



**LA SUBORDINACIÓN EN CONTRATOS ESTATALES DE PRESTACIÓN DE
SERVICIOS: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**

Camila Andrea Pantoja Fuelantala

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Asesor

Orlando Carrillo Ochoa, Especialista (Esp) en Derecho Administrativo

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Administrativo
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita	(Pantoja Fuelantala, 2023)
Referencia	Pantoja Fuelantala, C. (2023). <i>La subordinación en contratos estatales de prestación de servicios: Análisis de la sentencia de unificación</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Administrativo, Cohorte XVII.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

RESUMEN:

El presente artículo tiene como propósito identificar las subreglas en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la teoría denominada “Contrato realidad”, en contratos de prestación de servicios suscritos con entidades públicas, en relación con el elemento de la subordinación. Para ello, se realiza un análisis de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado sobre el tema, en especial, de la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, apoyado en la doctrina especializada y la jurisprudencia constitucional. Se concluye que estas subreglas resultan insuficientes frente a las problemáticas que suscita la existencia de relaciones laborales subyacentes o encubiertas en la administración pública.

Palabras clave: Contrato realidad. Contratos de prestación de servicios. Precedente judicial. Principio de primacía de la realidad sobre las formas. Sentencia de unificación. Subordinación.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRECISIONES SOBRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 3. SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONTRATO REALIDAD: EL CASO DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2021. 4. EL ELEMENTO DE LA SUBORDINACIÓN EN CONTRATOS ESTATALES. 5. CONCLUSIÓN. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los contratos de prestación de servicios son aquellos que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. A la luz de esta normativa, en ningún caso, este contrato deriva en una relación laboral ni genera el pago de prestaciones sociales, “salvo que se acredite la existencia de una relación subordinada” (Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-154).

A partir de la anterior consideración, en la jurisprudencia constitucional y la contencioso administrativa, se han desarrollado diferentes reglas y subreglas para establecer cuándo existe una verdadera relación laboral encubierta a través de la celebración de un contrato de prestación de servicios y las consecuencias jurídicas que de allí se derivan.

De ahí que, la proliferación de demandas que buscan la declaración de una relación laboral subyacente en contratos estatales de prestación de servicios, llevó a que se desarrollara el concepto o teoría del “Contrato realidad” en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas. Lo anterior, debido al uso indiscriminado de este tipo contractual para encubrir verdaderas relaciones laborales. Lo cual, para la Corte Constitucional constituye una violación sistemática de la constitución en los siguientes términos:

El uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado (Corte Constitucional, 2016, Sentencia T-723).

Por su parte, el 9 de septiembre de 2021, el Consejo de Estado, subsección segunda, profirió una sentencia de unificación en relación con este tema, dada su importancia jurídica, reflejada en el uso indiscriminado que las entidades hacen de esta figura. En este pronunciamiento se fijaron unas reglas importantes y se reiteraron algunas de las consideraciones que se venían decantando en la jurisprudencia contenciosa administrativa.

En ese sentido, el presente trabajo pretende identificar las reglas jurisprudenciales hasta ahora construidas, acerca de la teoría del contrato realidad en contratos de prestación de servicios celebrados con la administración pública, en relación con el elemento de la subordinación. Lo anterior, a partir de un análisis de las principales sentencias proferidas por el Consejo de Estado sobre este tema, y, en especial, de la sentencia de unificación del año 2021. Con la finalidad de evaluar el alcance de esta decisión en relación con el elemento de la subordinación en contratos de prestación de servicios celebrados con entidades públicas.

En esa línea, en primer lugar, se examinan las disposiciones legales sobre el contrato estatal de prestación de servicios en Colombia, así como sus principales características, tales como la excepcionalidad y la temporalidad. En segundo lugar, se analiza de manera general el desarrollo jurisprudencial en la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la teoría del contrato realidad en contratos de prestación de servicios suscritos con el Estado, apoyado también en sentencias proferidas por la Corte Constitucional.

