corporación reiteró que son tres (3) los elementos necesarios para configurar una relación de carácter laboral: prestación personal del servicio, subordinación y salario, y que de no acreditar alguno de ellos no es posible derivar la existencia de una relación laboral.⁴⁶

1.3 Salario

El salario es la suma de dinero que recibe el trabajador como contraprestación por los servicios prestados. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-521 de 1995, indicó que:

“constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio”.

En relación con este asunto, se identificaron dos problemas jurídicos: el primero de ellos:

¿la prestación personal y gratuita del servicio, acompañada de una presunción de subordinación, constituyen elementos suficientes para configurar la existencia de una relación laboral?,

y el segundo:

¿la suma de dinero pactada como contraprestación por la labor realizada en el marco de un contrato de prestación de servicios, puede ser considerada salario, para efecto de la configuración de una relación laboral?

⁴⁶Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de enero de 2006, Exp. 2003-01650-01(2579-05). C.P. Alberto Arango Mantilla.



Respecto del primer cuestionamiento es pertinente señalar que la contribución por el servicio prestado es esencial en una relación laboral, por cuanto es de su naturaleza que se ejecuten actividades con interés económico. En ese orden de ideas, si no existe esta retribución por el esfuerzo realizado, si no que el mismo se realiza con el ánimo de servir a la comunidad, estamos frente a un servicio gratuito del cual no se desprende ninguna relación laboral.

Esta distinción entre trabajo oneroso y gratuito fue necesaria para determinar si una persona que había prestado sus servicios durante tres años al voluntariado del Cuerpo de Bomberos de Pitalito tenía derecho o no a que se le reconociera que entre las partes había existido una relación laboral. En este caso se logró demostrar que el actor prestaba sus servicios de manera personal, cumplía horario, recibía órdenes y le pagaban una suma de dinero a título de bonificación. Sin embargo, el Tribunal indicó que en ese evento no se podía configurar el contrato realidad debido a que el servicio fue prestado de manera voluntaria y gratuita, es decir, sin esperar una retribución económica. Y este argumento fue compartido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que señaló que el hecho de que se le reconozca algún dinero por el servicio voluntario no puede ser indicativo de que sea una remuneración, sino más bien se debe tener como compensación, reconocimiento y estimulación por los gastos en que pueda incurrir la persona para prestar el servicio a la comunidad⁴⁷.

En relación con el segundo problema jurídico, la jurisprudencia ha sostenido que cuando se pacta como retribución directa por la actividad realizada una suma de dinero variable o se le da connotación de honorarios, ese hecho por sí solo no logra desvirtuar la existencia de un contrato de prestación de servicios para dar paso a la configuración de un contrato realidad.

Así, por ejemplo, la jurisdicción laboral ordinaria conoció el caso de una persona que suscribió contrato de prestación de servicios con una entidad financiera para medir la satisfacción del cliente, quien solicitó el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales al considerar que lo verdaderamente celebrado fue un contrato laboral. En dicha oportunidad, el Tribunal negó las pretensiones alegadas, pues acogió uno de los argumentos expuestos por la entidad demandada en el sentido de que entre las partes no existía una relación laboral porque el interesado recibía como remuneración una comisión por actividad realizada. Sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia concluyó que el hecho de que el demandante recibiera como remuneración una comisión por la actividad realizada, no era determinante o suficiente para lograr desvirtuar la existencia de una relación laboral, toda vez que esa forma de salario (pago por unidad de obra) se da tanto en contratos labores como en civiles, y por tanto, casó la sentencia y concedió las pretensiones al demandante⁴⁸.

⁴⁷Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 31 de mayo de 2011, Exp. 36238. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

⁴⁸Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35201, M.P. Eduardo López Villegas.



Igual consideración tuvo la Corte Suprema de Justicia en un caso en el que los pagos se entregaron al demandante bajo la denominación de honorarios y fueron objeto de retención en la fuente, en este caso se consideró:

“si bien tales pagos fueron objeto de retención en la fuente, ello no resta la connotación de ser una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente; tampoco son suficientes, per se, para desnaturalizar la primacía de la realidad con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrollaba el servicio, máxime que los medios de prueba referidos anteriormente, evidencian la subordinación propia del nexo contractual laboral⁴⁹.”

2 Consecuencias de la declaratoria de a configuración de un contrato realidad

Una vez configurados los tres elementos de los cuales se deriva una relación laboral, y mostrar cómo a través de su acreditación se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios y declarar la existencia de un contrato realidad, la Agencia quiere abordar el tema de las consecuencias que de ese hecho se derivan. Así, agrandes rasgos, dicha declaratoria

conlleva a: (i) definir si el trabajador adquiere la calidad de trabajador al servicio del Estado, (ii) determinar la forma como debe ser reparado y (iii) establecer la responsabilidad de la entidad por la celebración de contratos de prestación de servicios que se desnaturalizan en su ejecución. A continuación, se analizarán cada uno de los temas advertidos:

2.1 Calidad que adquiere el solicitante una vez se declara la existencia de una relación laboral

Frente a esta materia, el primer problema jurídico a resolver es si

¿la declaratoria de una relación laboral respecto de una persona que formalmente fue vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios, implica que el trabajador adquiera la condición de servidor público, ya sea empleado público o trabajador oficial?

La respuesta a este interrogante va en dos sentidos: cuando un particular vinculado al Estado por medio de un contrato de prestación de servicios busca la declaratoria de una relación laboral en el marco de una relación legal y reglamentaria con el Estado, el juez contencioso administrativo declarará la existencia de la relación laboral, pero no declarará que el demandante adquiere la condición de empleado público. Contrario a lo

⁴⁹Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 18 de marzo de 2015, Exp. 4769



anterior, si un particular vinculado al Estado por medio de un contrato de prestación de servicios busca la declaratoria de una relación laboral en el marco de un contrato laboral, esto es, como trabajador oficial, el juez ordinario laboral declarará tanto la existencia de un contrato de trabajo con la administración, como su condición de trabajador oficial.

De esta forma, en las situaciones jurídicas gobernadas por las normas que rigen las relaciones legales y reglamentarias, una vez se prueban los tres elementos que configuran una relación laboral, se declara la existencia del contrato realidad, pero no que el demandante adquiere la condición de empleado público. Lo anterior, por cuanto, como lo ha señalado el Consejo de Estado⁵⁰, para poder adquirir la condición de empleado público, a la luz del derecho objetivo que rige la función pública, resulta indispensable que: (i) las entidades públicas profieran un acto administrativo por medio del cual se ordene el nombramiento, (ii) se tome posesión del cargo, (iii) la planta de personal contemple el empleo y, finalmente, (iv) que existan los recursos económicos para atender el servicio⁵¹.