Por último, a partir de la conceptualización precedente, se aborda el análisis del elemento de la subordinación como elemento fundamental y diferenciador entre las relaciones laborales y los contratos de prestación de servicios que celebran las entidades públicas, conforme a las disposiciones legales vigentes y jurisprudencia relacionada.

1. PRECISIONES SOBRE EL CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el contrato de prestación de servicios “es uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado” (Consejo de Estado, 2021, Exp. 317-2016). Se trata entonces, de un negocio jurídico que se encuentra consagrado en el Estatuto General de Contratación Pública, siendo este un contrato típico definido de la siguiente manera en la Ley 80 de 1993:

Artículo 32. De los contratos estatales.

[...]

3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Este último aparte, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-154 de 1997, bajo el entendimiento de que no genera una relación laboral ni la obligación de pagar prestaciones sociales, “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”.

En ese sentido, con base en las disposiciones legales y la jurisprudencia del Consejo de Estado, se consideran como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:

(i) Solo puede celebrarse por un “término estrictamente indispensable” y para desarrollar “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

(ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades “no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”.

(iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales (Consejo de Estado, 2021, Exp. 317-2016).

1.1. Alcance de la expresión “un término estrictamente indispensable”

La temporalidad es una característica y un elemento distintivo de los contratos de prestación de servicios. Por esta razón, el legislador con su regulación pretendió atender situaciones contingentes o especiales relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, estableciendo que su celebración se haga por un periodo temporal, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, la dificultad se encuentra en la expresión legal de que el contrato se celebrará por el “término estrictamente indispensable”, dada su textura abierta, puesto que la ley no proporcionó más elementos para determinar su alcance, por lo que parece haberlo dejado al arbitrio de la administración. Por ello, el Consejo de Estado a través de la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2022, estableció a partir de una interpretación gramatical y teleológica, un significado concreto de la expresión que delimite su duración. Con el fin de evitar que los órganos del Estado contraten actividades que no tienen el carácter de transitorias, contingentes o eventuales, impidiendo que se creen los respectivos empleos públicos.

Por esta razón, el Consejo de Estado acude a una interpretación gramatical, en el sentido de precisar que, por “estrictamente indispensable” se entiende lo ajustado enteramente a la necesidad, esto es, lo que forzosamente debe hacerse o realizarse, y que no se puede prescindir de ello para alcanzar un fin determinado. Por otra parte, acudiendo a una interpretación teleológica es necesario

recurrir a los principios de la contratación estatal, que recoge el Título II de la Ley 80 de 1993, y, en particular, al principio de planeación, para definir el sentido de la expresión señalada. En este sentido, determina que la exigencia de introducir un “término estrictamente indispensable” para la ejecución del objeto convenido en la etapa precontractual no es un requisito de forma, es un elemento esencial del principio de planeación en cuanto determina la duración del negocio jurídico (Consejo de Estado, 2021, Exp. 317-2016).

En ese orden de ideas, la sala unificó el sentido y alcance del “término estrictamente indispensable”, en los siguientes términos:

Como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que, de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.

A partir de la anterior consideración, se observa que la conclusión del Consejo de Estado, si bien impone una carga mayor para las entidades públicas a la hora de elaborar sus estudios previos, no resuelve gran parte de los problemas que derivan en la práctica sobre la temporalidad de los contratos de prestación de servicios. En esa medida, se concluye sobre este punto que, este requisito encuentra su manifestación práctica en la etapa precontractual, al momento de elaboración de los estudios previos. De ahí que, su incumplimiento podría desembocar en una nulidad del contrato por vulneración al principio de planeación al tratarse de un requisito legal, de la esencia del contrato de prestación de servicios.

Lo anterior, para decir que, en el trámite de un proceso judicial que busca la declaratoria de una relación laboral encubierta, este elemento servirá para demostrar que la entidad pública no debió acudir a esta tipología contractual, y que tratándose de una actividad de carácter permanente,

la entidad requería crear el correspondiente empleo público. El cual, si bien no demuestra por sí mismo el elemento de la subordinación, constituye un criterio importante que será objeto de valoración por parte del juez, pues demuestra la necesidad del empleo público en la entidad y la indebida utilización de la tipología contractual del contrato de prestación de servicios.