De este modo, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, derivada de un contrato de prestación de servicios, no conlleva la creación de la condición de empleado público, pues dicha condición no se confiere por el simple hecho de trabajar para

el Estado⁵², sino por cumplirse los elementos esenciales del empleo público. Lo anterior, ha sido una tesis constante en el Consejo de Estado⁵³.

Ahora bien, como se advirtió, si un particular vinculado a la administración por medio de un contrato de prestación de servicios busca la declaratoria de una relación laboral en el marco de un contrato laboral, esto es, como trabajador oficial, el juez ordinario laboral declarará la existencia de un contrato de trabajo con la administración, así como la condición de trabajador oficial.

El fundamento de lo anterior se encuentra contenido en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 y en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Reglamentario 2127 de 1945 que establecen que los elementos esenciales para que exista un contrato de trabajo con la Administración Pública son: (i) la actividad personal del trabajador, (ii) la dependencia del trabajador respecto del empleado y, (iii) un salario como retribución por el servicio. Así, una vez concurren los tres elementos señalados, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé⁵⁴ y en este orden de ideas, a pesar de que un trabajador oficial haya sido vinculado mediante contrato de prestación de servicios, la realidad de su condición laboral no cambia, sino que se encontrará regida por las reglas propias del contrato laboral.

⁵⁰Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de enero de 2001. Exp. 1654-2000, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁵¹Corte Constitucional, sentencia T-698/04. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁵²Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de agosto de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1999-01714-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

⁵³Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2008-00251-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez; sentencia del 18 de agosto de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1999-01714-01. M.P. Ibidem; sentencia del 17 de noviembre de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2008-00655-01 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁵⁴Decreto 2127 de 1945, artículo 3.



Por ejemplo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones ha manifestado que por regla general las personas que prestan sus servicios a ciertas entidades públicas, como lo son las empresas industriales y comerciales del Estado⁵⁵ y las sociedades de economía mixta del orden nacional con participación accionaria del Estado superior al 90%, adquieren la condición de trabajadores oficiales, circunstancia que también se predica de aquellos quienes a pesar haber suscrito un contrato de prestación

de servicios, lograron demostrar que durante el ejercicio de sus funciones se dieron los elementos relativos a la existencia de una relación laboral⁵⁶.

Entonces, una vez concurren los elementos esenciales del contrato laboral se adquiere la condición de trabajador oficial y ello implica el pago de todas y cada una de las prestaciones sociales o beneficios convencionales que por ley tienen derecho⁵⁷.

2.2 Pago de prestaciones: Restablecimiento del derecho o indemnización

En este apartado será necesario establecer:

¿es el pago de prestaciones sociales dejadas de percibir a una persona a quien le fue declarado el contrato realidad una medida judicial adoptada a título de restablecimiento del derecho o a título de indemnización?

Con el fin de resolver este cuestionamiento es pertinente diferenciar la postura jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo que define los conflictos relacionados con los empleados públicos, y en la jurisdicción ordinaria laboral, que conoce de los conflictos relacionados con los trabajadores oficiales.

En lo que respecta al régimen de empleados públicos, la Sección Segunda del Consejo de Estado tiene dos posturas. En una considera que el reconocimiento de las prestaciones sociales se debe hacer a título de restablecimiento del derecho y en la otra a título de indemnización. Frente a la primera

⁵⁵Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 27 de julio de 2005. Exp. 23763. M.P. Isaura Vargas Díaz.

⁵⁶Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 9 de julio de 2014. Exp. 22178. M.P. Carlos Isaac Nader. Ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 15 de mayo de 2012. Exp. 35954. M.P. Luis Gabriel Miranda Buevas. No obstante lo anterior, es importante resaltar que en un grupo de sentencias a pesar de declararse la existencia de relación laboral debido a que concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, el máximo Tribunal en materia laboral no se pronunció expresamente respecto de si se adquiere o no la calidad de trabajador oficial, ya que solo procedió a reconocer las prestaciones sociales a las cuales tiene derecho cualquier trabajador oficial, pero sin referirse específicamente a si está dotado de dicha condición (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 2 de septiembre de 2004. Exp. 23191. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; sentencia del 2 de marzo de 2006. Exp. 26707. M.P. Luis Javier Osorio López; sentencia del 19 de octubre de 2009. Exp. 27371. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez).

⁵⁷Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 9 de julio de 2014. Exp. 22178. M.P. Carlos Isaac Nader.



postura, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵⁸ ha considerado que el pago de las prestaciones sociales procede a título de restablecimiento del derecho, en efecto, esta tesis jurisprudencial plantea que el trabajador tiene derecho a que le paguen las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho, en la misma forma como se las hubieran pagado a un empleado público, pues lo asimila a éste para efectos prestacionales.

Lo anterior, parte de la postura de considerar que el pago de las prestaciones sociales no puede otorgarse a título de indemnización, ya que ésta solo procede en los eventos en que no sea posible volver las cosas al estado anterior. Así, el pago de las prestaciones dejadas de percibir se liquida tomando como base los salarios establecidos para el empleado público al cual se asimila⁵⁹, o en su defecto, el valor que fue pactado en las órdenes de prestación de servicios, si aquél fuere inferior⁶⁰.

La declaración que el juez hace de la existencia de la relación laboral conlleva al pago de todos los beneficios laborales dejados de percibir, entre ellos el pago de las cotizaciones a salud y pensión⁶¹ por el tiempo en que prestó los servicios, ya que son derechos inherentes a una verdadera relación laboral⁶². Cabe anotar que en relación con la pensión y la salud, tanto la ley y la jurisprudencia⁶³ han señalado que aquellas son de carácter compartido, por lo que el reembolso correspondiente a los aportes de dicho régimen solo deberá hacerse en las cuotas parte que la entidad no trasladó a los respectivos fondos y en los porcentajes que de conformidad con la Ley 100 de 1993 le correspondían al empleador.

En relación con el sistema general de riesgos profesionales, la afiliación a las cajas de compensación familiar y el pago del subsidio familiar, la entidad deberá reconocer dichos

⁵⁸Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de julio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez; sentencia del 22 de noviembre de 2012. Exp. 05001-23-31-000-2009-01418-01. M.P. Alfonso Vargas Rincón; sentencia del 22 de julio de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1998-03894-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez; sentencia del 3 de julio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144-01. M.P. Ibídem; sentencia del 11 de marzo de 2010. Exp. 68001-23-15-000-2002-02104-01. M.P. Alfonso Vargas Rincón; sentencia del 12 de octubre de 2011. Exp. 13001-23-31-000-2004-00818-01. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero

⁵⁹Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 18 de mayo de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2006-08488-02. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

⁶⁰Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 22 de noviembre de 2012. Exp. 05001-23-31-000-2009-01418-01. M.P. Alfonso Vargas Rincón; sentencia del 11 de marzo de 2010. Exp. 68001-23-15-000-2002-02104-01. M.P. Ibídem; sentencia del 19 abril 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00647-01. M.P. Ibídem.