1.2. Desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad

De acuerdo con la doctrina, el contrato de prestación de servicios posee un objeto genérico y polivalente por disposición de la Ley 80 de 1993, a través del cual, se puede “desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” (Benavides, 2014, p. 313). Por lo tanto, la entidad pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública –como peritos, técnicos y obreros–, y, también, de manera excepcional y temporal, para cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados (Consejo de Estado, 2021, Exp. 317-2016).

De manera que, los contratistas estatales se conciben como colaboradores ocasionales de la administración, quienes brindan apoyo y acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que se predique de dicha relación alguna vocación de permanencia. Por su parte, en caso de que se reconozca judicialmente la existencia de una relación laboral, se debe tener en cuenta que, en ningún caso es posible otorgarle la categoría de servidor público al demandante, pues se estarían contrariando las disposiciones constitucionales y legales sobre el empleo público propio de las relaciones legales y reglamentarias con el Estado.

En ese sentido, como lo afirma el Consejo de Estado, se trata de contratos a través de los cuales, la entidad pública fortalece su gestión administrativa y asegura el funcionamiento para el cumplimiento de sus propósitos cuando no sea posible hacerlo a través del personal de planta o por sus mecanismos ordinarios (Consejo de Estado, 2013, Sentencia de unificación Exp. 41719). Así como también, cuando dada la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley concede a las entidades estatales.

En este punto, se evidencia un problema frente a la conceptualización de aquellas actividades “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” de que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues al tratarse de un concepto tan amplio, resultaría necesario analizarlo a partir del concepto de la función administrativa y función pública, que ha sido objeto de los más grandes debates doctrinarios en el derecho administrativo. Sin embargo, ese no es propósito del presente trabajo.

Por tal motivo, la jurisprudencia tendrá que desarrollar la difícil tarea de establecer cuáles de esas potestades públicas son intransferibles a los particulares. Teniendo en cuenta que con ellos no pueden suplirse, de manera definitiva, las funciones permanentes o misionales de las entidades. Puesto que su ejercicio solo corresponde a vinculaciones legales y reglamentarias.

Por lo anterior, es importante señalar la diferencia que el Consejo de Estado ha realizado entre el contrato de consultoría y el contrato de prestación de servicios, los cuales se asemejan dado su carácter intelectual. De tal forma que, mientras el contrato de consultoría está revestido de una cláusula de estricta tipicidad cerrada, la cual condiciona de manera detallada la procedencia de

dicho contrato, el de prestación de servicios al contar con una regulación jurídica amplia, debe entenderse de manera que los objetos contractuales que no estén comprendidos dentro del contrato de consultoría, podrían ser satisfechos por medio del de prestación de servicios siempre que satisfaga los requisitos que establece el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (Consejo de Estado, 2013, Sentencia de unificación, Exp. 41719).

2. REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONTRATO REALIDAD: EL CASO DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2021

El contrato de prestación de servicios ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte del Consejo de Estado en relación con diversos temas. No obstante, uno de los más significativos plantea el reconocimiento de relaciones laborales subyacentes o encubiertas en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, que llevó a la jurisdicción constitucional y contenciosa administrativa a desarrollar el concepto de “contrato realidad”. Situación desencadenada por la proliferación de demandas debido al uso indiscriminado por parte de las entidades estatales de los contratos de prestación de servicios.

En esa línea, la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado ha tomado distintas posturas frente a la problemática de las relaciones encubiertas a través de contratos de prestación de servicios en la administración pública. Decisiones en ocasiones más formalistas y legalistas, y en otras garantistas, que no han permitido construir líneas jurisprudenciales fiables para los operadores jurídicos y litigantes.