⁶¹Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008. Exp. 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05) M.P. Jaime Moreno García y sentencia del 19 marzo de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2008-00251-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

⁶²Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 abril de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00647-01. M.P. Alfonso Vargas Rincón y sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶³Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00270-01. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 3 de julio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez; sentencia del 19 de agosto de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1999-01714-01. M.P. Ibídem.



valores, siempre y cuando se logre demostrar que el contratista sufragó esta especie de seguro o beneficios⁶⁴.

De esta manera y conforme con los artículos 13 y 53 de la Norma Superior, una vez demostrada la relación laboral procede el reconocimiento de las prestaciones sociales por el tiempo realmente laborado⁶⁵. Es de anotar que este pago se sustenta en que

“el Estado no puede verse beneficiado de su conducta irregular y por ende pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad, implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral”⁶⁶.

No obstante, como se dejó visto, el Consejo de Estado también ha considerado que el pago de las prestaciones sociales procede a título de indemnización⁶⁷. El desarrollo de esta posición surgió con la sentencia expedida en el marco del estudio al expediente No. 11722 – 1198

de 1998⁶⁸, en la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado, al momento de declarar una relación laboral, ordenó que el pago del valor equivalente a las prestaciones sociales debía hacerse a título de indemnización y no de restablecimiento del derecho, ya que el empleo público reviste una serie de características, las cuales solo es posible adquirir si previamente se ha cumplido con los requisitos consagrados en la ley. El fundamento de esta teoría está en el hecho de que a pesar de desvirtuarse el contrato de prestación de servicios, esta situación por sí misma no genera una relación legal y reglamentaria o convierte al trabajador en un funcionario público, y de esta manera, no es posible que la reparación del daño causado conduzca al restablecimiento del derecho ni al reintegro al cargo⁶⁹. De esta manera:

“la jurisdicción ha accedido a reconocer a título de indemnización, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los empleados públicos (de las respectivas Entidades Contratantes), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización”⁷⁰.

⁶⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 julio de 2011. Exp. 25000-23-25-000-1999-06393-01. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero y sentencia del 29 marzo de 2010. Exp. 05001-23-31-000-2000-04729-01. M.P. Bertha lucia Ramirez de Páez

⁶⁵Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de marzo del 2010. Exp. 85001-23-31-000-2003-00015-01. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶⁶Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008. Exp. 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05). M.P. Jaime Moreno García y sentencia del 24 de abril de 2010. Exp. 05001-23-31-000-2000-04729-01. M.P. Bertha Lucia Ramirez De Páez.

⁶⁷Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 noviembre de 2012. Exp. 05001-23-31-000-2009-01418-01. M.P. Alfonso Vargas Rincón; y sentencia del 07 de septiembre de 2006. Exp. 05001-23-31-000-2000-04732-01. M.P. Alberto Arango Mantilla.

⁶⁸Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 18 de marzo de 1998, Exp. 11722-1198. M.P. Flavio Rodríguez.

⁶⁹Corte Constitucional, sentencias C-555 de 1994 y C-1172/1998. “no es posible ordenar un reintegro de un contratista, ya que esto afectaría las normas presupuestales del artículo 122 y siguientes de la CP.”



La jurisprudencia ha manifestado que en aplicación de la teoría de la indemnización, la liquidación de la condena deberá hacerse con base en los honorarios pactados en el contrato y no en los salarios que reciben los funcionarios que desempeñan labores similares, ya que debido a la inexistencia del cargo en la planta de personal, las referidas retribuciones son la única manera de tasar objetivamente la indemnización de los perjuicios causados⁷¹. De otro lado, en relación con el reconocimiento de las prestaciones sociales a título de indemnización, la Corporación ha indicado que lo que realmente se paga es el valor equivalente a dichas prestaciones ordinarias tomando como base el monto pactado en el contrato, excepto los aportes a salud y pensión⁷², ya que estos solo pueden ser otorgados a quienes han cumplido los requisitos legales y alcanzado la condición de servidor público.⁷³

Cabe advertir que la aplicación de esta postura no ha sido uniforme, ya que en algunos casos se ha manifestado que sí es procedente pagar todas y cada una de las prestaciones sociales,

a saber: (i) las ordinarias, entre ellas las primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc., y, (ii) las compartidas con el trabajador⁷⁴, en relación con los *“porcentajes correspondientes, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes.”*⁷⁵

En lo que respecta al régimen de los trabajadores oficiales, se debe partir de la posición de la Corte Suprema de Justicia según la cual con la declaratoria de una relación laboral se adquiere la condición de trabajador oficial. Así, el criterio en cuanto a la naturaleza de la reparación del daño causado, es que éste procede como resarcimiento del derecho y no a título de indemnización, es decir, que las prestaciones sociales se pagan en su condición de tales y es posible el reintegro al cargo. Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que en virtud del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas, los contratistas que adquieren la calidad de trabajadores oficiales, serán beneficiados de todos y cada uno de los derechos que se adquieren bajo la convención

⁷⁰Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 7 septiembre de 2006. Exp. 05001-23-31-000-2000-04732-01. M.P. Alberto Arango Mantilla; sentencia del 22 de julio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2004-06919-01. M.P. Gerardo Arenas Monsalve; sentencia del 22 de julio de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1998-03894-01 M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

⁷¹Sentencia del 04 noviembre de 2010. Exp. 15001-23-31-000-2006-01415-01. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 28 de enero de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2001-03195-01. M.P. Ibidem; sentencia del 11 marzo de 2010. Exp. 47001-23-31-000-2005-01031-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

⁷²Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de agosto de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1999-01714-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 16 de febrero de 2005. Exp. 44001-23-31-000-2003-00104-01. M.P. Tarsicio Cáceres Toro; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 18 de marzo de 1998. Exp. 11722 - 1198. M.P. Flavio Rodríguez.

⁷³Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 18 de marzo de 1998. Exp. 11722 - 1198. M.P. Flavio Rodríguez.