Por su parte, la jurisprudencia ha construido alrededor de la teoría del contrato realidad, una serie de características para identificar diferencias entre el contrato de prestación de servicios y las relaciones laborales. De los tres elementos que caracterizan un contrato de trabajo, esto es: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración como contraprestación del mismo y (iii) la subordinación del trabajador frente al empleador; los dos primeros son comunes al contrato de prestación de servicios cuando este se suscribe con una persona natural. Por el contrario, el tercer elemento, la subordinación, constituye el elemento diferenciador entre los dos tipos de relaciones.

Ahora bien, entre los múltiples pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional sobre la teoría del contrato realidad, se destaca, en primer lugar, la Sentencia C-555/94, en la cual la Corte explica con fundamento en el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, que el juez podrá calificar la calidad de trabajador y declarar la existencia de una relación laboral en los casos que concurren los tres elementos esenciales. No obstante, resalta que, en ningún caso, este reconocimiento otorga al contratista el status de empleado público, por cuanto esto conlleva la omisión en el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales propios de la función pública. Tales como la creación del empleo público, cuyas funciones deben contemplarse de manera detallada en el reglamento o la Ley, la previsión de los emolumentos en el presupuesto de la entidad (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 122), el acto de designación y posesión que define la relación legal y reglamentaria propia del empleo público y la evasión del régimen de responsabilidad propia de los servidores públicos.

En otras palabras, “la obligación constitucional de reconocer la efectividad de la relación de trabajo impone declarar la existencia de los derechos del trabajador que de ella se derivan, sin que ello signifique declarar jurídicamente la existencia de la calidad de empleado público” (Benavides, 2014, p. 344). De acuerdo con esto, la declaratoria de la relación laboral que hacen los

jueces opera como una ficción, con la exclusiva finalidad de resarcir los perjuicios causados al contratista, y solo en su beneficio, por la condición de “trabajador” que ostentó durante el periodo que prestó el servicio. Esto es, no es un servidor público, sigue siendo estimado como un colaborador del Estado, a pesar de que este le dio, incluso fraudulentamente, el tratamiento de un servidor público (Vergara, 2019, p.159).

En esa línea, resultará necesario para el demandante probar los elementos de la relación laboral contenidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y para el caso de los conflictos que deban ventilarse ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, deberá, además, adecuar mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho, la pretensión de anular el acto administrativo que nique la relación laboral.

Es así como el derecho laboral y el derecho administrativo convergen en este tipo de controversias. Por una parte, constituye un requisito para instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demostrar la causal de nulidad del acto administrativo que se pretende atacar, en razón del principio de justicia rogada y de legalidad que reviste al acto administrativo. Y por otra, también le corresponde probar los elementos de la relación laboral, señalados en el Código Sustantivo del Trabajo.

En ese sentido, la teoría del contrato realidad se ha desarrollado tanto en la jurisdicción laboral ordinaria y en la contenciosa administrativa, con diferencias ostensibles. Entre ellas, se destaca en materia probatoria, la diferencia en la carga probatoria que tiene el demandante que pretende la declaración de una relación laboral. En la jurisdicción ordinaria, conforme a lo prescrito en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo se presume que “toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”, por lo que la carga probatoria está en cabeza de la empresa, a quien corresponde demostrar que el contratista ejecutaba sus actividades con

independencia y con la debida autonomía. No obstante, de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 2021, en este escenario, el demandante debe probar los elementos que a continuación se enuncian, sin que se aplique la presunción del artículo 24 del CST:

En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad (Consejo de Estado, 2021, Exp. 317-2016).

Por esta razón, en los conflictos que deban ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la carga de la prueba le corresponde al demandante en una doble vía. Por un lado, frente a los elementos de la relación laboral y el carácter misional de la labor desarrollada; por el otro, la causal de nulidad del acto administrativo debidamente sustentada denominado como concepto de violación.

En suma, a efectos de lograr el reconocimiento de la relación laboral con ocasión de la celebración de un contrato de prestación de servicios con el Estado, el demandante deberá acreditar: i) que su actividad en la entidad haya sido personal; ii) la remuneración o pago que haya recibido por la labor y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación de índole laboral. Situación entendida como “aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo” (Consejo de Estado, 2020, Exp.2220-18).