⁷⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de agosto de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1999-01714-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

⁷⁵Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 29 marzo de 2012. Exp. 50001-23-31-000-2005-10496-02. M.P. Gerardo Arenas Monsalve; sentencia del 15 de julio de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2007-00395-01. M.P. Ibidem.



colectiva⁷⁶, por ejemplo, el de la estabilidad que consagra el reintegro del trabajador al cargo en las mismas condiciones de empleo que el de un trabajador oficial, esto independientemente de la existencia del cargo⁷⁷ o de las decisiones internas tomadas por la entidad alrededor de su planta de personal. De esta manera, el referido principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas, no tiene un carácter meramente declarativo, sino, ha señalado la jurisprudencia, envuelve una finalidad resarcitoria y restitutiva de los derechos que son beneficiarios por expresa disposición de la ley y de los reglamentos internos que rigen a este tipo de trabajadores⁷⁸.

Ahora bien, frente a la indemnización moratoria por la falta oportuna de pago de los salarios o prestaciones sociales, la Sala Laboral⁷⁹ se ha pronunciado al respecto, al indicar que es

posible reconocer este tipo de indemnización, siempre y cuando, se desvirtué la buena fe con la que se presume actuó el empleador al contratar, pues dicha sanción no es automática por el hecho objetivo de que no haberle reconocido las acreencias laborales que le adeuda.

Por último es de resaltar, que los efectos de la sentencia que declara la existencia de un contrato de trabajo serán a partir de la fecha en que se suscribió el respectivo contrato de prestación de servicios y no desde el momento de proferida la providencia, ya que esta tiene efectos declarativos y no constitutivos⁸⁰, pues no de otra manera podría entenderse la imposición de condenas por emolumentos causados durante todo el tiempo de la prestación del servicio.

2.3 Responsabilidad del servidor público o de la entidad pública en eventos en que se desnaturaliza el contrato de prestación de servicios

Como se señaló en los apartados anteriores, la celebración de contratos de prestación de servicios por parte de la administración pública es una de las maneras como el Estado garantiza que ciertas funciones se cumplan cuando aquellas no pueden ser desarrolladas por la planta de personal, o se requieran profesionales con conocimiento especializado para efectuar

labores y proyectos durante un periodo determinado.

No obstante, el Estado no puede desconocer la naturaleza propia de la contratación por servicios pues ello conllevaría a que se activen las consecuencias legales que se han establecido para el efecto, de allí que

⁷⁶Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 10 de febrero de 2010. Exp. 35019. M.P. Luis Javier Osorio López; sentencia del 13 de septiembre de 2006, Exp. 26539.

⁷⁷Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 1 de julio de 2009, Exp. 33759, M.p.: Gustavo José Gnecco Mendoza; sentencia del 17 de mayo de 2004. Exp. 22357. M.P. Luis Javier Osorio López.

⁷⁸Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 17 julio de 2009. Exp. 33772. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza y sentencia del 1 septiembre de 2009. Exp. 35298. M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego.

⁷⁹Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 13 abril de 2010. Exp. 35550. M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego.



el siguiente problema jurídico a resolver en relación con esta materia sea:

¿son responsables disciplinariamente los funcionarios que celebran contratos de prestación de servicios para esconder una verdadera relación laboral?

La respuesta a este problema jurídico está dada principalmente por la ley, en la cual se establece la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios que celebran contratos de prestación de servicios y desconocen los elementos que lo caracterizan, los cuales son: excepcionalidad, temporalidad, autonomía y remuneración a través de honorarios.

La Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, en su artículo 48 numeral 29, califica como falta gravísima la celebración de contratos de prestación de servicios desconociendo los elementos esenciales que lo configuran. En concreto, la norma dispone que es una falta gravísima:

“(...) celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Esta norma fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-094 del 11 de febrero de 2003, por medio de la cual se definió que el establecimiento de la mencionada falta disciplinaria se justifica por

“el desconocimiento de la normatividad relativa a la contratación estatal, a la función pública y al régimen laboral de los servidores públicos y por la consecuente generación de relaciones laborales irregulares, de tratamientos labores diferenciados y de cuantiosas demandas y condenas contra el Estado”.

Asimismo, en esta sentencia la Corporación definió que para que se estructure la falta disciplinaria es necesario que: (i) el sujeto disciplinable celebre un contrato de prestación de servicios, (ii) el objeto del contrato sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, (iii) que estas funciones requieran dedicación de tiempo completo, (iv) esas funciones impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista; y, (iv)) no se trate de una excepción legal. Y agregó, a manera de ejemplo, que entre los supuestos que se acomodan al tipo disciplinario consagrado en la referida norma, están: (1) la celebración directa de los contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios de aseo, cafetería o vigilancia; (2) la suscripción de contratos para la prestación de servicios profesionales especializados exigiendo una dedicación de tiempo completo y en condiciones de subordinación; y, (3) la suscripción de contratos de prestación para atender asuntos administrativos por un tiempo más del necesario.

La jurisprudencia de la Corte ha sido proactiva en advertir a las entidades públicas las consecuencias del uso indebido del contrato de

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 13 abril de 2010. Exp. 35550. M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego.



prestación de servicios y ha solicitado la intervención de los entes de control para la investigación y sanción de los funcionarios que incurran en estas conductas.

De otro lado, en la sentencia C-614 de 2009⁸¹, a través de la cual se declaró la exequibilidad del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, la Corte advirtió que es una práctica usual que las entidades públicas reduzcan su planta de personal aumentando los contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes creando “*nominas paralelas*” con personas que trabajan largos periodos. Y afirmó que las entidades públicas que realizan estas conductas violan la Constitución y la ley al burlar los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado y, por lo tanto, generan graves consecuencias administrativas y penales. Además, instó a los órganos de control para que defiendan y vigilen el cumplimiento de la Constitución y las leyes y en caso de incumplimiento, ejerzan su deber de imponer las sanciones que la ley disponga para el efecto⁸².

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009 del 2 de septiembre de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012 del 7 de marzo de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



III. Los presupuestos procesales y probatorios en el trámite judicial en los que se solicita su declaración del contrato realidad y las medidas de protección que se adoptan.

En este apartado se analizarán los problemas jurídicos relacionados con los aspectos procesales en el marco de una solicitud de declaratoria de una relación laboral por la desnaturalización de un contrato de prestación de servicios. Los ejes a analizar son: (i) jurisdicción competente, (ii) análisis probatorio y (iii) prescripción de la acción.

1 Jurisdicción competente

En lo tocante a esta materia, el primer problema jurídico que se pasa a resolver consiste en establecer:

¿es necesario que exista un acto administrativo para iniciar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declare una relación laboral por la desnaturalización de un contrato de prestación de servicios?

La respuesta a este interrogante es afirmativa. La jurisprudencia contencioso administrativa ha indicado que sí es necesario un acto administrativo para iniciar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declare una relación laboral por la desnaturalización de un contrato de prestación de servicios, y en ese orden de ideas, antes de

acudir a la jurisdicción es necesario agotar el procedimiento de reclamación ante la propia administración.