Por su parte, frente al reconocimiento de las prestaciones sociales derivadas de la declaratoria de la relación laboral, el Consejo de Estado, Sección Segunda, unificó el criterio de

interpretación en sentencia del 25 de agosto de 2016, en dos aspectos: i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados, cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, en razón a la inexistencia del cargo, y, excepcionalmente, se ha tenido en cuenta el salario devengado por un empleado de planta de la entidad, en aquellos casos en que se ha demostrado que el empleo desarrollado por el contratista demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones que los servidores públicos de carrera (Consejo de Estado, 2016, Exp. 00882015).

De esta manera se concluye que, la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida en el año 2021, constituye un fallo importante no solo respecto a las reglas que establece unificando la jurisprudencia, como es el caso de la definición del alcance de la expresión de un “término estrictamente indispensable” o el término de 30 días hábiles para establecer la solución de continuidad de los contratos de prestación de servicios para aplicar las reglas de la prescripción de los derechos laborales, así como la unificación de la improcedencia de reembolso de los aportes que haya realizado el contratista al sistema general de seguridad social integral. Al respecto, el profesor Vergara Mesa plantea que la relevancia de la sentencia radica en la “ampliación del marco jurídico para el análisis de los contratos estatales de prestación del servicio: el lenguaje laboral y el lenguaje de la convencionalidad” (Vergara, 2021, p.4), denotando el marcado tono laboralista que aplica el Consejo de Estado, así como también incorpora el marco jurídico internacional, necesario para dotar de herramientas interpretativas a los operadores jurídicos frente a las tensiones

que se presentan entre la principalística laboral, la legalidad administrativa y la primacía de los intereses generales.

4. EL ELEMENTO DE LA SUBORDINACIÓN EN CONTRATOS ESTATALES.

Continuando con el análisis de los elementos esenciales y característicos del contrato de prestación de servicios, se tiene que este se desarrolla con independencia y autonomía del contratista desde el punto de vista técnico y científico, entendida como el “amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor según las estipulaciones acordadas” (Tovar, 2018, p. 54). Elemento que se contrapone a la subordinación de índole laboral, la cual, consiste en la obligación que tiene el trabajador de acatar las órdenes del empleador en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo. Así como el cumplimiento de los reglamentos internos, que impide que este pueda ejecutar sus funciones con independencia y autonomía técnica.

En ese sentido, la subordinación es el elemento esencial de toda relación laboral, y, además, es el factor que lo diferencia del contrato de prestación de servicios. Su existencia desnaturaliza la relación contractual y revela un vínculo de índole laboral. Por lo anterior, para verificar su existencia se deberá analizar el soporte probatorio que fue recaudado en el proceso para finalmente determinar si la relación que se suscitó entre las partes cumple con los requisitos para que se configure el contrato realidad a que hace referencia el artículo 53 de la Constitución Política (Consejo de Estado, 2020, Exp.2220-18).

A partir de esta diferenciación, el Consejo de Estado ha sostenido en reiterados fallos que, entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, la cual

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, lo cual, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación” (Consejo de Estado, 2014, Exp. 1807-13).

Lo anterior, como parte de la obligación de dirección general y de ejercer el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales que se encuentra a cargo de las entidades estatales, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Así mismo, la Ley 1474 de 2011, establece en su artículo 83 la obligación de las entidades de vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. Esta supervisión consiste en realizar el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato.