Una vez que la administración se pronuncie negando el reconocimiento pretendido, previa interposición de los recursos que de acuerdo con la ley sean obligatorios y del agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, se podrá accionar el mecanismo de control denominado nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, en virtud del cual se solicita la declaratoria de nulidad del acto administrativo que negó la existencia de la relación laboral y el reconocimiento de las prestaciones sociales que fueron dejadas de percibir durante el tiempo de servicio.⁸³

⁸³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de enero de 2011. Exp. 05001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10). M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



Así las cosas, quien pretenda la declaratoria de una relación laboral, debe cumplir con una serie de requisitos para efectos de poder demandar: (i) presentar ante la entidad pública correspondiente la solicitud de declaratoria de existencia de la relación laboral con las consecuentes prestaciones sociales causadas; (ii) en caso de que se niegue el reconocimiento, interponer los recursos administrativos que de acuerdo con la ley son obligatorios; (iii) agotar el trámite de la conciliación prejudicial; (iv) demandar dentro de los cuatro meses siguientes, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad del acto o actos administrativos en virtud de los cuales la Administración negó el reconocimiento de los derechos y solicitar la consecuente reparación del daño; y, (v) cumplir las exigencias de la demanda en forma, esto es, los establecidos en el artículo 162 y siguientes del CPACA.

El segundo cuestionamiento implica establecer si

¿es procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo para solicitar el reconocimiento de una relación laboral frente a la administración?

Para responder a este interrogante hay que señalar que la Corte Constitucional⁸⁴ ha sostenido que la acción de tutela procede de manera excepcional cuando el medio de defensa judicial ordinario o administrativo no sea eficaz para lograr la protección del derecho vulnerado, caso en el cual la acción de tutela

tiene carácter definitivo, o cuando la tutela sea necesaria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En la primera situación, se pudieron identificar algunas situaciones puntuales donde con frecuencia la Corte Constitucional ha establecido que resulta procedente ejercer la acción de tutela para el reconocimiento de una relación laboral⁸⁵. Estas son:

(i) Dificiles situaciones económicas que comprometan el mínimo vital y la subsistencia del solicitante. En este evento, la Corte Constitucional ha establecido que, a efectos de proporcionar una protección inmediata de los derechos al mínimo vital del perjudicado, es procedente solicitar el amparo a través del mecanismo constitucional. Es así como en la sentencia T-174 de 1997⁸⁶, la Corporación concedió el amparo al mínimo vital de una persona que pretendía que le fueran reconocidos los salarios y prestaciones sociales del tiempo en que laboró antes de que se formalizara su posesión en el cargo. En esta oportunidad la Corte encontró que cuando se encuentren comprometido el mínimo vital, la subsistencia y la vida digna de las personas por el no pago de los salarios o prestaciones sociales durante el tiempo laborado con la Administración, el medio judicial expedito para garantizar de manera inmediata el ejercicio de sus derechos, será la acción de tutela. De igual forma, en la sentencia T-335 de 2004, se concedió el amparo al mínimo vital de una enfermera que pretendía el reconocimiento de una relación laboral con una empresa social del

⁸⁴Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸⁵Esto sin perjuicio de que en un caso similar la Corte Constitucional también puede resolver el asunto mediante el mecanismo transitorio de la acción de tutela.

⁸⁶M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



estado, al constatar que la tutelante no tenía otros ingresos o recursos que le permitieran tener un ingreso para satisfacer su mínimo vital;

(ii) Cuando se trata de personas de avanzada edad. La Corte Constitucional también ha protegido los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en la tercera edad, bajo la consideración de que dada su situación no pueden esperar el tiempo que conlleva un proceso ordinario para la definición de su situación con la administración. Es por ello que en sentencia T-180 de 2000⁸⁷, la Corte concedió el amparo del derecho al mínimo vital a una persona de avanzada edad, tras considerar que la acción de tutela era el mecanismo idóneo para proteger el derecho a recibir los salarios dejados de percibir, ya que adelantar un proceso ordinario, que lleva varios años, no garantizaría la protección de los derechos fundamentales lesionados.

Frente a la segunda situación, es decir, cuando el amparo procede como mecanismo transitorio se pueden resaltar, entre otros, los casos en donde se busca la protección reforzada a mujeres en estado de embarazo. Por ejemplo, en sentencia T-501 de 2004⁸⁸, la Corporación aplicó la protección al derecho a la estabilidad laboral de una trabajadora embarazada, después de haber sido despedida en ejecución de una relación contractual estatal, y para ello ordenó al empleador de manera transitoria, reintegrar a la peticionaria a su trabajo. Igualmente, en la sentencia T-021 de 2006⁸⁹ la Corte concedió el amparo del

derecho al mínimo vital en un caso similar al anterior y dispuso que si bien la declaración de una relación laboral no compete en principio al juez constitucional, al verse comprometidos los derechos fundamentales de las mujeres en estado de embarazo y del recién nacido, es procedente efectuar el análisis bajo el mecanismo transitorio de la acción de tutela.

Adicionalmente, la Corte ha admitido que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial cuando no reconoce la configuración de una relación laboral en desconocimiento del precedente judicial. Tal es el caso de la sentencia T-775 de 2014⁹⁰, en la cual la Corte encontró que en el proceso ordinario laboral adelantado para tal efecto, se desconoció el precedente establecido en la sentencia T-556 de 2011, que dispone que

“si un tribunal laboral encuentra acreditados los elementos esenciales del contrato laboral entre una persona y una institución pública debe fallar de fondo declarando la existencia del contrato realidad, y no negar las pretensiones del demandante basándose en la supuesta imposibilidad de definir si se trata de un trabajador oficial o un empleado público”.

En el estudio de las decisiones adoptadas el proceso laboral y por medio de las cuales se negó la configuración de una relación laboral, la Corporación encontró que éstas no tuvieron en cuenta lo establecido en el precedente jurisprudencial, por lo que en sede de tutela concedió el amparo del derecho al debido

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T- 180 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia T-501 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia T- 021 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-775 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



proceso, revocó los fallos y ordenó dictar un nuevo fallo que siguiera el precedente citado.

Idéntica situación se observa en la jurisdicción contenciosa, en donde el Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre la procedencia de la acción de tutela y ha dispuesto su aplicación en casos de fallos judiciales que violan el debido proceso al no valorar el material probatorio que sustenta la configuración de una relación laboral o desconocen precedentes jurisprudenciales sobre el reconocimiento de prestaciones económicas derivadas de la declaratoria de ésta.⁹¹

Así, en la sentencia del 20 de febrero de 2014, el Consejo de Estado consideró que era procedente amparar los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del accionante, “en tanto se observó que en la providencia emitida por el Tribunal Administrativo

(...) incurrió en defecto fáctico, por cuanto no valoró de forma integral los medios de prueba allegados al proceso, en contexto la actividad desarrollada por el actor, a efectos de establecer si se cumplían o no el requisito de la subordinación para predicar la existencia de un contrato realidad, en la medida en que los otros elementos, como la prestación personal del servicio y la remuneración, fueron demostrados”.⁹²

Entonces, resulta evidente que en principio la acción de tutela no es la vía procesal procedente para lograr el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales correspondientes, por cuanto el mecanismo principal de defensa, al cual debe acudir, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción ordinaria laboral, según el caso. Sin embargo, aplicando los criterios de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, anteriormente expuestos, excepcionalmente es posible que se pueda acudir a la acción de tutela y que a través de ella se logre la declaratoria de una relación laboral y el reconocimiento de los derechos laborales consecuentes, ya sea como mecanismo transitorio o como mecanismo definitivo, dadas las condiciones del caso concreto.

2 Análisis probatorio

En lo relacionado con el análisis probatorio, lo primero que se debe señalar es que un principio del derecho procesal es que las partes que intervienen en los procesos judiciales tienen la carga de probar los supuestos de hecho que alegan. De esta manera, quien pretenda un derecho está en la obligación de acreditar su pretensión. En efecto, el artículo 167 del Código General del Proceso, establece que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”;⁹³ y aclara que el juez podrá distribuir la carga de la prueba cuando encuentre que una de las partes está en una situación más favorable para demostrar los hechos controvertidos.

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. sentencia del 20 de noviembre de 2014. Exp. 11001-03-15-000-2014-02215-00(AC). M.P. Martha Teresa Briceño De Valencia.

⁹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 20 de febrero de 2014. Exp. 11001-03-15-000-2013-02679-00(AC). M.P. Gerardo Arenas Monsalve

⁹³ Idéntica norma contiene el artículo 177 del C.P.C.



En relación con el régimen probatorio, de conformidad con lo establecido en los artículos 168 del C.C.A, 211 del CPACA y 51 y 145 del C.T., en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la ordinaria laboral, en lo no regulado en dichos códigos, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, esto es, el Código General del Proceso. Así, según el artículo 165 del CGP son medios de prueba:

“la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”⁹⁴.

Dentro del proceso contencioso administrativo, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en numerosas sentencias al estudiar temas relacionados con la configuración de una relación laboral, es el actor quien debe desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida⁹⁵ y la configuración de los elementos de la relación laboral, con especial atención en el elemento de la subordinación “que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta”⁹⁶.

No obstante, la demostración de los elementos esenciales para la configuración de una relación laboral no son los mismos en todos los casos, por lo que deberán revisarse las condiciones en las cuales fueron prestados los servicios, a efectos de establecer la verdadera relación suscrita entre las partes, y lo anterior, por cuanto en los procesos judiciales no se pueden crear reglas que homogenicen “*las causas propuestas, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso*”⁹⁷. Entonces, el éxito de proceso dependerá de la actividad probatoria, en principio del demandante, y del conjunto de pruebas que permitan establecer las condiciones reales en que se ejecutó el contrato de prestación de servicios⁹⁸.

Con la claridad anterior, el primer problema jurídico a analizar, de conformidad con el análisis jurisprudencial efectuado, es

¿para acreditar o no la desnaturalización del contrato de prestación de servicios y la configuración de una relación laboral son los testimonios y los documentos pruebas pertinentes?

La jurisprudencia contenciosa ha establecido que los medios de prueba pertinentes para probar la relación laboral son los testimonios

35

⁹⁴ Los medios probatorios se encuentran regulados igualmente en el artículo 175 del C.P.C.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 11 de noviembre de 2010. Exp. 18001-23-31-000-2001-00159-01. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila y sentencia del 17 de marzo de 2011. Exp. 68001-23-15-000-2002-02012-01. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de marzo del 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00270-01(0350-10). M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 de noviembre de 2012. Exp. 05001-23-31-000-2009-01418-01. M.P. Alfonso Vargas Rincón.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 18 de mayo de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2006-08488-02. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren y sentencia del 4 de marzo de 2010. Exp. 85001-23-31-000-2003-00015-01. M.P. Ibídem.



y los documentos, esto, sin restarle valor a las demás pruebas que podrán ser apreciadas también por el juez al momento de tomar su decisión. Así, los testimonios y los documentos han sido fundamentales para acreditar la existencia de una relación laboral.

Frente a la prueba testimonial, el Consejo de Estado⁹⁹ estudió un asunto relacionado con la declaratoria de una relación laboral por la prestación de servicios médicos, en donde concluyó que los testimonios rendidos fueron determinantes para concluir que el actor ejerció, de manera permanente, labores en las mismas condiciones que un funcionario de planta, con sujeción a un horario y bajo constante y restrictivo control. Dijo la Corporación en esa oportunidad que en ese tipo de procesos, este medio probatorio resulta de gran importancia ya que permite probar, por regla general, el elemento de la subordinación¹⁰⁰ y dependencia, es decir, la manera como se realizaban las funciones, el cumplimiento de órdenes y del horario, entre otros.

Por su parte, la prueba documental puede resultar idónea para esclarecer los hechos que configuran una relación laboral, ya que por medio de ella también es posible acreditar,

entre otros si el actor: (i) prestó sus servicios de manera personal o estaba bajo una constante subordinación; (ii) realizó funciones iguales a las cumplidas por el personal de planta;¹⁰¹ (iii) recibió llamados de atención; (iv) entregaba tareas que eran objeto de corrección; (v) suscribió los contratos de manera sucesiva; y, (vi) si la ejecución de la actividad comprendía elementos propios de una relación laboral.¹⁰² Ejemplo de ello es un caso estudiado por la Sección Segunda¹⁰³, en el cual se pudo evidenciar, gracias a los documentos aportados en el proceso, que el contratista realizó varias solicitudes de permiso con el fin de ausentarse de su puesto de trabajo, las cuales debían contener aval por parte del supervisor del contrato.

De igual forma, la jurisprudencia ha indicado que los testimonios y documentos han sido fundamentales para no acreditar la existencia de una relación laboral. Así, en sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente No. 08001-23-31-000-2005-00248-01(0979-09), el Consejo de Estado determinó que no existió una verdadera relación laboral entre la accionada y el actor, ya que de los testimonios recibidos¹⁰⁴ y documentos allegados al proceso, lo que se probó fue que la administración

⁹⁹Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 7 de septiembre de 2006. Exp. 05001-23-31-000-2000-04732-01. M.P. Alberto Arango Mantilla.