De allí, la dificultad que tiene el demandante a la hora de probar que las circunstancias que alega como indicativas de subordinación laboral, sobrepasan la facultad de coordinación propia de la supervisión de los contratos. Por lo cual, al ser la subordinación un concepto abstracto que se manifiesta de manera distinta según sea la actividad o el modo de prestación de servicio, esta se determinará a partir de ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia, tales como, el lugar de trabajo, el horario de labores, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar y que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que desempeñan los servidores de planta, siempre que se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

No obstante, el Consejo de Estado aclara en la sentencia de unificación del año 2021, que ninguno de estos elementos es prueba *per se* de que la relación se dio bajo

circunstancias de subordinación laboral, en todos los casos, estas situaciones deberán ser valoradas por el juez en función del objeto contractual en cada caso concreto bajo las reglas de la sana crítica.

Por lo anterior, el Consejo de Estado concluye respecto a la prueba de este elemento que, “cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación” (Consejo de Estado, 2021, Exp. 317-2016).

A partir de lo anterior, se concluye que la prueba del elemento de subordinación se establece a partir de indicios, como por ejemplo, la existencia de un horario de trabajo, la asignación de turnos en planillas, las labores orientadas por un superior, los memorandos de llamados de atención, el trato similar dado por la entidad a los contratistas que cumplen tareas similares a los servidores públicos, reconocimiento de viáticos, entre otros tantos. En suma, cada factor individualmente considerado no resulta suficiente para predicar la existencia de una relación laboral, sin embargo, la presencia de varios refuerza los indicios.

Lo anterior, sumado a factores como el de excepcionalidad y temporalidad desarrollados en el primer acápite. En otras palabras, si además de los indicios relacionados con el elemento de la subordinación, se constata en el proceso que la entidad celebró el contrato por una duración no razonable o para una labor permanente de la entidad, y, adicionalmente, no se encuentra justificada dentro de los criterios de especialidad o de insuficiencia de personal de planta; o que se trata de actividades de carácter misional y permanentes de la entidad. Serán elementos que valorados en su conjunto, le permitirán al juez determinar el tipo de relación que se dio entre las partes.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido consistente frente a la interpretación de los indicios que dan lugar a identificar una relación subordinada, en

contraposición a la coordinación de actividades. En distintos fallos, se ha considerado que funciones de vigilancia o aseo, no necesariamente se desarrollan bajo una subordinación de índole laboral, sino que se trata de una coordinación en las actividades.

Es el caso de la decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado del año 2003, en la cual, se sostuvo que el trabajo desempeñado por los contratistas de aseo no se podría considerar como generador de una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, no de subordinación, con fundamento en lo siguiente:

[...] si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. [...] Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita (2003, Exp. IJ-0039).

Decisión en la que se apoyó el Consejo de Estado en el año 2005, para negar la existencia de una relación laboral en un caso similar de un auxiliar de servicios generales vinculado por más de seis años, cuyas tareas eran de limpieza de vidrios, mantenimiento, aseo y electricidad; y se le había proporcionado el uniforme de la entidad y tenía un vínculo laboral precedente para las mismas funciones. A quien, le fueron negadas las pretensiones al considerar que lo que existió fue una coordinación en las actividades. En este caso, el Consejo de Estado pese a verificar que el demandante cumplía un horario y recibía ordenes, no considera estos elementos como reveladores de la relación laboral. Adicionalmente, afirma que el contratista ejecutaba su labor con autonomía,

ya que se probó que este cotizó sus servicios de limpieza de vidrios al SENA, lo cual, a su juicio riñe con la existencia de una relación laboral, concluyendo que:

Quien cotiza a una entidad la realización de una obra o la prestación de un servicio muestra que ejerce la actividad en forma independiente, a tal punto que, se supone, entraría a competir con otras personas para objeto de la adjudicación (Consejo de Estado, 2005, Exp. 3731-03).

Como se observa en estos ejemplos, el Consejo de Estado ha interpretado de manera amplia el concepto de coordinación de actividades, por lo que probar la subordinación no es una tarea sencilla en el marco de las relaciones con entidades estatales. Pues nos encontramos ante categorías y conceptos indeterminados, que si bien han sido desarrollados por la jurisprudencia, no se encuentran claramente determinados y las decisiones se han proferido en ambos sentidos, algunas más garantistas y otras más restrictivas.

En ese sentido, pronunciamientos como los antes citados han sido fuertemente criticados, puesto que parecen desconocer o flexibilizar los criterios definidos para determinar la existencia de una relación laboral, tales como los periodos de duración del vínculo, la misionalidad de las actividades y la imposición de horarios. Además, descartan algunas actividades que se pensaría no pueden ser desarrolladas con autonomía e independencia como las de conducción, aseo, vigilancia, o incluso funciones de dirección y liderazgo, y que desde un aspecto funcional y material deban desarrollarse bajo subordinación laboral. Por lo que, el juez cuenta con la discrecionalidad para analizar cada caso concreto de acuerdo con el acervo probatorio y las circunstancias en las que se desarrolló el objeto contractual para determinar la existencia de una relación laboral.

De manera que, cabe cuestionarse sobre el peso real de esta carga probatoria para las personas que acuden a la jurisdicción contenciosa con respecto a los contratistas que ventilan su asunto en la jurisdicción ordinaria, quienes como ya vimos, cuentan con la presunción del artículo

24 del C.S.T. que aligera su carga probatoria. Por el contrario, quienes acuden a la jurisdicción contenciosa se encuentran en una situación de desigualdad frente a la carga de probar los elementos de una relación laboral y excepcionalmente lograrán su reconocimiento, debido a que en esta jurisdicción se han creado subreglas jurisprudenciales e interpretaciones flexibles de los elementos característicos de una relación laboral.

5. CONCLUSIÓN

En definitiva, el contrato de prestación de servicios es uno de los instrumentos de gestión pública más importantes de la administración para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el cual, solo podrá celebrarse por el término estrictamente indispensable para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que estas no se requieran de manera permanente. Por lo anterior, los contratistas se conciben como colaboradores ocasionales de la administración, cuya relación no tiene vocación de permanencia, salvo en los casos en los que se reconozca judicialmente la existencia de una relación laboral.

En ese sentido, los pronunciamientos por parte del Consejo de Estado frente a la declaratoria de relaciones laborales encubiertas en la administración pública, han creado diversas reglas jurisprudenciales con el fin de orientar al juez a la hora de resolver este tipo de conflictos en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas. A su vez, en el año 2021, el Consejo de Estado profirió una sentencia de unificación que constituye un avance importante no solo por las reglas que fueron fijadas frente a temas como la temporalidad o solución de continuidad de los contratos, sino también por su lectura desde un enfoque garantista del derecho laboral, que llama la atención frente al uso indiscriminado que hacen las entidades públicas para encubrir relaciones laborales. Fenómeno advertido por la Corte Constitucional unos años atrás.

Por su parte, le corresponde al demandante probar el elemento de la subordinación como requisito fundamental para declarar la existencia de una relación laboral con el Estado, así como el carácter misional o permanente de la labor desarrollada. En ese sentido, la subordinación constituye el elemento esencial de toda relación laboral, y, además, es el factor que lo diferencia del contrato de prestación de servicios, por lo que será tarea del demandante probar a partir de la sumatoria de indicios que se trató de una relación laboral, para que se le sean reconocidas las prestaciones laborales como consecuencia de la declaratoria. Lo anterior, evidencia una carga probatoria más pesada para el demandante que la que tiene un contratista que acude a la jurisdicción ordinaria, en especial, porque los criterios para determinar la existencia de la subordinación han sido interpretados de manera flexible en la jurisprudencia contenciosa.

De allí la importancia de la Sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en el año 2021, de la cual se resaltan tres aspectos de suma importancia para avanzar con el tema. En primer lugar, llama la atención frente a la práctica de los entes estatales de usar de manera indiscriminada la contratación de prestación de servicios para encubrir relaciones laborales, que pone sobre la mesa la necesidad de regulación y control.

En segundo lugar, el análisis que realiza el Consejo de Estado desde una óptica más laboralista y que morigera las posturas más legalistas del derecho administrativo, evidencia la necesidad de que estas dos áreas del derecho conversen en mayor medida para lograr condiciones más equitativas al momento de acudir a la jurisdicción y brinde mayor seguridad jurídica. Por último, se valora el hecho de que en una sentencia que será fundamental para resolver este tipo de conflictos, se mencionen elementos que puedan servir como prueba indiciaria de la subordinación, como el lugar de trabajo, los horarios, la dirección y control, así como la correspondencia de las

actividades que cumple el contratista respecto a los servidores de planta, sin descartar otras posibilidades. Circunstancias o situaciones que puedan dar lugar a establecer con mayor facilidad la existencia de una relación de subordinación con el Estado a partir de la suma de indicios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Benavides, J. (2014). *Contratos públicos: estudios*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (12 de julio de 2011). *Ley 1474. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*, artículo 83. Diario Oficial N° 48.128. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de la República de Colombia (28 de octubre de 1993). *Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, artículo 32. Diario Oficial N° 41.094. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda (9 de septiembre de 2021). *Sentencia de Unificación No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)* (C.P. Gloria Luz Manco Quiroz). Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172056>.

Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección C. (15 de mayo de 2020). *Sentencia No. 50001-23-31-000-2011-00400-01(2220-18)*. (C.P. César Palomino Cortés). Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172592>

Consejo de Estado. Sección Segunda. (25 de agosto de 2016). *Sentencia de unificación No.*

23001233300020130026001 (00882015). (C.P. Carmel Perdomo Cuéter). Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81194>

Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. (13 de febrero de 2014). *Sentencia No. 68001-*

23-31-000-2010-00449-01(1807-13). (C.P. Alfonso Vargas Rincón). Recuperado de:

[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/146/S2/68001-23-31-000-2010-00449-01\(1807-13\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/146/S2/68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13).pdf)

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. (2 de diciembre de 2013). *Sentencia de*

unificación No. 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719). (C.P. Jaime Orlando Santofimio

Gamboa). Recuperado de:

<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10004770>

Consejo de Estado. Sección segunda, Subsección B. (5 de mayo de 2005). *Sentencia No. 88001-*

23-31-000-2002-00071-01(3731-03). (C.P. Jesús María Lemos Bustamante). Recuperado

de:

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=218057>

Consejo de Estado. Sección segunda, Sala plena. (18 de noviembre de 2003). *Sentencia No. 17001-*

23-31-000-1999-0039-01(IJ). (C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda). Recuperado de:

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=213774>

Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

- Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión de Tutelas. (16 de diciembre de 2016). *Sentencia T-723 de 2016*. (M.P. Aquiles Arrieta Gómez). Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-723-16.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (19 de marzo de 1997). *Sentencia C-154-97*. (M.P. Hernando Herrera Vergara). Recuperado de: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestor_normativo/norma.php?i=3410
- Melo, J. (2022). *La incidencia de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en Materia de Contratación Estatal – Contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión*. En Palacio, M. (Ed.). *Contratos Estatales Tomo II*. (pp. 1144-1195). Universidad del Rosario.
- Mesa, A. (2020). *El contrato realidad en el sector público: declaratoria y reconocimientos prestacionales*. Universidad de Antioquia. Medellín. Recuperado de: https://tesis.udea.edu.co/bitstream/10495/20055/1/MesaAna_2020_ContratoDeclaratoriaReconocimientos.pdf
- Tovar, S. (2018). *La aplicación del principio de la primacía de la realidad cuando el Estado oculta la vinculación de los empleados públicos en contratos de prestación de servicios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.
- Vergara, H. (2021). *¿Quedaron prohibidos los contratos de prestación de servicios? Comentarios a la sentencia del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021*. Recuperado de: https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/23241/1/VergaraHernan_2021_ContratosPrestacionServicios.pdf.
- Vergara, H. (2019). *Instituciones del derecho administrativo laboral*. Medellín, Colombia. Universidad de Antioquia.

Vergara, H. (2014). *¿Rige el derecho del trabajo en la función pública colombiana? ¿Un estudio desde la justicia administrativa?* Recuperado de:

<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1205/1160>.