¹⁰⁰Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de julio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez

¹⁰¹Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 29 de enero del 2015. Exp. 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13). M.P. Sandra Lisset Ibarra Velez.

¹⁰²Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 13 de noviembre de 2003. Exp. 23001-23-31-000-2000-3810-01. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

¹⁰³Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 7 de septiembre de 2006. Exp. 05001-23-31-000-2000-04732-01. M.P. Alberto Arango Mantilla.

¹⁰⁴Las declaraciones rendidas en el proceso dan cuenta de que la persona a pesar de trabajar como médico y cumplir parte de la jornada laboral (7:00 am hasta 1:00pm) solo recibió orientaciones que hacían parte de la coordinación que entre las partes debía existir para realizar eficientemente las labores.



impartió una serie de instrucciones con el fin de coordinar la ejecución de las actividades¹⁰⁵, lo cual no implicaba la limitación de la autonomía del contratista¹⁰⁶.

En materia ordinaria, en el expediente No. 30769 del 2007, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró que la entidad demandada logró demostrar que existió un verdadero contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues de los documentos allegados se constató que existía autonomía técnica y directiva del contratista, en la que éste asumió los gastos que demandaba la ejecución del contrato y las responsabilidades por los daños o pérdida que se ocasionaran en cumplimiento de la labor. Asimismo, del interrogatorio de parte rendido por el accionante, se admitió que la actividad que ejecutó necesitaba de una serie de conocimientos especializados en materia de ingeniería y, por lo tanto, no era posible desarrollarlos con funcionarios de planta. Finalmente, con fundamento en los testimonios rendidos por algunas de las personas que trabajaban en la entidad, se logró probar que el actor no estuvo sometido a una subordinación, pues al ser el único que tenía conocimiento y experiencia de cómo se

manejaba el aplicativo, no recibió órdenes o instrucciones de cómo debía desempeñar sus funciones.

En este orden de ideas y si bien el juez es autónomo en la valoración de las pruebas, la jurisprudencia administrativa y ordinaria laboral ha considerado adecuados, como medios probatorios para demostrar los elementos esenciales para la configuración de la relación laboral, principalmente los testimonios¹⁰⁷ y los documentos¹⁰⁸. Estos medios de prueba, en principio, le permiten al juez formar el convencimiento respecto de cómo realmente se ejecutó el contrato de prestación de servicios, es decir, la manera en que el contratista desarrolló la actividad y cumplió sus funciones dentro de la entidad demandada, además, establecer si estas podían asimilarse a las de un funcionario de planta, o si la persona estaba supeditada a las órdenes impartidas por el empleador¹⁰⁹ y si se le exigía acatar reglamentos internos¹¹⁰, entre otros.

Y aquí es pertinente citar a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual afirmó que los medios de prueba documentales y testimoniales

¹⁰⁵“Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.” En sentencia del 3 de diciembre de 2009. Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 05001-23-31-000-2002-00293-01. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

¹⁰⁶Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 18 de noviembre del 2003. Exp. IJ-0039-01. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda

¹⁰⁷Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 6 de mayo del 2015. Exp. 38604 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

¹⁰⁸Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 2 de agosto del 2004. Exp. 22259. M.P. Luis Javier Osorio López.

¹⁰⁹Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 23 de julio del 2014. Exp. 39879. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

¹¹⁰Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 25 de marzo del 2009. Exp. 34219. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.



“permiten vislumbrar si existió independencia al momento de desempeñar las actividades o si estuvo bajo los parámetros de una contratación civil, ya que en muchos casos se estipulan cláusulas respecto de cómo, cuándo y dónde se desarrollarían las revisiones de manera independiente y lo que se evidencia es que entre las aquí partes en la realidad de los hechos se desarrolló una relación de tipo laboral.”¹¹¹

Ahora bien, una vez analizados los medios de prueba pertinentes para demostrar la configuración de una relación laboral, es necesario resaltar que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se han pronunciado sobre los medios de prueba inconducentes para desvirtuar su existencia. Al respecto el problema jurídico que conviene responder es

¿son el contrato de prestación de servicios y demás documentos afines, aportados por el empleador, prueba suficiente para desvirtuar la configuración de una relación laboral?

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que no es posible admitir como prueba de la inexistencia de una relación laboral, el documento donde consta por escrito la celebración de un contrato

de prestación de servicios, ya que, si bien existe libertad probatoria, el documento solo demuestra la denominación dada por las partes al vínculo jurídico, pero no prueba las circunstancias reales en que se ejecutó el contrato.¹¹² En este mismo sentido, documentos como la póliza de seguros que garantiza el cumplimiento del contrato, la autoliquidación de aportes y la carta de terminación del contrato de prestación de servicios, tampoco son pruebas efectivas para demostrar las condiciones en que se prestaron los servicios.¹¹³

Por su parte, la jurisdicción contenciosa ha manifestado que son impertinentes los documentos que sean generales y de los cuales no se pueda identificar la realidad del vínculo.¹¹⁴ Si bien en un comienzo la jurisprudencia de ese alto tribunal le daba validez al documento escrito que contenía el contrato de prestación de servicios y se consideraba que era prueba suficiente para demostrar que efectivamente se trataba de una relación contractual y no laboral,¹¹⁵ posteriormente cambió su posición aduciendo que éste es insuficiente para desestimar el contrato realidad, ya que solo demuestra que existió el vínculo contractual¹¹⁶.

En conclusión, tanto la justicia ordinaria como la contenciosa administrativa estiman que el

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 26 de noviembre del 2014. Exp. 49347. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

¹¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 23 de julio de 2014. Exp. 39879. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas; sentencia del 2 de septiembre de 2004. Exp. 23191. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; sentencia del 2 de marzo de 2006. Exp. 2670. M.P. Luis Javier Osorio López.

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 9 de julio de 2014. Exp. 22178. M.P. Carlos Isaac Nader.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de marzo de 2010. Exp. 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08). Mp, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de julio de 1995. Exp. 8671. M.P. Dolly Pedraza de Arenas; y sentencia del 19 de diciembre de 1995. Exp. 9140. M.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 de julio de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1998-03894-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez; sentencia del 7 de abril de 2005. Exp. 23001-23-31-000-2001-00050-01(1199-04). M.P. Jesús María Lemus Bustamante.



documento escrito de contrato de prestación de servicios es insuficiente para desvirtuar una relación laboral, dado su carácter meramente formal. De igual forma, se les restará valor probatorio a los testimonios y demás documentos que se aporten al proceso, cuando éstos no den cuenta de las reales circunstancias en que se ejecutó el vínculo contractual.

En conclusión, tanto la justicia ordinaria como la contencioso administrativa estiman que el documento escrito de contrato de prestación de servicios es insuficiente para desvirtuar una relación laboral, dado su carácter meramente formal. De igual forma, se les restará valor probatorio a los testimonios y demás documentos que se aporten al proceso, cuando éstos no den cuenta de las reales circunstancias en que se ejecutó el vínculo contractual.

3 Prescripción

Finalmente, en relación con el tema de la prescripción, el problema jurídico que se debe resolver en este acápite es: ¿el término de prescripción de las prestaciones sociales que se derivan de la configuración de una relación laboral comienza a contarse a partir de la declaratoria judicial de la misma? En relación con este asunto, el Decreto 3135 de 1968¹¹⁷ y el Decreto 1848 de 1969¹¹⁸ determinan que los derechos que se encuentran previstos en esos decretos prescriben en los tres (3) años contados desde el momento en que el derecho se hizo exigible. No obstante, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia han interpretado de distinta forma dichas normas. Así, para el primero, la prescripción de los derechos derivados de la configuración de una relación laboral se cuenta a partir de la declaratoria judicial del mismo, mientras que, para la segunda, dicho término

de prescripción se cuenta desde que las obligaciones se causaron.

En un principio, el término para contar la prescripción de los derechos derivados de la existencia de una relación laboral en la jurisdicción contenciosa y en la ordinaria empezaba a correr desde que el demandante prestaba sus servicios mediante contratos de prestación de servicios, la cual se interrumpía cuando el interesado presentaba ante la entidad contratante la reclamación para el pago de sus prestaciones sociales. Así las cosas, el periodo a indemnizar comprendía tres años contados hacia atrás, desde la fecha de la prestación de la solicitud de pago, por lo que de existir ordenes de prestación de servicios con anterioridad a ese término, a solicitud de parte o de oficio,¹¹⁹ se debía declarar la prescripción.¹²⁰

¹¹⁷“por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

¹¹⁸“por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”

¹¹⁹Vale aclarar que solo en la jurisdicción contenciosa el juez de oficio podía pronunciarse sobre la prescripción si la encontraba probada de conformidad con el artículo 164 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo.

¹²⁰Al Respecto consultar Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2005, Exp 1199-04, C.P Jesús Maria Lemos Bustamante; Corte Suprema Justicia, Sala Laboral, sentencia de 19 de octubre de 2006 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.



Sin embargo, en el primer trimestre del año 2008, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹²¹ cambió su postura, pues estableció que la prescripción no se contabiliza desde la presentación de la solicitud que hace el demandante a la entidad demandada, sino que empieza a contarse a partir de la sentencia ejecutoriada que declara la existencia de la relación laboral. Por consiguiente, se contarían hacia el futuro los tres años de prescripción de los derechos derivados de la relación laboral, toda vez que, en palabras de la Sala, los derechos solo se hacen exigibles desde cuando se tienen certeza de los mismos y en temas de contrato realidad esta certeza surge cuando el juez así los reconoce en la sentencia.

Igualmente, según el Consejo de Estado, las sentencias que declaran la relación laboral son sentencias constitutivas, luego se torna imposible aplicar la prescripción de un derecho que no había nacido a la vida jurídica ni se puede sancionar al beneficiario con la extinción del mismo. Dicha postura fue acogida en Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado bajo los siguientes términos:

“[D]e conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41. En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato. Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”¹²²

Desde entonces, el término de prescripción que se deriva de un contrato realidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo cambió y comienza a contarse desde la sentencia ejecutoriada que declara la existencia de la relación laboral.

Sobre la base de esta jurisprudencia, el Consejo de Estado estudió un caso en el que una persona que celebró sucesivos contratos de prestación de servicios con una entidad pública, presentó solicitud de pago de sus prestaciones sociales y alegó que a partir de la sentencia de la Sala Plena del Consejo

¹²¹Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 6 de marzo de 2008, Exp. (2152-06), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹²²Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala Plena de Sección, sentencia de 19 de febrero de 2009, Exp. (3074-2005) C.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez.

¹²³Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 16 de diciembre de 2013, Exp. 11001-03-15-000-2013-01015-01C.P. Hugo Fernando Bastidas.



de Estado la prescripción empezaba a contar desde la declaratoria judicial de la relación laboral. En este caso, la Corporación definió que la situación fáctica del demandante era diferente a la analizada por la Sala Plena, por cuanto en los casos a partir de los cuales se había fijado la citada regla jurídica, los demandantes habían presentado su reclamación al término de su último contrato de prestación de servicios, en cambio la accionante presentó reclamación 16 años después. Por consiguiente, la Sala estimó que el derecho había prescrito, toda vez que ya habían pasado los tres años que establece el artículo 102 del Decreto 1868.¹²³

Finalmente, en esa misma providencia el Consejo de Estado precisó que la anterior regla jurídica es aplicable a los demandantes que presenten la reclamación en el término de tres (3) años después de finalizada la vinculación contractual.

Por su parte, la jurisdicción ordinaria mantiene su posición que consiste en señalar que la prescripción de las prestaciones sociales derivadas de la existencia del contrato realidad se empieza a contar desde que las obligaciones se causaron, y se interrumpe

cuando el demandante presenta la reclamación administrativa o presentación de la demanda laboral, y no desde el momento en que se declara tal situación en sede judicial pues

“la decisión judicial de la existencia de un contrato de trabajo tiene efectos declarativos y no constitutivos, dado que reconoce una realidad anterior a la fecha de la providencia.”¹²⁴

En conclusión, existen diferencias respecto de cada una de las jurisdicciones en cuanto a la aplicación del término de prescripción de los derechos prestacionales que se derivan de la configuración de una relación laboral, pues para el Consejo de Estado se empieza a contar desde la ejecutoria de la sentencia que declara la relación laboral, siempre y cuando los demandantes hayan presentado su reclamación de pago ante la administración máximo dentro de los 3 años siguientes a la terminación de su último contrato de prestación de servicios, so pena que prescriba su derecho. En cambio, en la jurisdicción ordinaria la prescripción de los derechos derivados de la configuración de un contrato realidad se hace exigible desde cuando las obligaciones se causaron y se interrumpe con la reclamación administrativa o la presentación de la demanda.

¹²³Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 16 de diciembre de 2013, Exp. 11001-03-15-000-2013-01015-01C.P. Hugo Fernando Bastidas.

¹²⁴Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 14 de agosto de 2012, Exp. 41522 M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.



Comunidad
Jurídica
del conocimiento



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN