

MEMORANDO



Radicado No: 202010400000068613

Para: **María Lucía Upegui Mejía**
Subdirectora General

Gustavo Mauricio Martínez Perdomo
Secretario General

Lina María Margarita Huari Mateus
Directora Administrativa

Andrés Vergara Ballén
Dirección Financiera

Asunto: **Lineamiento de defensa judicial en las demandas ante la jurisdicción contenciosa administrativa laboral, en los cuales los contratistas de prestación de servicios deprecian la existencia de un contrato realidad.**

Respetados Miembros del Comité:

La Oficina Asesora Jurídica en cumplimiento de las funciones establecidas en el Decreto 987 de 2012, art. 6°, num. 1¹ y 7²; así como en la Resolución No. 60 de 2013, art. 8°, num. 3,³ 5⁴ y 6⁵, presenta a consideración del Comité de Defensa Judicial y Conciliación

¹ Asesorar al Director General en la organización de los asuntos jurídicos relativos a la representación judicial y en la unificación y coordinación de criterios jurídicos sobre materias en que se vea comprometida la posición, derechos o intereses del Instituto.

² Formular las recomendaciones jurídicas dirigidas al fortalecimiento de los Programas del Instituto y unificar los criterios jurídicos cuando existan divergencias de interpretación entre diversas Dependencias.

³ Consolidar la información de todos los procesos judiciales, extrajudiciales, concursales, conciliaciones y de vocaciones hereditarias, bienes vacantes y mostrencos que se adelantan en la Sede de la Dirección General y Direcciones Regionales del ICBF.

⁴ Diseñar las políticas de Defensa Judicial a nivel nacional, y proyectar lineamientos y recomendaciones a los Grupos Jurídicos de las Direcciones Regionales o quienes hagan sus veces y demás dependencias del ICBF, con el fin de prevenir la ocurrencia del daño antijurídico.

⁵ Evaluar las causas generadoras de los conflictos por las cuales resulta demandado o condenado el Instituto, como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer

el lineamiento de defensa en los procesos que se han promovido ante la jurisdicción contenciosa administrativa laboral, por parte de los ex contratistas de prestación de servicios, por medio del cual deprecian una presunta existencia de un “contrato realidad”, y el consecuente pago de prestaciones sociales y aportes parafiscales, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el art. 53 de la Constitución Política⁶.

Para una mayor comprensión del tema, el presente documento se estructura en los siguientes ítems: **(i)** noción general del contrato de prestación de servicios; **(ii)** postura genérica de la Sección Segunda del Consejo de Estado; **(iii)** análisis jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional; **(iv)** guía de defensa judicial frente a las demandas que deprecian contrato realidad -lineamientos por etapas procesales-; y, **(iv)** conclusiones.

I. Noción general del contrato de prestación de servicios.

La función pública se encuentra regulada en la Constitución Política de 1991, al establecer **(i)** que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (art. 122); **(ii)** que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (art. 125); **(iii)** que los ciudadanos tienen derecho a desempeñar funciones y cargos públicos (art. 40, num. 7°); y **(iv)** que al Legislador corresponde expedir las leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas (art. 150, num. 23).

El contrato de prestación de servicios estatal tiene como fuente formal el num. 3° del art. 32⁷ de la Ley 80 de 1993 y el art. 1° de la Ley 190 de 1995, modalidad de contratación con los particulares y el Estado que no constituye una relación laboral.

correctivos.

⁶ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

⁷ Ver sentencia C-154 de 1997.

En abrigo a las normas constitucionales citadas, las personas pueden vincularse con el Estado mediante las siguientes modalidades:

- Legal y reglamentaria: Los Empleados Públicos.
- Contractual Laboral: Los Trabajadores Oficiales.
- Contractual Estatal: Los Contratistas de Prestación de Servicios.

El contrato de prestación de servicios tiene como objeto apoyar la gestión de la Entidad Estatal, es decir, desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, pero en ningún caso implican el ejercicio de funciones públicas administrativas⁸.

Con otras palabras, se trata de contratos estatales a través de los cuales se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o el funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de tal complejidad que reclama conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a la entidades públicas.

Corresponde, entonces, acometer someramente el análisis de la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo⁹.

⁸ “El contrato de prestación de servicios es aquel que suscriben las entidades del Estado con el objetivo de desarrollar actividades que tienen que ver con su funcionamiento y se celebra con personas naturales o jurídicas, en aquellos casos en que el objeto social de la entidad no se puede llevar a cabo con el personal perteneciente a ella. También se puede celebrar este contrato cuando la actividad a desarrollar requiere conocimientos especializados. Además, en esta clase de contrato no se genera relación laboral ni prestaciones sociales y no se pueden celebrar sino por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada”. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 8 de septiembre de 2017. C. P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 76001-23-33-000-2013-01194-01 (0021-16).

⁹ Sobre el particular en reciente fallo de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (17 de julio de 2019, SL2885-2019), dicha corporación judicial puntualizó lo siguiente: “En primer lugar, porque la Corte ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que el contrato de trabajo concurren la actividad personal del trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para ‘exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato’.

Asimismo, porque ha adocinado que el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades. Pero que, no obstante, en este tipo de

Sobre el particular, es de resaltar la sentencia C-154 de 1997¹⁰, en la cual establece las diferencias entre las dos clases de acuerdos de voluntad señalados, así:

- El contratista adquiere una obligación de hacer, para ejecutar labores en razón a su experiencia, capacitación y formación profesional en determinada materia. Entonces, el objeto contractual consiste en la realización temporal de actividades relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada la entidad.
- El contratista goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico. Lo anterior implica que dispone de un margen de discrecionalidad en relación con la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado, según las estipulaciones acordadas.
- Se trata de un tipo de vinculación excepcional, motivo por el cual su vigencia es temporal, es decir, por el tiempo indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por consiguiente, en caso de que las actividades que se desarrollen por medio de estos contratos demanden una permanencia indefinida, que exceda su carácter excepcional y temporal, la entidad tiene la obligación de adoptar las medidas y provisiones pertinentes para dar cumplimiento al artículo 122 de la Carta Política.
- Este tipo de contratación no da derecho al reconocimiento de las prestaciones derivadas del contrato de trabajo. No obstante, si se acreditan las características esenciales de la relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación), se desvirtuará la presunción establecida en la norma y surgirá el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

En conclusión, el contrato de prestación de servicios **(i)** tiene como fuente formal la Ley 80 de 1993, **(ii)** la ejecución de las obligaciones contractuales puede ser materializada por una persona jurídica o natural, **(iii)** de acuerdo con la coordinación de actividades, la ejecución de las actividades existe una libertad amplia y suficiente, y **(iv)** no existe para el contratista el cumplimiento de un horario.

En relación con el contrato de trabajo, **(i)** es regulado por el Código Sustantivo de Trabajo, **(ii)** las obligaciones laborales deben ejecutarse por una persona natural y de forma personal, **(iii)** la ejecución de la actividad se realiza mediante la constante subordinación por parte del empleador, y **(iv)** el trabajador debe cumplir un horario. Para

contratación no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar honorarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo¹⁰.

¹⁰ Dicho fallo fue citado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016. CE-SUJ2-005-16.

efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, así lo señaló el Consejo de Estado, en la sentencia del 21 de febrero de 2019¹¹.

Sobre el particular se puntualizó lo siguiente:

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que **la parte demandante** pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, 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”. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, los argumentos defensivos deben encaminarse, como punto de partida, a desvirtuar los elementos de la relación laboral que pretenden alegarse, específicamente la *subordinación*, que en ningún caso puede ser ocasional o esporádica.

II. Postura genérica de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En una reciente decisión del máximo órgano de la justicia contenciosa administrativa, puntualizó que el contrato de prestación de servicio “[...] no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la Constitución Política que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos instituidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos”¹².

Dicha postura no ha variado desde la sentencia del 16 de julio de 2009 (Rad. 85001-23-31-000-2003-00478-01 (1258-07)), entorno a los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su diferenciación con las relaciones de linaje laboral.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la *permanencia*, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y *la equidad o similitud*, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta,

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. C. P. César Palomino Cortés, rad. 05001-23-33-000-2013-01597-01 (5167-16).

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. C. P. Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 30 de enero de 2020. Exp. No. 50001-23-33-000-2012-00106-01 (2090-14).

requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia¹³ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios, una verdadera relación laboral”¹⁴.

III. Análisis jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional

La jurisprudencia que se analizará constituye un parámetro de análisis indispensable en el marco de la defensa judicial del ICBF, no obstante, debe advertirse que la misma debe citarse atendiendo las particularidades fácticas y jurídicas del caso en estudio.

Como método de comprensión del presente documento, se estructuró en varios ejes temáticos, así: **a)** Análisis de la jurisprudencia desde el punto de vista del derecho probatorio; **b)** El contrato de prestación de servicios no se iguala con la situación legal y reglamentaria de los empleados público; **c)** Presupuestos requeridos para acreditar la existencia de una relación laboral; **d)** El cumplimiento de horario, la prestación del servicio en las prestaciones de la parte contratante, o el hecho de recibir instrucciones, por sí solas, no evidencia una relación de subordinación; **e)** Diferencias entre la subordinación y las actividades de coordinación; **f)** La necesidad de que el contratista desempeñe funciones propias del personal de planta, sin autónomo e independencia para que se constituya en el contrato realidad; **g)** La ejecución de los contratos de prestación de servicios en circunstancias parecidas a las que existen frente a los empleados públicos no implica perder una relación laboral; **h)** La prescripción, caducidad y prestaciones sociales en el marco de controversias relacionadas con el contrato realidad. Sentencia de Unificación; y, **i)** Criterio de unificación de la Corte Constitucional: Primacía de la realidad sobre las formas.

• Análisis de la jurisprudencia desde el punto de vista del derecho probatorio.

Desde la perspectiva probatoria, conviene reseñar la reciente sentencia del Consejo de Estado (21 de marzo de 2019¹⁵), en dicho fallo el señor Jairo Manuel Aguas Bolaños prestó sus servicios en el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, a través de órdenes de prestación de servicios entre los años 2009 y 2011, actividades que fueron ejecutadas de lunes a viernes, en un horario de 7:00 a.m. a 4:30 p.m., y que las mismas se debía efectuar de la sede del Centro Agropecuario de Gaira, esto es, en veredas,

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. C. P. Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 30 de enero de 2020. Exp. No. 50001-23-33-000-2012-00106-01 (2090-14).

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 21 de marzo de 2019, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación 47001-23-33-000-2014-00069-01(5129-16).

corregimientos, resguardos indígenas y cabeceras municipales, motivo por el cual si se generaba alguna ausencia, la misma debía ser justificada mediante permisos informados al jefe del centro.

El Tribunal Administrativo de Magdalena en proveído del 17 de agosto de 2016, declaró la nulidad del oficio que negó el reconocimiento de la relación laboral y ordenó al SENA el pago de las prestaciones sociales, decisión que fue apelada por la entidad pública.

El Consejo de Estado se planteó como problemas jurídicos los siguientes: (i) “¿En el caso del señor Jairo Manuel Aguas Bolaño se comprobó la configuración del elemento de la subordinación y dependencia continuada para determinar la existencia de una relación laboral con el Servicio Nacional de Aprendizaje, pese a haber sido contratado por prestación de servicios? En caso afirmativo”; y, (ii) “¿En el sub-lite, hay

lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Aguas Bolaño y cómo debe restablecerse el derecho del demandante frente a los aportes a pensión?”.

El *ad quem* para despejar el primer interrogante, indicó que conforme a la documental allegada al expediente¹⁶, no se logró determinar “[...] con exactitud los tiempos o periodos efectivamente laborados por el señor Aguas Bolaño [...]” que permitirán concluir “[...] el desarrollo continuo e ininterrumpido de las actividades mencionadas”¹⁷; además que una vez hecha la operación aritmética de horas prestada al SENA se logró establecer que no existió una prestación de sus servicios “[...] en forma continua e ininterrumpida, siendo este, se reitera, uno de los elementos que permiten inferir la existencia del contrato realidad”.

El Consejo de Estado concluyó lo siguiente:

“Aunado a lo antepuesto, ni de los contratos y órdenes de servicios, ni de las actas de inicio y finalización de cada uno de ellos, y que fueron aportados por las partes, se puede extraer la existencia de la relación laboral continua, ininterrumpida y permanente, pues, contrario a lo manifestado por la a quo, para la Subsección no obra un medio de prueba que permita concluir que las interrupciones contractuales se presentaron, únicamente, en los periodos de cese académico o de vacaciones, puesto que no se determinó, cuando menos, la fecha a partir de la cual cesaban las labores de los formadores en el Centro Agropecuario de Gaira, en Magdalena”.

Frente al cumplimiento de la jornada laboral, la indicada corporación judicial señaló (i) que en el proceso no obraba una sola prueba que diera cuenta del supuesto horario; (ii) no se evidenció que el demandante estuviera sujeto a prestar el servicio de un horario impuesto por la entidad, tales como circulares, oficios, memorandos o llamadas de

¹⁶ Se incorporaron 5 contratos de prestación de servicios.

¹⁷ Como respaldo de dicha conclusión, citó la sentencia del 10 de mayo de 2018. Consejero ponente Dr. William Hernández Gómez. Radicación 47001-23-33-000-2014-00123-01 (3257-16). Clara Patricia Dávila Suárez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

atención por el no acatamiento de este; (iii) tampoco obró probanzas que permitan inferir, cuando menos, que el demandante recibió órdenes e instrucciones por parte de funcionarios del SENA, ni que se le hiciera llamados de atención o expedición de memorandos; (iv) que en torno a las labores desarrolladas en condiciones de dependencia continuada, no obraban elementos de convicción, acerca de las actividades ejecutadas por el demandante o de cuándo, cómo y dónde realizaba estas sus funciones como instructor contratista, por lo que consideró el Consejo de Estado inexistencia de medio probatorio alguno que permita corroborar que su trabajo debió ser ejecutado en la forma ordenada por los coordinadores de formación o por otro funcionario de la demandada; (v) advirtió que las actividades como rendir informes mensuales de la ejecución de contrato, pasar planillas o efectuar planeación académica del mes siguiente, no pueden considerarse, por sí mismas, como elementos de subordinación laboral, pues hacen parte de la ejecución y de las relaciones de coordinación, propias del contrato de prestación de servicios; y, (vi) extrañó en el expediente elementos probatorios que permitan confirmar que el demandante prestaba el servicio en las mismas condiciones de tiempo, modo y lugar que aquellos de planta de personal.

Como resultado de lo anterior, el juez de segunda instancia revocó la decisión del Tribunal Administrativo de Magdalena y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda.

Como se evidencia, el Consejo de Estado en un minucioso análisis de los medios probatorios concluyó que la demandante no tenía la razón en las pretensiones enervadas, luego es claro que los abogados y abogadas del ICBF, deben evaluar con sumo celo los medios probatorios que se pretendan hacer valer en el expediente por parte de los ex contristas, motivo por el cual se explicará en el líneas más adelante la forma de afrontar esta clase de procesos.

Dentro del análisis que se adelantó de las sentencias del Consejo de Estado, se consultó la sentencia del 25 de noviembre de 2004¹⁸, que resolvió un litigio promovido por la señora Carmen Lucia Niño Montañez contra el Departamento de Boyacá, en donde se solicitó la nulidad del acto ficto o presunto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías, prestaciones sociales e indemnización por la no afiliación al fondo de pensiones y cesantías, y la existencia de una relación laboral.

La demandante narró que con el indicado ente territorial suscribió sucesivos contratos como Profesional Universitario en la Unidad Departamental Especializada de Cofinanciación UDECO, prestando sus servicios bajo “[...] la continuada subordinación del Jefe de la UDECO, cumpliendo horario de trabajo señalado y realizando las mismas funciones que los funcionarios vinculados al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ” y que la “[...] función

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de noviembre de 2004, C.P. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, Radicado 15001-23-31-000-1998-0837-01(5415-02).

desempeñada como Profesional Universitario era de carácter permanente, actividad que lo tipifica como empleado público circunstancia que desvirtúa la vinculación mediante contrato de prestación de servicios”.

El Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda, pues no existió probatoriamente certeza que la demandante cumpliera las mismas funciones desempeñadas por los demás trabajadores de la entidad, [...] en especial el de la profesional universitaria relacionada por el demandante la cual según la misma se encontraba en carrera administrativa, hechos que no se demostraron, extrañando igualmente la copia del manual de funciones de la entidad”. Añadió que “[e]l horario laborado por la actora consistente en cuatro (4) horas en la mañana y cuatro (4) en la tarde como lo desempeñaba el resto del personal no es prueba suficiente para declarar la vinculación laboral con la entidad”.

Sin que se estableciera un problema jurídico a resolver, el Consejo de Estado dedujo, tras valorar los contratos y un testimonio vertido en el proceso, la prestación personal del servicio “[...] pero nada se observa respecto del pago pues no se verifican ni se presentan los recibos que señalan el monto y el efectivo pago [...]”.

Frente al cumplimiento de un horario por parte de la demandante, indicó que “[...] es de suyo un elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generales aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor”.

Concluye el alto tribunal que entre la demandante y la entidad demandada existió una actividad de coordinación, “[...] que no permite configurar la existencia de subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aún se encuentre probada la prestación personal del servicio”, además “[...] era necesario probar tanto la existencia de un horario como que el accionante demostrara por otros medios de prueba, en forma incontrovertible e inocultable, la circunstancia de especial dependencia de modo que no quedara duda acerca del desempeño del acto en las mismas condiciones que lo efectuaría un servidor público”.

Aunado a lo anterior, indicó que **no se probó** por parte de la actora lo siguiente:

- La subordinación.
- Las ordenes de carácter obligatorio que debía cumplir.
- Llamados de atención o que impusiera cierta orden que no fuera discutible.
- La imposición de metas o métodos de realizar sus actividades.
- Informes susceptibles de corrección.
- Informes a superiores.

Así las cosas, el juez de segunda instancia confirmó la sentencia del *a quo*, que a su turno había negado las pretensiones de la demanda.

En otra ocasión, el Consejo de Estado¹⁹ mediante sentencia del 28 de julio de 2005, resolvió el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 20 de mayo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Meta, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el oficio DRHDO-336 del 25 de abril de 2000 expedido por el Director de Recursos Humanos del Departamento del Meta.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, pues consideró que no se probó el rompimiento de la “[...] independencia y autonomía, u otros elementos esenciales para configurar la relación que evidentemente existió entre la parte actora y el ente demandado, que no fue otra diferente de un contrato de prestación de servicios que consecuentemente no genera las prestaciones a que aspira se le decreten en este fallo”.

El *ad quem* tras analizar las relaciones de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los contratistas de prestación de servicios, puso de presente a los funcionarios judiciales que en materia probatoria “[...] en estos casos no sólo es necesario el contrato pactado sino también las constancias de su ejecución y cumplimiento”.

Aseguró que en el proceso no se demostró (i) que en la planta de personal de la entidad demandada existiera un empleo de auxiliar de enfermería; y, (ii) que existiera una vacancia del empleo de auxiliar de enfermería.

Añadió que la “[...] la labor de 'auxiliar de enfermería', no es de la esencia de la función de la entidad administrativa del caso; la labor que atendía la parte actora bien podía ser prestada por particulares más cuando no comprende ejercicio de autoridad administrativa, ni existía el cargo. En aquellos casos en que se quiera destacar 'funciones' que pueden tener trascendencia para la decisión del caso, es necesario que éstas se agreguen al proceso. Y en la contratación de prestación de servicios realizada en el *sub-lite* no se probó que se hiciera con la finalidad de ocultar una relación laboral pública en la entidad”.

En el caso en estudio el alto tribunal concluyó lo siguiente:

- La determinación de la entidad demandada de ciertas labores a realizar en virtud del contrato, no conlleva automáticamente la subordinación, “[e]l contrato de prestación de servicios indudablemente que tiene un objeto; no es posible aceptar que se realice una contratación de esta naturaleza para que el contratista realice lo que quiera, cuando quiera y como quiera, sino que tiene que estar sometido a unas pautas mínimas y esenciales relacionadas con el objeto contratado; éstas últimas no desvirtúan la clase de contratación”.

- La parte interesada debe reclamar desde “[...] su inicio a la Administración el reconocimiento de su relación laboral administrativa para luego impetrar unas reclamaciones de este corte. No puede llegar en la demanda a reclamar presuntos derechos de orden laboral

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección “B”, sentencia del 28 de julio de 2005, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, Radicación 50001-23-31-000-2000-00262-01(5212-03).

administrativas (v. gr. Salarios y prestaciones sociales, etc.) si no se tiene una relación laboral pública o, por lo menos, desde la VÍA ADMINISTRATIVA (petición) se haya planteado su discusión, sin que sea viable solo venir a hacerlo en la VÍA JURISDICCIONAL porque en ese caso se impide a la administración su discusión y pronunciamiento oportuno, para aquí ejercer el 'control de legalidad' sobre el mismo y sus consecuencias (negación de los presuntos derechos derivados de dicho status)".

Bajo esos argumentos confirmó la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, en relación con la valoración de los testimonios y su contraste con otros medios probatorios, el Alto Tribunal de lo Contencioso se ha pronunciado sobre: *(i)* la valoración de testimonios que aducen, entre otras, el cumplimiento de horario de trabajo y la recepción de órdenes, y *(ii)* la importancia de contrastar tales testimonios con otros medios de prueba.

Otra oportunidad, mediante sentencia del 17 de octubre de 2017²⁰, el Consejo de Estado puntualizó la necesidad de que los testimonios provenientes de personas que hubiesen demandado por hechos similares a los expuestos por la parte demandante, sean apreciados con especial rigurosidad:

"[...] De otra parte, observa la Sala que a folios 282 al 303 del plenario reposan las declaraciones de los señores Ricardo José Corrales, Xiomara Airlen Ramírez Maestre y Jorge Fidel Navarro Becerra, personas que manifestaron haber demandado a la entidad por hechos similares a los expuestos por la actora.

Antes de solicitar la prueba, la parte habrá tenido en su esfera individual la posibilidad de analizar el beneficio que le puede traer la declaración del tercero frente a sus intereses. Así mismo, habrá tenido oportunidad de verificar la capacidad del testigo, para evitar que la jurisdicción se desgaste con la citación y comparecencia de personas que de antemano se sabe que tienen una inhabilidad absoluta para declarar.

Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad, es decir, la norma citada en precedencia no permite que de antemano y solo con la manifestación de tacha se descalifique el testigo y se impida la recepción de la declaración, sino todo lo contrario, una vez rendida la versión jurada deberá ser apreciada con mayor severidad de tal manera que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, por lo que, la regulación contenida en la disposición prenotada es la manifestación de las reglas de la sana crítica aplicada al ordenamiento procesal²¹.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 20001-23-31-000-2012-00218-01(2376-14)

²¹ En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencias C-790 de 2006 al referirse sobre los testigos sospechosos que eran regulados por los artículos 217 y 218 del derogado Código de Procedimiento Civil, señaló:

«(...) En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus

Conforme el precepto legal transcrito y de acuerdo a lo manifestado por los deponentes en las declaraciones rendidas, considera la Sala que existe un interés indirecto en las resultados del presente proceso por parte de los aludidos testigos.

De igual forma, sostuvieron los deponentes que la demandante cumplía horario de oficina; sin embargo, **no se establece** documental ni mediante las declaraciones rendidas **que la entidad contratante exigiera dicho cumplimiento de horario, ni que el mismo fuera impuesto por el SENA**, muy a pesar que por parte del declarante Ricardo José Corrales afirmara que existía evidencia sobre los llamados de atención por incumplimientos de horario, los cuales se hacían verbales y otras veces por escrito, prueba documental que no reposa en el proceso y con la cual, no es posible corroborar lo dicho por el testigo acerca de la exigibilidad en el cumplimiento de horarios”. (Subrayado fuera de texto).

En aquella oportunidad, el Alto Tribunal igualmente resaltó la insuficiencia de tales declaraciones para predicar la existencia de una relación laboral. Bajo esta misma línea argumentativa, el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de noviembre de 2018²², descartó unos testimonios que alegaban la presencia del elemento de subordinación, al advertir que los mismos no eran lo suficientemente contundentes. Manifestó el Consejo de Estado, lo siguiente:

“Para la Corporación, contrario a lo afirmado por el tribunal de primer grado los testigos no son lo suficientemente responsivos, precisos y coincidentes para, a través de ellos, encontrar plenamente demostrado el elemento configurativo de la relación laboral. Ello por cuanto, si bien ambos testigos manifestaron que el señor Wilson Fernando Ochoa Anicharico recibía órdenes e instrucciones por parte del secretario de hacienda municipal, no supieron dar cuenta de la forma en que estas eran impartidas al demandante, es decir, en qué consistían, cuándo se las daban (si eran diarias, semanales, ocasionales), cómo se las daban (por escrito a través de memorandos, oficios, circulares, o era de forma verbal) o las posibles consecuencias derivadas del incumplimiento.

antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, “...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha.”, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.

No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia.

En consecuencia, la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material. »

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de noviembre de 2018, C.P. William Hernández Gómez, Radicación 20001-23-39-000-2015-00038-01(2874-16)

Situación idéntica se presenta respecto al horario de trabajo, pues pese a las afirmaciones de los declarantes acerca del acatamiento de la jornada laboral determinada por la entidad para sus empleados, lo cierto es que en el expediente no obra un medio de convicción que permita, siquiera, encontrar probado que el señor Ochoa Anicharico estaba compelido a ejecutar su objeto contractual de lunes a viernes de 8 a.m. a 1 p.m. y de 3 p.m. a 6 p.m.

Por lo que, a juicio de esta Corporación, únicamente se puede inferir que el demandante desarrollaba su actividad en el mismo horario que correspondía a los empleados de planta del ente territorial, mas no se puede predicar que estuviese obligado a prestar sus servicios en las circunstancias manifestadas por los testigos.

De acuerdo con lo anterior, se estima que únicamente la prueba testimonial y las copias de los contratos de prestación de servicios, obrantes en el expediente, no permiten determinar fehacientemente la existencia de una relación laboral por ausencia de prueba del elemento de la subordinación y dependencia continuada, porque de estos medios de prueba no se logran obtener elementos de juicio suficientes que lleven a concluir que el demandante se encontraba efectivamente sometido a acatar las órdenes e instrucciones de un jefe o superior jerárquico o al deber de cumplir con un horario de trabajo designado por la entidad contratante". (Subrayado fuera de texto).

En reciente pronunciamiento la plurimencionada Alta Corte²³, indicó que los medios idóneos para probar una relación laboral eran los testimonios, los documentales y la inspección judicial, para lo cual se refirió a cada uno de ellos, así:

"Si el trabajador tiene que probar que existió una relación laboral con un empleador persona natural o jurídica lo puede hacer de las siguientes maneras:

- **Mediante testimonios:** Declaración bajo juramento de compañeros y/o ex compañeros de trabajo, de personas conocidas o testigos directos de los hechos, de personas o usuarios que frecuenten el establecimiento o centro de estudios, etc.
- **Prueba documental:** Si no existe o no se puede obtener la prueba reina, que es el contrato escrito o la orden de prestación de servicios, se puede recurrir a papeles o escritos, oficiales o no, como facturas o certificaciones, copias de consignaciones, memorandos o instrucciones escritas, fotografías, etc., que sirven para probar la existencia del contrato o del salario, también están los documentos de pago de nómina, constancias de pago a seguridad social como EPS, Pensión, ARP y parafiscales, algún memorando y constancias de consignaciones bancarias, etc.
- **Inspección Judicial:** El trabajador que demanda y solicita al Juez que realice una Inspección a las instalaciones de la empresa, sede oficial o lugar de cumplimiento de labores y revise libros contables, de nómina, el puesto de trabajo, etc. que permita encontrar información relacionada con los hechos descritos en la demanda". (Las negrillas son originales).

De conformidad con los fallos transcritos, es necesario analizar con especial rigurosidad los testimonios que son aportados al proceso y mediante los cuales se pretende acreditar

²³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 25 de abril de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Radicación 08001-23-33-000-2013-00685-01(2192-15).

la existencia de un contrato realidad, para lo cual, deben ser contrastados con otros medios de prueba. Asimismo, deben controvertirse especialmente aquellos testimonios que se limiten a describir de forma genérica los horarios, instrucciones y requerimientos que presuntamente recibe el contratista.

- **El contrato de prestación de servicios no se iguala con la situación legal y reglamentada de los empleados públicos.**

Para este punto de análisis se estudió las sentencias en los litigios en que se aclara que el contrato de prestación de servicios no se equiparan los contratos de prestación de servicios con los cargos públicos.

Es así como en providencia del 18 de noviembre de 2003²⁴, el Consejo de Estado conoció de la demanda promovida por María Zulia Ramírez contra la Dirección Seccional de Administración Judicial de Caldas, quien prestó sus servicios de mantenimiento y generales en inmuebles, de aseo, cafetería y a desarrollar otras actividades acordes con la naturaleza del contrato.

El Tribunal Administrativo de Caldas declaró la nulidad de los actos administrativos que negaron el pago de las prestaciones sociales reclamadas, y ordenó el pago de las prestaciones reclamadas.

Sin que se planteara los problemas jurídicos a resolver, el Consejo de Estado señaló que la demandante se vinculó a la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas a través de contratos de prestación de servicios, y que era patente que no resultaba contrario al ordenamiento el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de tales convenciones.

Que, tras el análisis de las versiones de los testimonios recaudados en el proceso, dieron cuenta de la actividad desplegada por la demandante y el cumplimiento de labores específicas, las cuales pueden materializarse a través de contratos de prestación de servicios, entre los cuales “[...] pueden figurar, entre otros, como lo ha señalado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, vigilancia y aseo (sent. 14 de noviembre/96 Exp. 12541)”; dicha circunstancia no configura un motivo falso que afecte los actos administrativos cuestionados.

Aseguró la Sala Plena que era “[...] inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2003, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Rad. 17001-23-31-000-1999-0039-01 (IJ).

desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada”.

Dicha afirmación tuvo como motivo que el contrato suscrito no tiene otro propósito que el desarrollo de labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, y que, si bien la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, ello obedece a la falta de personal de la entidad “[...] situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que debe 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. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

Indicó el Consejo de Estado que no es de recibo equiparar el contrato de prestación de servicios con la situación legal y reglamentaria de los empleados de planta de la entidad demandada, “[...] y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no se puede en ningún caso conferir 'el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, al alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, lo que a su vez presuponen la existencia de un determinada régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal' (sent C-555/94)”.

Reiteró en párrafos posteriores que “[...] se incurre en una confusión manifiesta al pretender el actor que de la existencia de un contrato de trabajo se desprenda una situación legal y reglamentaria, lo que resulta, a todas luces, un imposible jurídico, pues los empleos públicos son creados en ejercicio de una función reglada como corresponde en un estado de derecho como el colombiano [...]”.

Bajo esos argumentos el Consejo de Estado revocó la sentencia del *a quo* y, en consecuencia, se denegó las súplicas de la demanda.

Lo anterior, se fundamenta principalmente en que los contratos de prestación de servicios son una de las modalidades del contrato estatal, el cual tiene, entre otras características, que el contratista lo ejecuta con plena autonomía, se estipula el valor, forma de pago, plazo, causales de terminación y las condiciones generales y particulares en que se cumplirá el mismo.

Así, el Decreto Reglamentario 1084 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación”, en el artículo 2.4.3.2.5, indica:

“CELEBRACIÓN DE CONTRATOS. El ICBF, cuando las necesidades del servicio así lo demanden, podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Estos contratos se consideran como administrativos y deben contener, entre otras, las cláusulas que, sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas, la ley exige para los del Gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará mediante resolución motivada firmada por el director general, y de acuerdo con el procedimiento señalado en la Ley 80 de 1993, el Decreto 1510 de 2013, o la norma que lo modifique, adicione, sustituya o compile, y demás normas concordantes [...].

A su turno, el art. 2.4.3.2.7, del indicado decreto señala:

“CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON INSTITUCIONES DE UTILIDAD PÚBLICA O SOCIAL. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9 de la Ley 7 de 1979 con instituciones de utilidad pública o social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.

PARÁGRAFO. Cuando no se pueda celebrar contratos con instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral [...].”

Y el art. 2.4.3.2.11, indica: “Formalidades de los contratos. Todos los demás contratos que celebre el ICBF se someterán a las ritualidades, requisitos, formalidades y solemnidades que establece la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, su reglamentación y demás normas concordantes”.

Por otro lado, el art. 32 de la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, establece:

“DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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”.

El indicado plexo normativo es la fuente formal de los contratos suscritos por el ICBF y sus contratistas.

- **Presupuestos requeridos para acreditar la existencia de una relación laboral**

La Subsección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²⁵ al resolver un recurso de apelación promovido por Farley Emilio Mejía Jaramillo contra la sentencia del 8 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas; acción que fue interpuesta contra la Personería de Medellín y el Instituto Tecnológico Metropolitano,

El demandante prestó sus servicios personales como Auxiliar Administrativo de Atención al Público en la Personería de Medellín, a través de contratos de prestación de servicios, del 3 de marzo de 2008 al 31 de diciembre de 2011, en la Unidad Permanente para los Derechos Humanos, contratado por el Instituto Tecnológico Metropolitano.

Indicó que el señalado instituto actuó como un simple intermediario, y frente a la entidad pública demandada cumplió sus “funciones” bajo su subordinación, con cumplimiento de horarios y laboraba los días sábados, domingos y festivos, pues la unidad prestaba sus servicios las 24 horas del día, también le proporcionaban transporte para el cumplimiento de sus “funciones”, bajo la supervisión, dirección, control y vigilancia del Personero Delegado.

El Tribunal Administrativo de Antioquia en fallo del 8 de septiembre de 2016, negó las pretensiones incoadas, como quiera que no se logró probar el elemento denominado “dependencia” o “subordinación”. El *ad quem* aceptó que el demandante recibía algunas instrucciones del Personero Delegado relacionadas con la prestación del servicio, pero que las mismas se encontraban circunscritas a la coordinación de la prestación del servicio “[...] como la asignación de un lugar de trabajo, la entrega de chalecos y gorros de la entidad; que, además, hacían parte de las obligaciones que debía cumplir la entidad en ocasión al convenio interadministrativo firmado, en donde debía suministrar herramientas logísticas mínimas como lo fueron el puesto de trabajo, insumo de papelerías, computadores, escarapelas entre otras, para que el contratista prestara adecuadamente el servicio contratado”.

Agregó que la parte demandante enfiló sus esfuerzos a probar que en la planta de personal habida cargos con una denominación similar a la que se refiere el contrato de prestación de servicios, pero se omitió probar que las funciones desempeñadas fueran iguales o similares, circunstancia que no permitió aplicar los criterios de igualdad y funcionalidad para determinar la relación laboral.

²⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 21 de febrero de 2019. C. P. Dr. César Palomino Cortés. Exp. No. 05001-23-33-000-2013-01597-01 (5167-16).

En esta ocasión el Consejo de Estado plantea el siguiente problema jurídico: “En los términos de los recursos de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, le corresponde a la Subsección decidir si se configuró la existencia de una relación laboral entre Personería de Medellín o Instituto tecnológico Metropolitano y el demandante Farley Emilio Mejía Jaramillo y, si consecuencia del anterior pronunciamiento habría lugar al pago de las prestaciones sociales producto de la relación laboral”.

La Subsección “B” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, tras referirse al marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad (*obiter dicta*), analizó los medios probatorios allegados al expediente (convenios, contratos de prestación de servicios, cuentas de cobro, derechos de petición, etc.), para señalar que no cabe duda de la prestación personal del servicio por parte de la demandante y la remuneración como contraprestación de la labor ejecutada, la duda surgió en relación a la subordinación; para ello reiteró que la misma “[...] debe ser entendida como la facultad que tiene el empleador para dirigir la actividad contratada, emitir órdenes e instrucciones de obligatorio cumplimiento, imponer reglamento de trabajo y detentar la facultad disciplinaria sobre el trabajador, de forma permanente, esta facultad implica una superioridad jerárquica en el esquema organizacional de quien se atribuye esta facultad sobre el subordinado”.

Y que, muy por el contrario, la coordinación de actividades “[...] más que una facultad es una obligación que el estatuto de contratación estatal, por medio de las normas que lo rigen, impone a los entes públicos que desarrollen cualquier tipo de contratación con rubros oficiales, y que deben realizar para garantizar la correcta ejecución del objeto contractual. Dicha obligación incluye facultades de carácter administrativo, que implica coordinar algunas funciones, el establecimiento de horarios en la prestación del servicio contratado e incluso el suministro de algunos elementos, que identifiquen al contratista con la comunidad; empero, coordinar de ningún modo lleva implícita la superioridad jerárquica ínsita de la subordinación”.

Pero esta obligación, la coordinación, se encuentra revestida de una presunción que admite prueba en contrario y que debe la parte demandante debe desvirtuar.

Para el asunto bajo estudio, el alto tribunal señaló que no existió relación laboral en la medida en que (i) la ejecución de las funciones que debía cumplir el demandante no tenían vocación de permanencia, “[...] toda vez que dependían directamente de la prorroga que se realizara de sendos contratos interadministrativos pactados entre la secretaría de gobierno de Medellín y el Instituto Tecnológico Metropolitano, los cuales, como cualquier contrato, tiene un plazo definido en el tiempo (días, meses o años)”, y (ii) las funciones desempeñadas por el contratista “[...] no son inherentes al objeto social de una institución de educación superior como es el ITM, de tal forma que era imposible para ellos proporcionar personal idóneo de su planta de personal que permitiera desarrollar las obligaciones adquiridas en los contratos interadministrativo pactados con la Secretaría de Gobierno de Medellín, de tal suerte que esta situación justifica utilizar este tipo de contratos para prestar un servicio, según lo regula el artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.

Concluyó entonces el juez de segunda instancia que “[...] luego de revisado el caudal probatorio tal como lo advierte el Tribunal [...], no encuentra este colegiado ni documental ni testimonial suficiente que lleven a la convicción de que hubo una relación de subordinación entre el señor Farley Emilio Mejía y el ITM o la Personería de Medellín”.

En relación con los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral, citó la sentencia de 16 de julio de 2009, radicación 85001-23-31-000-2003-00478-01 (1258-07) y en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16²⁶.

Consecuente con lo anterior, la sala plena de misma alta corte en sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003²⁷, abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento *coordinación*. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento *subordinación*, aspecto trascendente que como se indicó, requiere ser acreditado plenamente.

Como se observa existe una línea muy delgada entre la coordinación de actividades y la subordinación, lo exige a los abogados de defensa judicial del ICBF, observar con gran detenimiento los medios probatorios allegados con la demanda.

- **El cumplimiento de horario, la prestación del servicio en las dependencias de la parte contratante, o el hecho de recibir instrucciones, por sí solas, no evidencian una relación de subordinación**

El Consejo de Estado ha resaltado que el cumplimiento de horario, la prestación del servicio en las instalaciones de la parte contratante o el hecho de recibir instrucciones, por sí solas, no evidencian una relación de subordinación, en tanto aquello se puede derivar válidamente de la relación de coordinación entre contratista y contratante. En

²⁶ En concordancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral en sentencia del 4 de mayo de 2001, radicado 15678, magistrado Ponente: José Roberto Herrera Vergara, señaló: “[...] la subordinación típica de la relación de trabajo no se configura automáticamente por el hecho de que desde el inicio o en un determinado momento del vínculo jurídico convengan los contratantes un horario de prestación de servicios y la realización de éstos dentro de las instalaciones del beneficiario de los mismos, puesto que si bien algunas veces ello puede ser indicio de subordinación laboral, tales estipulaciones no son exóticas ni extrañas a negocios jurídicos diferentes a los del trabajo, y en especial a ciertos contratos civiles de prestación de servicios o de obra en los que es razonable una previsión de esa naturaleza para el buen suceso de lo convenido, sin que por ello se despoje necesariamente el contratista de su independencia. Además, conviene reiterar que, en orden a esclarecer la subordinación, a menos que se pacte ella expresamente por las partes, es menester analizar el conjunto de factores determinantes del núcleo de la vinculación jurídica, y no aisladamente algunos de sus elementos, porque es precisamente ese contexto el que permite detectar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad sobre las formalidades”. Negrilla, cursiva y subrayas nuestro para destacar [...]”.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

sentencia que se analizó en líneas anteriores (25 de noviembre de 2004)²⁸, dicha corporación judicial indicó:

“De las pruebas referencia se puede deducir la prestación personal del servicio, pero nada se observa respecto del pago pues no se verifican ni se presentan los recibos que señalan el monto y el efectivo pago como el pago percibido por el mismo.

[...]

El cumplimiento de un horario es de suyo un elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor”. (Subrayado fuera de texto).

La anterior conclusión tuvo como estribo la sentencia del 18 de noviembre de 2003 (Rad. IJ-0039), en la que se concluyó 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. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

Siguiendo esta línea argumentativa, en sentencia del 22 de febrero de 2007²⁹, el Consejo de Estado señaló: “[...] se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera 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, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”.

Con posterioridad, el 12 de febrero de 2009, la Subsección “A” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo³⁰, resolvió la demanda propuesta por Yolanda Leonor Castiblanco García contra el Ministerio de Cultura en donde se buscaba la nulidad

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de noviembre de 2004, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, Radicado 15001-23-31-000-1998-0837-01(5415-02).

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 22 de febrero de 2007, C.P. Jaime Moreno García, Radicación 47001-23-31-000-1999-00248-01 (1837-04).

de los oficios que contiene la negativa de la solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales; en dicha ocasión la demandante señaló que fue vinculada a la entidad demandada mediante ordenes de servicios en labores de auxiliar de sistemas en forma personal, subordinada y que recibió una contraprestación que llamó “salario”.

El *a quo* -Tribunal Administrativo de Cundinamarca- se inhibió en el asunto puesto a su consideración, habida cuenta que la jurisdicción no era la competente para declarar la existencia de contratos laborales y porque no se demostró la ocurrencia del elemento de la subordinación.

El Consejo de Estado estableció como problema jurídico el siguiente: “[...] establecer si le asiste a la demandante el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión del vínculo que mantuvo con la Entidad demandada”.

Tras un trasegar sobre la jurisprudencia en torno a los contratos de prestación de servicios, la Corporación señaló que con base en las sentencias C-154 de 1997 y del 23 de junio de 2009 (Consejo de Estado), si el interesado logra “[...] demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C. P.)”.

Pero sobre el particular el Consejo de Estado fue contundente al afirmar que no necesariamente se configura el elemento de subordinación, cuando el contratista se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de las actividades encomendadas, “[...] lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de los superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados [...]”. Dicha afirmación fue respaldada, nuevamente, con la sentencia del 18 de noviembre de 2003 (Rad. IJ-0039)³¹.

Concluyó que “[...] para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales”.

Descendiendo al caso concreto la Corporación encontró que una vez analizados los contratos aportados al expediente, la demandante no tuvo un vínculo directo y permanente con el Ministerio de Cultura, todo lo contrario, se evidenció acuerdos de voluntades con la Organización de los Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura O.E.I.

El Consejo de Estado señaló que la demandante no probó la subordinación y reiteró que el hecho de cumplir un horario, per se no señala que haya existido el mismos.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2009, C.P. Alfonso Vargas Rincón, Radicación 25000-23-25-000-2000-05719-01(0133-07)

³¹ C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Así mismo, afirmó que la accionante no demostró: (i) la existencia de una planta de personal de la entidad demandada, de empleados públicos que realizaran las mismas labores desempeñadas por la demandante, y (ii) ni que existiera una persona respecto de la cual se encontrara subordinada y que le impartieran órdenes que debiera cumplir.

Bajo ese panorama confirmó la decisión del juez colegiado de primera instancia.

Subsecuentemente, la máxima corporación de cierre de la justicia contenciosa administrativa³² resolvió un litigio que se planteó entre el señor Wilson de Jesús Quintana Romero y el Municipio de Hispania (Antioquía); el actor afirmó que en diversos contratos se desempeñó como Monitor Deportivo, prestando sus servicios bajo órdenes establecidas por el Director Municipal de Recreación y Deportes del indicado municipio, con un cumplimiento de horarios, solicitud de permisos y que recibía una remuneración por la labor prestada.

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, cumplió con su cometido y profirió fallo el 7 de marzo de 2012, para lo cual denegó las pretensiones de la demanda, al concluir que no se probó la existencia de un horario de trabajo, ni se demostró subordinación, en la medida que la relación coordinada entre contratante y contratista era establecer una programación de actividades a desarrollar para el cumplimiento de ciertas labores.

Tras la apelación de la sentencia, el Consejo de Estado señaló que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el señor Wilson de Jesús Quintana Romero tiene derecho a que el Municipio de Hispania (Antioquia) le pague las prestaciones sociales que le adeuda como consecuencia del contrato realidad suscrito para el desempeño del cargo de Monitor Deportivo; o si por el contrario, los Contratos, u órdenes de prestación de servicios fueron celebrados conforme a la Ley 80 de 1993.

Una vez analizado los documentos allegados al expediente y un testimonio, la alta corporación concluyó que (i) no probó el demandante el cumplimiento de horario, “[...] pues si bien aportó copia del Decreto No. 060 de 29 de junio de 2002 expedido por el Alcalde del Municipio de Hispania por medio del cual se fijó la jornada laboral para empleados públicos al servicio del Municipio, lo cierto es que no allegó ninguna prueba en la cual demuestre que él se hubiere visto obligado a darle cumplimiento a dicha disposición”; y, (ii) no se acreditó que el contratista cumpliera sus actividades sin autonomía, ni independencia, “[...] pues él mismo elaboraba su cronograma de actividades y lo daba a conocer para dar cumplimiento al objeto contractual”.

Entonces, los anteriores pronunciamientos resultan relevantes, teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, la parte demandante fundamenta sus pretensiones en la mera existencia de un horario de trabajo, o en el hecho de que el contratista recibía instrucciones o desempeñaba sus tareas en las dependencias de la Entidad demandada.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 6 de mayo de 2015, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación 05001-23-31-000-2002-04865-01(1923-12).

En este sentido, es claro que el elemento de subordinación no puede derivarse de tales supuestos, sino que es necesario probar la existencia de funciones permanentes, bajo órdenes constantes y que correspondan a actividades desarrolladas por los servidores de planta de la respectiva entidad.

- **Diferencias entre la subordinación y las actividades de coordinación.**

Entorno a las actividades de coordinación, el Consejo de Estado³³ ha señalado que el contratista debe someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo del objeto del contrato, que en muchas ocasiones incluye el cumplimiento de un horario, o recibir una serie de instrucciones del supervisor, o generar informes sobre los resultados de sus obligaciones contractuales, entre otras actividades, generan, a la postre, la coordinación de actividades para la ejecución del contrato de prestación de servicios.

Tiempo después, dicha Corporación Judicial en providencia del 26 de abril de 2012³⁴ de nuevo aclaró que:

“[...] la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que 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.

[...]

Es decir, que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

[...]

Se reitera que el cumplimiento de turnos o la rendición de informes a un Coordinador de servicio en particular no conlleva subordinación, [...] en orden a atender las necesidades que tenga la institución, como condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada”.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 20 de septiembre de 2007, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación 25000-23-25-000-2000-01217-01(4107-04).

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de abril de 2012, C.P. ALFONSO VARGAS RINCON, Radicado 25000-23-25-000-2003-07984-01(0960-10).

Por esa misma postura jurisprudencial, en sentencia del 21 de febrero de 2019³⁵, el Consejo de Estado diferenció entre la figura de la subordinación y las actividades de coordinación, reiterando para esta última que supone una obligación legal a cargo de los entes públicos contratantes que incluye facultades de carácter administrativo tales como el establecimiento de horarios o el suministro de algunos elementos. Indicó dicha Corporación judicial:

“[...] es necesario reiterar que la subordinación debe ser entendida como la facultad que tiene el empleador para dirigir la actividad contratada, emitir órdenes e instrucciones de obligatorio cumplimiento, imponer reglamento de trabajo y detentar la facultad disciplinaria sobre el trabajador, de forma permanente, esta facultad implica una superioridad jerárquica en el esquema organizacional de quien se atribuye esta facultad sobre el subordinado.

Entre tanto, **la coordinación**, más que una facultad **es una obligación que el estatuto de contratación estatal**, por medio de las normas que lo rigen³⁶, **imponen a los entes públicos que desarrollen cualquier tipo de contratación con rubros oficiales**, y que deben realizar para garantizar la correcta ejecución del objeto contractual. Dicha obligación incluye facultades de carácter administrativo, que implica coordinar algunas funciones, **el establecimiento de horarios en la prestación del servicio contratado e incluso el suministro de algunos elementos**, que identifiquen al contratista con la comunidad; empero, coordinar de ningún modo lleva implícita la superioridad jerárquica ínsita de la subordinación”. (Subrayado y negrillas fuera de texto)³⁷.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de febrero de 2019, C.P. César Palomino Cortés, Radicación 05001-23-33-000-2013-01597-01(5167-16)

³⁶ **ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

2o. Contrato de Consultoría.

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión”. (Subrayado fuera de texto).

“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos”. (Subrayado fuera de texto).

³⁷ Esta posición ha sido reiterada por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “D” y “C” en los Expedientes radicados No. 2008-01040-01 y No. 2008-00085 en los cuales se afirmó lo siguiente:

“[...] En estos casos, en que el horario constituye un elemento necesario para el cumplimiento de la finalidad propuesta con la ejecución del objeto contractual, pues dicha actividad no se puede desarrollar de manera desorganizada, inconulta o aislada dentro de una institución de salud, o en horarios diferentes a los que establezca la entidad, ello en razón a la necesidad de racionalizar el recurso humano respecto de los

De lo expuesto se deduce 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

- **La necesidad de que el contratista desempeñe funciones propias del personal de planta, sin autonomía e independencia para que se constituya en el contrato realidad.**

El Consejo de Estado ha señalado enfáticamente que, para predicar la existencia de una relación laboral, debe probarse que el contratista desempeñaba funciones propias del personal de planta de la respectiva entidad y que las mismas se realizaban sin autonomía e independencia.

En sentencia del 6 de julio de 2011³⁸, el Alto Tribunal se pronunció al respecto y, además, destacó la necesidad de que el ejercicio de dichas labores no resultase indispensable en virtud de una relación de carácter contractual:

“En conclusión, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, **que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.**

[...]

Así las cosas, el plenario se aprecia desértico en cuanto a probanzas que pudieran demostrar los elementos constitutivos de una relación laboral como la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, por lo que no es dable inferir que en realidad sí existió una relación laboral.

Tampoco aportó **documento alguno a través del cual se le llamara la atención o se le impusiera cierto orden no susceptible de ser discutida; no se comprobó la obligación para el demandante de cumplir con ciertas metas u observar determinados métodos en la realización de sus labores;** mucho menos se allegaron los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad, de donde se pudieran inferir las funciones que debía desarrollar en virtud de su labor como Médico”. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

servicios asistenciales que se demanden. En tal sentido, entiende la sala, que para nada infiere en la autonomía del contratista, el establecimiento de turnos u horarios, pues, tratándose de personas que cumplen labores como profesionales de la salud en una institución hospitalaria, ello apenas resulta natural o inminente al desarrollo del objeto contractual [...].”

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 6 de julio de 2011, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación 50001-23-31-000-2007-10021-01(1450-10).

Vale advertir que, en esta providencia, el Consejo de Estado también se refirió a los medios de prueba que pueden servir para acreditar una relación laboral, tales como documentación relacionada con la imposición de órdenes y el cumplimiento de ciertas metas.

De otra parte, en sentencia del 5 de junio de 2014³⁹, el Alto Tribunal reiteró la necesidad del desempeño de funciones públicas, por parte del contratista, sin autonomía e independencia, para efectos de configurar un contrato realidad. Al respecto, manifestó:

“Echa de menos de la Sala la prueba idónea para demostrar que la actora **no tenía la posibilidad de actuar con independencia y que debía cumplir la intensidad horaria como los demás funcionarios de planta, o que solicitaba permiso para ausentarse del lugar de trabajo**, es decir, cumpliendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la prestación del servicio que le eran fijadas de antemano por la CRA.

[...]

Ahora bien, analizado el memorando al que se ha hecho alusión en la relación de pruebas, es evidente que el mismo sólo contiene un orden de carácter general dirigida a los funcionarios de la CRA, pero **en modo alguno se advierte del mismo que vaya dirigido a la actora, o en su defecto que se le hubiese notificado**, para poder inferir que se esperaba su cumplimiento por la señora TRINIDAD DE LA CRUZ CAMARGO.

[...] la demandante es contadora y ejerció labores de colaboración en el área de contaduría, por lo que es evidente que **el objeto de los contratos**, es decir, de prestar colaboración en el área de contabilidad **se trata de una tarea diversa al objeto de la Corporación**, por lo que le asistía a la demandante una carga probatoria más rigurosa para poder demostrar los elementos a que hicimos alusión en el acápite normativo y así desvirtuar el contrato de prestación de servicios.

No significa lo anterior, que solo pueden configurarse relaciones laborales frente a profesiones afines a los objetos de las entidades, sino que en el caso de profesiones diversas a estos, **debe ejercerse una actividad probatoria más rigurosa**, pues además de comprobar que se desarrollaron labores de carácter permanente, **debe confirmarse que se cumplieron funciones llamadas a ser desempeñadas por personal de planta, sin autonomía e independencia en su realización, es decir, que debía atenderse a instrucciones con total dependencia y subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios**”. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Con base en lo expuesto, es evidente que, para probar la existencia de una relación laboral no basta el desempeño de funciones a cargo de personal de planta, por parte del contratista, sino que se requiere que las mismas se desarrollen sin autonomía e independencia. Esto último resulta indispensable en tanto permite acreditar el elemento de subordinación.

³⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. No. 08001-23-31-000-1999-00379-01 (1562-13). Demandado: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible – Corporación Autónoma Regional de Atlántico.

- La ejecución de los contratos de prestación de servicios en circunstancias parecidas a las que existen frente a los empleados públicos no implica per se una relación de carácter laboral administrativa

En sentencia del 29 de septiembre de 2005⁴⁰, el Consejo de Estado resaltó que, el hecho de que los contratistas tengan una dedicación temporal para el cumplimiento del objeto contractual o que se repitan contratos de prestación de servicios con finalidad similar, o que se les suministre un local u oficina, no implica la existencia de una relación legal o reglamentaria. Al respecto, manifestó:

“El hecho que en el caso de la ejecución de los CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS se den algunas circunstancias parecidas a las que existen respecto de los empleados públicos no puede llevar a la conclusión que por ello se encubre una RELACION LABORAL ADMINISTRATIVA. (...) El hecho que el contratista tenga una dedicación temporal suficiente (prolongada) o que se repitan contratos de prestación de servicios con una finalidad similar, cuando no existe el empleo en la planta de personal, per-se no convierte dicha relación contractual administrativa en relación legal y reglamentaria del personal contratado, más cuando la labor encomendada no haga parte de la esencia del cometido de la entidad pública. (...) El suministro de local u oficina donde cumplir los servicios contratados por si solo no es elemento transformador del tipo de relación pactado”. (Subrayado y negrillas no son originales).

En similar sentido se pronunció el Alto Tribunal en sentencia del 11 de noviembre de 2010⁴¹, advirtiendo adicionalmente la necesidad de que la parte demandante demuestre su condición de empleado público o trabajador oficial, en virtud de la naturaleza de su vinculación con la respectiva entidad. Dijo el Consejo de Estado:

“Para poder demostrar la calidad de empleada pública era necesario establecer la naturaleza de la vinculación de la accionante con la Entidad, definiendo su condición, lo cual no ocurrió, porque el Juez de Primera Instancia se limitó a establecer las características de un contrato de trabajo, olvidándose que la demandante debía demostrar su condición de empleada pública.”

Si bien es cierto que la demandante desempeñaba sus funciones bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, también lo es que para entonces, la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro manejaba una demanda de usuarios que superaba la posibilidad de atención con el personal de planta dispuesto para atenderlos, ya que atendían pacientes del I.S.S. y del régimen subsidiado, haciendo necesaria la contratación de terceros que garantizaran la oportunidad y eficiencia en la atención de los pacientes.

De los Contratos Estatales celebrados entre la E.S.E. y la demandante solo hay una prueba de ellos dentro del expediente, que es la constancia de verificación de la información de la base de datos de la Oficina Nacional de Contratación de Servicios de Personal de 30 de abril de 2007, visible a folio 190 del plenario

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de septiembre de 2005, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01445-01(2990-05).

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 11 de noviembre de 2010, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación 50001-23-31-000-2005-10522-02(1093-10)

(sic), en el cual se observa que el término del contrato fue de cinco meses, evidenciando que la accionante fue contratada para desarrollar una actividad temporalmente.

La actora no ostentaba la calidad de trabajadora oficial ni de empleada pública, por lo que el A-Quo no podía reconocer las acreencias laborales solicitadas, ya que su vinculación fue como contratista independiente.

Tampoco es razón suficiente para declarar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, el hecho de que la accionante realizó actividades iguales o similares a las desarrolladas por el personal de planta, de suerte que lo único que esto evidencia es la necesidad del servicio ante la demanda de los usuarios, justificando de pleno derecho la contratación de personal”. (Subrayado fuera de texto).

Los anteriores pronunciamientos permiten evidenciar que, si bien en la práctica pueden presentarse casos en los cuales los contratistas desempeñen funciones similares e incluso iguales a las desarrolladas por el personal de planta, aquellas circunstancias no suponen por sí mismas, la existencia de un contrato realidad. Asimismo, resulta fundamental probar que las labores efectuadas se llevaron a cabo de manera permanente.

- **La prescripción de prestaciones sociales en el marco de controversias relacionadas con el contrato realidad. Sentencia de Unificación.**

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación el 25 de agosto de 2016⁴², en el cual desató el recurso de apelación contra la sentencia del 30 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, por medio de la cual negó las pretensiones deprecadas por la señora Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (D. Córdoba).

Las pretensiones, primordialmente, se fundamentaron en que el demandante prestó sus servicios al Municipio de Ciénaga de Oro por un lapso de 13 años y un mes, surgiendo con ello, en su sentir, una verdadera relación laboral, pues como docente desarrolló su actividad de tiempo completo en la escuela El Brujo bajo subordinación, en tanto que “[...] cumplía las órdenes del rector de dicha institución y el secretario de educación municipal en iguales condiciones que los demás profesores de planta (horario, reglamento escolar, preparación de clases y reuniones periódicas) pero bajo la figura del contrato estatal, para el empleador evitar el pago de prestaciones sociales y los aportes a seguridad social a su cargo”.

Para el 16 de octubre de 2012, la demandante solicitó el reconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales, suplicas que fueron denegadas por la entidad de mandada mediante sendos actos administrativos.

⁴² C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16. Demandado: Municipio de Oro (Córdoba).

Tras surtir las etapas procesales pertinentes, el Tribunal Administrativo de Córdoba, en sentencia del 30 de septiembre de 2014, negó las peticiones deprecadas, por cuanto a la demandante se le extinguió el derecho para reclamar los emolumentos, en atención a que “[...] el último contrato de prestación de servicios, para desempeñar la labor de maestro municipal, finalizó el 2 de enero de 1998 y la solicitud de reconocimiento de sus prestaciones la formuló el 16 de octubre de 2012, es decir, 14 años, 9 meses y 9 días siguientes al último día que estuvo vinculada”.

El Consejo de Estado, con estribo en el artículo 271 del CPACA, en concordancia con los artículos 13A y 14 del reglamento interno de la dicha Corporación, unificó la jurisprudencia en relación con los siguientes ítems: (i) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar; y, (ii) prescripción de los derechos laborales reclamados.

Para entrañar los temas indicados, el Consejo de Estado se planteó los siguientes nudos gordianos:

“[...] (i) si resulta procedente declarar la prescripción de la totalidad del derecho deprecado, pese a estar concernidos los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, y de no ser cierta dicha hipótesis, (ii) si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculada como docente - contratista, en aplicación del principio de 'primacía de la realidad sobre formalidades', o por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad territorial se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral”.

Para entrañar los anteriores interrogantes, el máximo órgano de la justicia contenciosa administrativa señaló que el fenómeno de la “prescripción del derecho” tiene como fuente formal los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, y que la definición es la señalada en la sentencia del 9 de mayo de 2013 (Exp. No. 08001-23-31-000-2011-00176-01 (1219-12)).

Dicha corporación señaló que, con estribo en la seguridad jurídica, el legislador estableció la denominada “prescripción extintiva” de los beneficios laborales mínimos, que a su turno son irrenunciables a voces del artículo 53 de la Constitución Política.

Como respaldo de lo anterior, citó los derechos establecidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-072/94, C-412/97, C-745/99 y C-916/10), para asegurar que “[...] el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que

podieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues *contrario sensu* resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado”.

El Consejo de Estado tras analizar las disimiles tesis de la Sección Segunda sobre en qué momento debe computarse el término prescriptivo, concluyó lo siguiente:

- No existe duda sobre el fundamento normativo de dicha figura jurídica (la prescripción) en los contratos realidad, esto es, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.
- Que, tras una interpretación sistemática de los indicados artículos, de cara con el artículo 12 del Convenio 95 de la OIT, señaló que los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador; luego es claro que puede reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo. Todo ello con estribo en los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.
- El demandante si pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y éste desborda los 3 años, constados a partir de la terminación de su vínculo contractual “[...] para reclamar los derechos en aplicación del principio de la ‘...*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*’ (artículo 53 constitucional) [...]”; es palpable que “[...] se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador”.
- En aquellos contratos de prestación de servicios, en que existió una interrupción entre uno y otro, debe analizarse la prescripción por parte del juzgador, de cara cada uno de ellos a partir de sus fechas de finalización, habida cuenta que “[...] uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio”.

Subsecuentemente, aclaró que “[...] que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales”; además está exceptuada de “[...] la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y

demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo”.

Corolario de todo lo anterior, también concluyó que no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial “[...] como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial”.

Bajo ese prisma, según el Consejo de Estado el juez (colegiado o no) podrá, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, analizar la prescripción en cada caso concreto, “[...] pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia”.

Con otras palabras, el juzgador deberá abordar el tema de la seguridad social, en especial la pensión, así el demandante no lo haya planteado en el escrito de la demanda, pues prima los postulados constitucionales (derecho a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad de a la seguridad social) y el principio de la *iura novit curia*. Afirmación que fue respaldada con las sentencias C-197/99 de la Corte Constitucional y 28 de mayo de 2015 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El máximo órgano de cierre la justicia contenciosa administrativa precisó que la imprescriptibilidad no opera “[...] frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador”.

En adición a lo anterior, el Consejo de Estado abordó *in extenso* (numeral 3.3.2) la “existencia de la relación de trabajo” con la administración (contrato realidad) en la labor docente; para ello (i) citó la fuente formal del contrato de prestación de servicios (art. 32, de la Ley 80 de 1993), (ii) definió con sus palabras dicha relación contractual, y (iii) transcribió apartes de la sentencia C-154 de 1997, mediante la cual estableció las

diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral.

Tras el análisis de lo anterior, la corporación concluyó que el contrato realidad aplica cuando:

- Se prueba en el proceso la continua prestación de servicios personales remunerados.
- Esa prestación de los servicios personales debe ser propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones con sus elementos de trabajo.
- La sujeción de órdenes y condiciones de desempeño debe desbordar las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

El Consejo de Estado recordó lo señalado en la sentencia del 4 de febrero de 2016⁴³, proveído que puntualizó lo siguiente:

- Definió el concepto de subordinación o dependencia, para señalar que “[...] es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo”.
- La parte actora debe demostrar la permanencia, esto es, “[...] que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral”.
- El reconocimiento de la relación laboral no equivale la calidad de empleado público.

Para el caso bajo examen, la corporación judicial enlistó las pruebas documentales que se hicieron valer en el proceso, lo que le permitió concluir que con base en las copias de los contratos de prestación de servicios y las certificaciones de tiempo de servicio, que **la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo cumplido**.

Recalcó el Consejo de Estado que, si bien la demandante no aportó prueba de los pagos recibidos, lo cierto es que la entidad demandada “[...] no lo discutió ni se opuso a ello, razón por la cual ha de entenderse que sí los efectuó, al cumplir sus obligaciones contractuales”.

⁴³ Sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

Adicionalmente, al abordar el elemento de la subordinación indicó que, no obstante, que la demandante se vinculó como docente mediante contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, es claro que “[...] la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba”.

En torno al *restablecimiento del derecho*, el Consejo de Estado aceptó los criterios jurisprudenciales discordantes frente a dicho tema, en lo que atañe “[...] a si el pago de las prestaciones que se reconocen como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que negó la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho o como reparación integral del daño”.

Tras una recopilación de las sentencias disímiles de la sección segunda, la alta corporación, concluyó lo siguiente:

- Que aunque la nulidad del acto administrativo tiene como consecuencia que el mismo desaparezca del mundo jurídico y que, por consiguiente, los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, ello no significa que se deba acceder por parte del juzgador a la condena de la entidad pública al pago de prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, “[...] dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo”.
- Que lo anterior no es “[...] óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA 'Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; **también podrá** solicitar que se le repare el daño', sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé”.

En la parte resolutorio de la sentencia se indicó, con total nitidez, la unificación en los siguientes términos:

	(i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones
--	---

Prescripción	<p>derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.</p>
	<p>(ii) el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión.</p>
	<p>(iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal.</p>
	<p>(iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control.</p>
	<p>(v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.</p>
	<p>(vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral.</p>
	<p>(vii) el juez contencioso administrativo se</p>

	debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión <i>extra petita</i> , sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.
Prestaciones sociales	<p>(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.</p> <p>(ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados, por las razones indicadas en la motivación.</p>

Esta sentencia de unificación merece especial consideración, por cuanto su desconocimiento constituye causal para interponer el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, de conformidad con los artículos 257 y siguientes de la Ley 1437 de 2011⁴⁴.

- **Criterio que unificaron las sentencias de la Corte Constitucional: Primacía de la Realidad sobre las Formas.**

En ejercicio de la acción de tutela, la señora Martha Patricia Martínez Pinzón invocó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y a la seguridad social, toda vez que las corporaciones demandadas (Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Sección Segunda del Consejo de Estado), no ordenaron el pago de la sanción moratoria por retardo en el pago de las prestaciones sociales, al declararse la nulidad de un acto administrativo que negaba la existencia de una relación, personal, permanente y subordinada entre la accionante y la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

Tanto la primera y segunda instancia consideraron que la accionante prestó sus servicios de manera personal y que el vínculo se llevó a cabo mediante la celebración de órdenes

⁴⁴ Para tal efecto, se socializa unos documentos respecto del contenido y alcance de este recurso junto con un modelo para su debida presentación.

de prestación de servicios que fueron suscritas de manera continua e ininterrumpida durante cinco años, un mes y nueve días (alterándose así la figura del contrato de prestación de servicios), las corporaciones también estimaron que no había lugar a la sanción moratoria alegada en tanto la sentencia tenía una naturaleza constitutiva, razón por la que a partir de ella nacían las prestaciones en cabeza de la actora.

Para la Corte Constitucional (SU-448 de 2016), se estableció como problema jurídico si las corporaciones accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por la accionante al negar la sanción moratoria solicitada, la Corte hizo un recuento de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, tanto los requisitos generales, como las causales específicas de procedencia.

Una vez hecha esta reiteración, la Sala Plena se refirió concretamente a los parámetros de la jurisprudencia constitucional respecto al tema de contrato realidad. Así, partió de la definición que da el artículo 1495 del Código Civil para afirmar que todo contrato es ley para las partes, y por tanto, al ser la esencia de los contratos de prestación de servicios *la autonomía e independencia del contratista*, se deben respetar estas condiciones mientras subsistan y no podrá regirse la relación por normas de carácter laboral.

Respecto a la legislación de los contratos de prestación de servicios, el artículo 32 de la ley 80 de 1993, señala que en ningún caso este acuerdo *genera relación laboral ni prestaciones sociales*, no obstante, en aras de evitar el abuso de esta figura el artículo 7 del Decreto 1950 de 1976 dispuso que “[...] en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto”.

Con posterioridad a este decreto, el Legislador expidió la ley 790 de 2002, en la cual prohibió “[...] celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”; y así mismo la Ley 734 de 2002, estableció en el artículo 48 como 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”.

Por tanto, la Corte concluye que el contrato de prestación de servicios surge cuando se garantiza la autonomía e independencia del contratista y adicionalmente cuando la planta de personal no es suficiente para cumplir los fines propios de la entidad; salvo cuando se requiera de conocimientos especializados. De ahí que sin estas características el contrato de prestación de servicios pierde su esencia y deja de ser un contrato.

Ahora bien, la Corte se remitió al artículo 53 de la Carta Política toda vez que este es fundamento del principio de primacía de realidad sobre las formas, y así reiteró que este mandato constitucional es el que da origen al contrato realidad, porque de este enunciado *se prescriben los principios mínimos que deben regir el estatuto del trabajo*, que para la configuración de un contrato de trabajo se traducen en lo recopilado por el Código Sustantivo del trabajo, específicamente en sus artículos 23 y 24.

Teniendo en cuenta que la *prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia* son los tres elementos que consagra la norma, la corporación enfatizó que *al probarse la existencia de los mismos en un contrato de prestación de servicios se convierte en realidad la presunción legal de la relación de trabajo del contratista como si se tratara de un servidor público y/o trabajador, dependiendo de la calidad del empleador*. Por otra parte, el alto Tribunal manifestó que desde sus inicios ha otorgado a la prueba de subordinación o dependencia *el poder de demostrar la existencia de una relación laboral sin desconocer que los otros elementos - actividad personal y remuneración - se presumen a simple vista en el contrato de prestación de servicios, no obstante, la subordinación no puede confundirse con la coordinación de las actividades del contrato*⁴⁵.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de delimitar los requisitos para que se configure una relación laboral, advirtiendo que, la realidad debe primar sobre el contrato que se haya suscrito y es por eso que *lo que en realidad debe tenerse en cuenta es la relación efectiva que existe entre trabajador y empleado, y no lo que se encuentre consignado en un contrato, pues lo escrito, puede en ocasiones resultar contrario a la realidad. De esta manera, un contrato llamado de prestación de servicios puede esconder una verdadera relación laboral*.

De ahí que este principio se haya fortalecido, a tal punto de admitirse la **prueba indiciaria** para efectos de demostrar la existencia de un contrato de trabajo. Esta posibilidad la trajo consigo la sentencia T- 501 de 2004⁴⁶, que manifestó lo siguiente:

⁴⁵ La sentencia estudiada indica que respecto a la coordinación de las actividades del contrato, es menester referirse a la sentencia C- 154 de 1997 (M.P: Hernando Herrera Vergara), la cual expresó lo siguiente: “En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.

⁴⁶ M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

“[...] Para tal efecto, se expone que se deben establecer los supuestos fácticos de cada caso concreto para lo cual es necesario acudir a indicios, con base en el contrato realidad, que permitieren inferir la estructuración de una relación laboral”.

Aterrizando las consideraciones al caso concreto, la Corte Concluyó que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la accionante, atendiendo a una última consideración, que consiste en lo siguiente:

“[...] es importante precisar que al convertirse el contrato de prestación de servicios en un contrato realidad, ello no implica que se constituya un vínculo legal y reglamentario entre las partes porque no se dan los presupuestos del acto de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, y por ende, tampoco provoca el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir”.

Con posterioridad, la Corte constitucional, nuevamente, profiere otra sentencia de unificación (SU-040 de 2018).

En uso de la acción de tutela, la ciudadana María Eugenia Layton invocó el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, a la dignidad humana, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social toda vez que el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá (en liquidación), le dio por terminado su contrato de trabajo sin tener en cuenta su condición de debilidad manifiesta por padecer “Poli neuropatía diabética funcional para la marcha- trastorno depresivo entre otras”.

El argumento de la entidad radica en que el despido no se dio con ocasión a sus patologías sino por la naturaleza del contrato, toda vez que se trataba de una prestación de servicios y se cumplió el plazo pactado, razón por la que tampoco se hizo pago de la indemnización de 180 días, ya que por la naturaleza del contrato que se celebró con la accionante no había lugar a ello. No obstante, la accionante afirma la existencia de un contrato de trabajo, en razón a que debía cumplir jornadas laborales y estaba subordinada por parte de su empleador.

Este caso se conoció en un primer momento en el año 2016, y producto de su estudio se profirió la sentencia T-723 del año en mención, sin embargo, esta decisión fue declarada nula en tanto la sentencia cuestionada, imparte órdenes a la Alcaldía Mayor de Bogotá, sin haber sido vinculada al proceso y sin que la entidad tuviera la oportunidad procesal para intervenir en su defensa.

La Corte Constitucional, tras de hacer un análisis sobre la estabilidad laboral reforzada, la Sala Plena se refirió sobre la protección de derechos laborales a manera de reiteración jurisprudencial, y afirmó que en diversas ocasiones la Corporación *ha protegido relaciones que involucran derechos constitucionales laborales, ya sea en relaciones*

formales o informales. Ha tutelado derechos en contratos laborales formalmente reconocidos o en “contratos realidad”. Sobre este último punto, precisó que al tenerse una noción abierta del concepto de trabajo, son múltiples los escenarios en los cuales se puede constituir un contrato de trabajo en los términos de la ley laboral. Ello obedece al análisis del sustento fáctico en comparación con los elementos que configuran esta figura del derecho.

De esta manera, recordó previas decisiones en las cuales se establecieron las circunstancias en las cuales se está en presencia de un contrato realidad, especialmente la sentencia T- 903 de 2010⁴⁷, que en términos generales afirma lo siguiente:

“[...] la Corte Constitucional concluyó que en el caso analizado se configuraron los presupuestos jurídicos de un contrato realidad y que el comportamiento de la administración reñía “de manera meridiana con los postulados constitucionales que rigen el derecho al trabajo” tales como los artículos 1, 13, 25 y 48 de la Carta Política. La Sala de Revisión concedió el amparo de los derechos por considerar que “si se contrastan estos presupuestos jurídicos con los elementos del caso se deduce que, el tipo de vinculación del señor Gilmer Sierra con la Institución, no era acorde a la naturaleza del contrato de prestación de servicios. En efecto, para realizar las funciones de vigilancia, aseo y mantenimiento que se han desarrollado a lo largo de la relación no se exigió la experiencia, capacitación y formación profesional propia del contrato de prestación de servicios. El señor Sierra no contaba con autonomía ni independencia para el desarrollo de las funciones porque tenía un horario específico para ejercer la vigilancia, que era los fines de semana y los días festivos, y de igual forma, estaba sujeto a las órdenes de los directivos de la institución en relación con los oficios varios que desempeñaba. Los múltiples contratos de prestación de servicios suscritos durante cerca de 8 años son la prueba fehaciente de que, en lugar de tener una relación limitada en el tiempo, era una relación laboral a término indefinido con obligaciones claramente estipuladas, por esto, es claro que el requisito de la temporalidad tampoco se cumplió. En fin, la naturaleza del cargo que desempeñaba el señor Gilmer Sierra dificultaba que su contratación fuera por medio de un contrato de prestación de servicios”. (Subraya fuera del texto).

Adicionalmente, la Corte resaltó que la Administración Pública, ha utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para enmascarar contratos de trabajo y así evadir el pago de prestaciones sociales, razón por la que de acuerdo con el artículo 53 superior, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y el Estado. La Corte Concluyó que esta teoría se aplica *en aquellos casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, actuación que implica desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral.* Es por eso que el juez en cada caso concreto será el encargado de verificar que se configuren los elementos que consagra el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2010. M.P: Juan Carlos Henao Pérez.

En ese orden de ideas, la Corte concluyó en este caso que había lugar a amparar parcialmente los derechos fundamentales de la accionante, en la medida que la accionante tenía certeza de que había sido contratada bajo una política pública de inclusión específica y en virtud de su condición de discapacidad, contrato que tenía una vigencia por lo que no se podía considerar que la terminación de este fuese en razón a su condición.

Con todo, se determinó que el amparo sería parcial toda vez que la relación laboral de la accionante con la entidad si configuró los elementos necesarios para estar en presencia de un contrato realidad, razón por la que se ordenó a la entidad accionada hacer el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir.

IV. Guía de Defensa Judicial frente a las demandas que deprecian contrato realidad.

El demandante o ex contratista, inicia su intención de accionar contra el ICBF cuando eleva el derecho de petición que busca el reconocimiento del pago de las prestaciones sociales en virtud de una configuración aparente de un contrato realidad que, a la postre, se desprende de la ejecución del contrato de prestación de servicios.

Una vez la administración ofrece una respuesta, que generalmente se niega las solicitudes, se genera un acto administrativo que le permite al ex contratista atacarlo por vía judicial -el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho-, una vez haya agotado el requisito de procedibilidad, esto es, la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General (art. 161 CPACA), no obstante, se hace necesario tener en cuenta la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, proferida por el Consejo de Estado.

Para una mayor comprensión del presente acápite, se dividirá según la etapa procesal, así:

- **Entre la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial (fase escrita y oral).**

Tras la admisión de la demanda y una vez notificada la entidad del proveído, el apoderado o la apoderada de la entidad debe evaluar de manera celosa los presupuestos de la acción, para ello se determina los siguientes derroteros:

(i) Si el demandante tiene la capacidad jurídica y procesal para actuar en el litigio - arts. 159 y 160 del CPACA-.

(ii) Si ha operado el fenómeno procesal de la caducidad del medio de control -art. 164 del CPACA-. En este punto se necesario que se haga el cómputo de los tiempos entre la notificación del acto administrativo, la radicación de la solicitud de conciliación ante la

procuraduría y la interposición de la demanda ante la oficina de reparto de la dirección ejecutiva de la rama judicial; análisis que también deberá reflejarse en la ficha técnica de conciliación que deberá presentarse ante el Comité de Defensa Judicial y Conciliación en el formato E-kogui. No obstante, debe tenerse en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, pues es claro que no en todos los casos surge la indicada institución procesal.

(iii) Aunado a lo anterior, también se requiere que el apoderado o la apoderada de la entidad tenga en cuenta el plexo normativo que ha expedido el Estado, para afrontar la pandemia (COVID-19), esto es, los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSCJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526 y PCSJA20-11527 del 2020, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura; el Decreto Legislativo 491 de 2020, proferido por el Gobierno Nacional; y, la Circular Externa No. 1 de 2020 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

(iv) Se debe verificar que haya concluido el procedimiento administrativo por parte del demandante, es decir, el acto administrativo debe haber cobrado firmeza -art. 87 del CPACA-. Normalmente en los casos del contrato realidad, la entidad simplemente ofrece una respuesta a la petición elevada por el ex contratista y no se indica que contra la decisión exista recursos.

(v) Se hace necesario que se confirme si ha operado el fenómeno del silencio negativo de cara a los recursos interpuestos contra la decisión o frente a la petición inicial -arts. 86 y 83 del CPACA-.

Ahora bien, frente a la calificación de la demanda por parte del director proceso -juez o magistrado-, el apoderado del ICBF debe examinar con precisión lo siguiente:

(i) La competencia del juzgado o tribunal ante quien se interpuso la demanda (arts. 149 a 158 del CPACA).

(ii) Que la persona demandada tenga la capacidad jurídica y procesal para comparecer al litigio (art. 159 del CPACA, en concordancia con los arts. 99 y 103 de la Ley 270 de 1996).

(iii) Que la demanda cumpla con los requisitos establecidos en los arts. 162 y 163 del CPACA.

(vi) Que el demandante se haya agotado el requisito de procedibilidad establecido en el art. 161 del CPACA. Sobre este particular, es de aclarar que se debe analizar cada caso a la luz de la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, pues es claro que, no en todos los casos, surge la indicada institución procesal.

(vii) Se debe verificar el derecho de postulación del apoderado del demandante -art. 160 del CPACA-.

Es de recordar, por su valía, que la contestación de la demanda es el acto procesal por medio del cual, el ICBF ejerce su derecho a la defensa, se pronuncia sobre los hechos y las pretensiones de la demanda, así como la exposición de su contra-argumentación y las excepciones.

Consecuente con lo anterior, es imperioso el estudio del abanico de herramientas de defensa que tiene los abogados del ICBF, así:

- **Recurso de reposición** contra el auto admisorio de la demanda (art. 242 CPACA). En muchas ocasiones este proveído tiene yerros que puede ser atacados mediante este recurso ordinario.

Los despachos judiciales analizan los requisitos de la demanda, la caducidad, la legitimación en la causa de las partes, el requisito de procedibilidad, la competencia y la cuantía, en otros aspectos; luego es claro que se constituiría en una primera oportunidad para cuestionar dichos aspectos y, que a su turno, con la interposición del recursos se interrumpiría el término de contestación de la demanda conforme lo establece el art. 118 del CGP, norma aplicable por remisión directa del art. 306 del CPACA.

Sin embargo, el apoderado o la apoderada del ICBF, no puede tener por sentado que el término de traslado para la contestación de la demanda se interrumpa con la interposición del recurso de reposición, habida cuenta que se ha convertido un tema de criterio jurídico de cada despacho judicial.

Así mismo, si no se interpuso el mentado recurso, el incumplimiento de tales requisitos es viable plantearlo en la audiencia inicial, dado que el juez o magistrado debe adoptar las medidas de saneamiento sobre los vicios que se hayan presentado en el proceso -núm. 5º del art. 180 del CPACA-.

- **El escrito de la contestación de la demanda.** Corresponde a una de las actividades basilares para la defensa del ICBF, en donde es posible proponer las excepciones (previas y de fondo), solicitar pruebas, llamar en garantía, y si es pertinente, promover la demanda de reconvencción.

Para la presentación del escrito de contestación de la demanda, se establece los siguientes lineamientos que debe seguir los apoderados del ICBF, así:

- (i) Registrar el escrito de la demanda en el sistema e-KOGUI y todas actuaciones del proceso que exija la Agencia de Defensa Jurídica del Estado -art. 2.2.3.4.1.9 del Decreto 1069 de 2015-.
- (ii) Abrir una carpeta física del expediente judicial para el archivo de la oficina que adelante la defensa judicial del ICBF.
- (iii) El escrito de contestación de la demanda debe contener los requisitos establecidos en el art. 175 del CPACA.
- (iv) Debe contener la altura jurídica que merece en todos los casos (complejos o no) y evitar a toda costa argumentos de defensa que no tenga concordancia o simetría con el asunto planteado en la litis, v. gr., se recomienda no trabajar sobre “formatos”, revisar el documento para evitar gazapos y errores de ortografía, citar con precisión, etc. Lo anterior hace parte, inexorablemente, al deber que tiene todos los abogados de “[a]tender con celosa diligencia sus encargos profesionales [...]” -núm. 10º del art. 28 de la Ley 1123 de 2007-.
- (v) Se debe ponerse de presente al funcionario judicial a quien corresponda el conocimiento de la respectiva acción, que conforme lo ha establecido el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de fecha 23 de agosto de 2018, Consejero Ponente William Hernández Gómez, radicación No. 08001-23-33-000-2012-00401-01 (4363-14), **“La carga de demostrar que una relación laboral se escondió a través de contratos de prestación de servicios corresponde a la parte demandante”**. Es decir, corresponde al titular del medio de control demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral.
- (vi) El apoderado debe tener muy presente lo establecido en el numeral 2º del artículo 175 del CPACA, esto es, “[...] un pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos de la demanda”; luego es claro que una vez el proceso es asignado por el coordinador jurídico de la regional o el líder del grupo de defensa o el supervisor del contrato o jefe inmediato, el apoderado o la apoderada del ICBF debe de manera inmediata oficialiar a través de correo electrónico o por el sistema Orfeo al área o dirección que se encuentre involucrado en los hechos y pretensiones de la demanda, para que se genere un concepto técnico, que normalmente para los casos que hacen relación al contrato realidad es la oficina que profirió el acto administrativo o la respuesta a la solicitud de reconocimiento de prestaciones laborales elevado por el ex contratista (hoy demandante).
- (vii) Si el caso lo amerita, por su complejidad o por ser un tema difícil, se deberá adelantar mesas de trabajo con el área involucrada para planificar la estrategia de defensa de la entidad y solicitar apoyo de la Oficina Asesora Jurídica de la Sede Nacional, para ello lo mejor es crear un cronograma de actividades dentro del término para

contestar la demanda, de modo que disponga del escrito de contestación junto con los demás acápites (excepciones previas y de fondo, oposición a los medios de prueba, solicitud de pruebas, dictámenes periciales, etc.), por lo menos ocho (8) días antes del vencimiento del término, para una nueva revisión y autocritica del escrito.

(viii) Es de advertir, por su valía, que los informes técnicos son documentos base para el pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, y las excepciones que se propongan, pero de manera alguna deben utilizarse para traspolar lo allí manifestado al documento de la contestación, sin que tenga coherencia y pertinencia frente a lo planteado en la demanda.

(ix) Se debe adelantar un mapeo de las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo del Distrito Judicial donde se adelanta la litis, con fin de tener total claridad sobre la postura de los jueces de segunda instancia frente los distintos matices que rodean el denominado “contrato realidad”, y si existe decisiones favorables para el ICBF, deben ser citarlos como una postura jurídica favorable a nuestros intereses. Para ello es aconsejable recurrir a las relatorías de dichos estrados judiciales o consultar la página web de la Rama Judicial (www.ramajudicial.gov.co), en la barra “Consultas Frecuentes” se encuentra un espacio denominado “Consulta de Jurisprudencia – Tribunales”, seleccionan “Tribunales administrativos” y los remiten al buscador de la relatoría.

(x) Una vez contestada la demanda, el apoderado o la apoderada del ICBF debe elaborar la ficha técnica de conciliación conforme lo establece el art. 2.2.3.4.1.9 del Decreto 1069 de 2015 y en los términos de la Resolución 785 de 2016; ello para evitar la remisión del dicho documento cuando la fecha de la audiencia inicial se encuentra cercana, lo que permitiría que el abogado de la Sede Nacional estudie el tema con el debido tiempo para ser expuesto ante el Comité de Defensa Judicial y Conciliación, lo que a la postre, redundaría en la eficiencia de la regional y sus indicadores.

- **Las excepciones previas** constituyen hechos que por lo general implican defectos de linaje procesal, las cuales son resueltas en la audiencia inicial (núm. 6º del art. 180 del CPACA).

Las excepciones previas se encuentran enunciadas en el artículo 100 del CGP⁴⁸, las cuales deben ser analizadas de cara a la demanda interpuesta por el ex contratista, ello sin perder de vista que se puede alegar *cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva*, conforme lo establece el numeral 6° del artículo 180 del CPACA.

El apoderado o la apoderada del ICBF, debe proponer las excepciones previas **que considere fundamentadas y viables en cada caso**. Lo trascendental de dicha figura procesal es que el juez o el magistrado puedan dar por terminado el proceso anticipadamente en la audiencia inicial, éxito procesal que sería de suma importancia para el ICBF.

- El **incidente de nulidad** tiene su fuente formal en los artículos 207 a 209 del CPACA, en concordancia con el artículo 133 del CGP, aunque el juez debe ejercer un control de legalidad agotada cada una de las etapas del proceso, el apoderado de la representación judicial del ICBF, también debe ejercer ese control mediante una interpretación sistemática de las indicadas normas procesales.
- **Excepciones de fondo.** Es la institución procesal que por excelencia habilita al ICBF para oponerse a la acción promovida por el ex contratista, pero es de aclarar -en tanto que es un error muy recurrente- que se evite entremezclar *los argumentos de defensa con la afirmación de hechos distintos* tendientes demoler las pretensiones del demandante -esto último son las excepciones de fondo-⁴⁹.

Frente a esta institución del derecho procesal, es de verse que es la medula espinal de la debida defensa judicial de la entidad, en la medida de que constituye la principal herramienta para refutar las pretensiones de la demanda, que en el presente caso

⁴⁸ Dicha norma procesal establece las siguientes excepciones previas: 1. Falta de jurisdicción o de competencia; 2. Compromiso o cláusula compromisoria; 3. Inexistencia del demandante o del demandado; 4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado; 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones; 6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar; 7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde; 8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto; 9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios; 10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar; y, 11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.

⁴⁹ Sobre el particular, calificada doctrina ha puntualizado que “[c]uando el demandado se contenta con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda, o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión, pero no existe excepción, sino una simple defensa. Sin embargo cuando el demandado afirma la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzca a la desestimación de las pretensiones; en estos casos se dice que propone o formula excepciones”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, Teoría General del Proceso, duodécimo edición, Biblioteca jurídica Diké, págs. 236 y ss.

consiste en la demostración de la *inexistencia de la relación laboral*, mediante el ataque de los elementos que la constituyen, esto es, la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración, con respaldo de la jurisprudencia que en líneas anteriores se resaltó.

A modo de sugerencia y en atención al estudio en cada caso, el apoderado puede excepcionar la *inexistencia de los elementos del contrato de trabajo*, para ello se requiere que el apoderado de la entidad ejerza una fuerte actividad probatoria para atacar el principal elemento, cual es, la subordinación.

También es posible alegar *el cobro de lo no debido*, pues al no existir un contrato laboral es palpable que no le asiste al ICBF reconocer acreencias laborales, ello de la mano con la excepción anterior.

Como consecuencia de las anteriores excepciones, es viable alegar la *falta de legitimación en la causa por pasiva*, porque el demandante (ex contratista) no ostenta la calidad de empleado público o de trabajador oficial, y aunque haya prestado sus servicios profesionales de manera personal al ICBF, tal circunstancia se desarrolló en cumplimiento del objeto contractual a través de los contrato de prestación de servicios, luego ello no significa que se cumpla los presupuesto legales para ser tenidos como tal.

En abrigo de esa misma postura es conveniente excepcionar la *inexistencia de la obligación* como complemento de los fundamentos de la inexistencia del vínculo laboral entre el ICBF y el ex contratista (hoy demandante); en esa medida no es legalmente factible el surgimiento de obligaciones de carácter laboral a cargo de la entidad.

Adicionalmente, cabría la posibilidad de alegar *la falta de legitimación en la causa por pasiva*, toda vez que el ICBF no está llamado a responder por la prestaciones laborales alegadas dado que las normas de linaje legales y constitucionales, y los derroteros jurisprudenciales no lo permiten, al no existir una relación contractual por lo tanto estamos legitimados a responder dentro de la Litis.

Como requisito *sine qua no*, el apoderado o la apoderada del ICBF debe alegar la *Prescripción de los derechos laborales*, ello no implica la aceptación de los fundamentos facticos esgrimidos en la demanda, pero en gracia de discusión y que el despacho (juez o magistrado) acepte o acceda a la pretensiones de la demanda, se hace necesario proponerla. Sin embargo, no se debe perder de vista los derroteros establecidos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 y que ampliamente ya analizamos.

Así las cosas, es imperiosa la pulcritud del escrito que se presente ante los estrados judiciales, el cual debe ser claro, concreto y contundente, para ello se aconseja que el

apoderado o apoderada de defensa judicial del ICBF, se apoye en los cursos que dictan la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través de la Comunidad Jurídica del Conocimiento. A esta plataforma pueden ingresar los apoderados eKOGUI con su usuario y contraseña, encontrando 18 cursos que les puede servir de estribo para la redacción del escrito de las excepciones de fondo, en especial *Escritura Jurídica*, *Pensamiento estratégico*, *Mi primer mes como defensor* y *¿Cómo afrontar con éxito el desafío de tu primera audiencia?*

- **Contradicción de la prueba y solicitud de medios probatorios.** Con la contestación de la demanda, se encuentra implícito la necesidad de ejercer el derecho a la contradicción de los medios probatorios allegados con la demanda (num. 4º y 5º del art. 175 del CPACA).

Además de esa primera oportunidad procesal, el artículo 212 ibídem establece las oportunidades probatorias para aportar o solicitar la práctica de pruebas en primera instancia, esto es, como ya se dijo, (i) en la demanda y su contestación; (ii) la reforma de la demanda y su respuesta; (iii) la demanda de reconvenición y su contestación; (iv) las excepciones y la oposición a las mismas; y, (v) los incidentes y su respuesta.

Ahora bien, frente a los litigios que se presentan contra el ICBF en relación con el contrato realidad que alegan los ex contratistas, se recomienda lo siguiente:

- Se debe pedir el interrogatorio de la parte demandante, en procura de obtener confesión de dicho extremo sobre la no existencia del requisito de subordinación o dependencia en que se fundan las pretensiones invocadas; contrario a ello, que la relación entre dicho extremo y el ICBF estuvo regida por un contrato de prestación de servicios, como se desprende de la documental que se aporta en la demanda. Dicho medio probatorio es fundamental en la etapa probatoria a fin de desvirtuar la subordinación (art. 191 del CGP).
- Solicitar el testimonio del supervisor, líder o coordinador de los contratos, a efectos de reforzar el punto de coordinación de actividades para el desarrollo de las labores encomendadas, lo que atenúa significativamente el requisito de subordinación o dependencia, e informar que el demandante, prestaba sus servicios con plena autonomía (art. 208 del CGP).
- Aportar las certificaciones al operador por medio del cual la actora (ex contratista) realizaba sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión - aportes en línea, mi planilla, SOI, entre otros entes- sobre el valor del IBL (Ingreso Base de Liquidación) sobre el cual cotizó la demandante para pensión y seguridad social

durante el período en que aquel tuvo contratos de prestación de servicios con el ICBF, para verificar si además de cotizar como independiente, cotizaba también con otras empresas, o con otros contratantes, o mediante otros contratos además del ICBF, a propósito de eclipsar el tema de la subordinación y dependencia (art. 243 del CGP).

- Allegar los informes rendidos por la demandante para tramitar las cuentas de cobro, a efectos de establecer que las actividades realizadas estaban directamente relacionadas con los contratos de prestación de servicios que se demandan y se encaminaban a presentar el producto relacionado con la actividad (art. 243 del CGP).

- Verificar la viabilidad de tachar de falsos los testimonios solicitados a instancias de la parte demandante, cuando aquellos refieran a otros contratantes que obren como demandantes en otros asuntos de este mismo linaje o los que potencialmente puedan llegar a serlo, o cualquier otra particularidad del testigo que pueda atentar directamente con la imparcialidad de sus dichos, lo anterior con el fin de desvirtuar testigos sospechosos y evitar que se coadyuven entre ellos a rendir versiones sin credibilidad (art. 211 de CGP). Para acreditar este medio de defensa, lo ideal es allegar al despacho los autos admisorios de las demandas en las que los testigos sospechosos son parte demandante del ICBF, junto con el reporte que arroja el sistema siglo XXI de la rama judicial.

- Debe adelantar un análisis crítico de la documentación para determinar su autenticidad (art. 244 de CGP). Si los documentos no cumplen con la autenticidad, así debe manifestarlo al juez o magistrado. Por ejemplo, hay ex contratistas que allegan a los procesos fotos de un libro de salida y entrada a las oficinas, pero el documento no era legible y no había certeza de la persona que lo creó, esas circunstancias se deben hacer evidentes ante el despacho.

- Oponerse a la solicitud del interrogatorio de parte del representante legal del ICBF -Director(a) General-, habida cuenta que se encuentra prohibido por mandato legal -art. 217 del CPACA y art. 195 del CGP-.

- Se debe analizar los informes mensuales de ejecución del contrato de prestación de servicios, con el fin evidenciar al juez o magistrado que dichos documentos prueba la actividad de cumplimiento de las obligaciones contractuales, *per se* no es una prueba de la subordinación.

- Oponerse al decreto y practica de versiones de testigos para suplir “[...] el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato” (art. 225 del CGP), ello en concordancia con el art. 256 ejusdem, norma que señala que “[l]a falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba”. La denominada prueba *ad substantiam actus*.

- Se debe probar que el demandante no prestaba los servicios a la entidad, en las mismas condiciones de tiempo, modo y lugar que los empleados públicos.
- Lo demás que eventualmente puedan adoptarse para los fines anteriormente advertidos.

El apoderado del ICBF debe tener especial miramiento a los principios del derecho probatorio y hacérselos ver al juez singular o colegiado en el proceso, por ejemplo, entre otros principios, (i) resaltar el principio de autorresponsabilidad, que hace alusión a que las partes les incumbe probar los supuestos de hecho que alegan en la demanda con estribo en el art. 167 del CGP, norma aplicable en el proceso contencioso administrativo por remisión directa del art. 306 del CPACA; (ii) recalcar el principio de unidad de la prueba al momento de la valoración de los medios probatorios por parte del juez, en especial en los alegatos de conclusión, ello con base en el art. 176 del CGP, pues el operador judicial deberá analizar las pruebas en conjunto “[...] de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”; y, (iii) el principio de la necesidad de la prueba, esto es, que el juzgador debe fallar con estribo en los medios probatorios debidamente allegados al expediente, pues de lo contrario transitaría en la arbitrariedad judicial.

Las anteriores recomendaciones esperamos sea de utilidad para debida defensa judicial del ICBF.

Ahora bien, de cara a la **audiencia inicial** (art. 180 del CPACA), el apoderado debe prepararla con el fin de prever la interposición de los recursos contra las decisiones desfavorables a la entidad que adopte el juez o magistrado, si hay razones o argumentos para ello, pues es necesario evaluar las consecuencias para aquellos proveídos o providencias que le es procedente el recurso de apelación, esto es, la probabilidad de una posible condena en costas al ICBF, en el caso en que la segunda instancia conforme la decisión del inferior (num. 1º del art. 365 del CGP).

Aunado a lo anterior, es una audiencia trascendental pues en ella se resuelve las excepciones previas, se fija el litigio y se decreta los medios probatorios, y a bien lo tiene el juez o magistrado agotar la práctica de pruebas, alegatos de conclusión y sentencia; no obstante, por lo general en esta clase de procesos (contrato realidad), los demandantes (antes contratistas) solicitan que se decrete y practique testimonios, lo que fuerza, por lo general a que el despacho judicial fije fecha para la práctica de los mismos.

Para terminar este punto, se hace una especial recomendación para el apoderado de la entidad, para que en la etapa de la fijación del litigio se propenda para que el juez o magistrado determine que existen hechos de la contestación de la demanda que ya están probados documentalmente y de igual manera la defensa de la entidad debe tener

presente que lo afirmado por el demandante y aceptado por el demandado son hechos probados.

- **Entre la finalización de la audiencia inicial y la audiencia de práctica de pruebas (fase oral).**

En muchas ocasiones en esta clase de procesos (contrato realidad), el despacho judicial tras resolver las solicitudes probatorias, fija fecha para la práctica de la misma -art. 182 del CPACA-; situación que exige la preparación de la diligencia por parte del apoderado del ICBF, en especial el manejo de la prueba testimonial y la declaración de parte.

Es importante la actividad de los apoderados del ICBF en la contradicción de la prueba testimonial, en tanto que sus habilidades y competencias orales se verán reflejadas en el desarrollo de la diligencia; para ello es importante la preparación del cuestionario al testigo de la contraparte, el cual tenderá a variar en la medida que avanza la diligencia y tras la formulación de los interrogantes por parte del juez o magistrado y el apoderado del demandante, conforme lo establece la ritualidad establecida en el art. 221 del CGP.

El abogado o la abogada de defensa judicial del ICBF, debe tener un papel protagónico en el desarrollo de la diligencia, pues es la oportunidad de ejercer el derecho de la contradicción del medio probatorio. En ese entorno, se recomienda lo siguiente:

- Contrainterrogar al testigo (núm. 4º ibidem).
- Que se reconozca documentos por parte del testigo (núm. 6º ejusdem), llegado el caso que sean favorables para las excepciones de fondo propuestas.
- Advertir al despacho si el testigo está leyendo notas o apuntes, con palabras coloquiales, hacerle ver al despacho judicial los denominados “testigos libretizados” (núm. 7º ibidem).
- La solicitud al juez o al magistrado para que conmine al testigo que se rehúsa a declarar o que continúa con respuestas evasivas (núm. 8º ejusdem).
- Se podrá solicitar al despacho judicial la limitación de la recepción de los testimonios, pues en muchas ocasiones las versiones de los mismos se vuelve repetitivo sobre un mismo hecho (inc. 2º del art. 212 del CGP).
- Pedirle al director del proceso (juez o magistrado), en caso de inasistencia del testigo de la contraparte, la aplicación del numeral 1º del art. 218 del CGP, esto es, prescindir del testigo.
- Solicitar al despacho el cumplimiento estricto del art. 220 del CGP. En este punto también es importante la actividad de nuestros abogados, porque tendrán la oportunidad,

según la indicada norma procesal, de objetar las preguntas inconducentes, manifiestamente impertinentes, superfluas, sugestivas, cuando la pregunta insinúa la respuesta y las que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones.

Ello permitirá que el despacho judicial rechace la pregunta, la excluya del cuestionario y no se tenga en cuenta al momento de adelantar el análisis crítico del medio de prueba al momento de proferirse el fallo de primera instancia (inc. 1º del art. 187 del CPACA), además que la decisión en audiencia no debe ser motiva y carece de recurso (inc. 4º del art- 220 del CGP), una gran ventaja para quien objeta, llegado el caso que prospere.

En relación con el interrogatorio de parte del demandante, es palpable que el apoderado del ICBF tiene una carga y responsabilidad mayor en el proceso, habida cuenta que es la parte que solicitó el medio probatorio; luego debe haber un celoso estudio de los requisitos de la confesión (art. 191 del CGP), los requisitos del interrogatorio (art. 202 ibidem), la práctica de la diligencia (art. 203 ejusdem), los efectos de la inasistencia (art. 204 ibidem) y la confesión presunta (art. 205 ejusdem).

Con un contundente cuestionario que desarrolle el apoderado o la apoderada del ICBF, permitirá que el demandante (antes contratista) confiese los hechos que son estribo o fundamento factico para las expresiones de fondo, en especial, la inexistencia de la subordinación y el cumplimiento de horarios, elementos constitutivos de la presunta relación laboral; cuestionario que debe ser un medio muy enfático en desvirtuar cual indicio de subordinación, de igual manera el conainterrogatorio dirigido a los testigos, deberá ser muy enfático a desvirtuar el elemento de subordinación y es en esta audiencia que se debe solicitar la tacha de testigos en virtud del artículo 211 del Código General del Proceso.

Pero para el éxito de la confesión y el manejo del interrogatorio, se requiere que el abogado del ICBF concorra a la diligencia con el conocimiento pleno del expediente, de lo contrario sería un medio probatorio, que por el contrario, perjudicaría a los intereses de la entidad.

Superada la práctica de todos los medios de prueba, el Despacho cerrará dicha etapa mediante auto que se dicta en audiencia, luego se hace necesario que nuestros apoderados se encuentren atentos al momento de proferirse tal proveído para, si es el caso, solicitar la reposición o la adición, habida cuenta que puede quedar por fuera de la práctica algún medio de prueba que nos pueda favorecer, siempre y cuando se haya decretado.

El despacho tendrá dos vías (i) fijar fecha y hora para la audiencia de alegatos y juzgamiento o, (ii) ordenará que se presente los alegatos por escrito dentro de los 10 días siguientes a la diligencia, “[...] caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días

siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos” (inc. 3º del art. 181 del CPACA). Normalmente optan por la segunda.

- **Entre los alegatos de conclusión y la sentencia.**

La subestimación del escrito de alegatos de conclusión es un error común entre los abogados que ejercen el litigio a favor de las entidades públicas, motivo por el cual se debe prestar una especial atención a esta etapa procesal, comoquiera que en muchas ocasiones se hace una traspolación de las excepciones de fondo a este escrito, para terminar en un acápite con la solicitud de un fallo favorable, sin mayor técnica jurídica.

Para no incurrir en semejante adefesio jurídico, se determina con este documento el lineamiento sobre el particular, así:

- Debe tener completa la carpeta de apoyo con los documentos y audios de las audiencias que se adelantaron en el transcurso del proceso (físicamente o en magnético), ello le servirá para citar la hora, el minuto y el segundo de la situación más relevante para su escrito y que le sea favorable a los intereses del ICBF; así como al empleado (profesional universitario o asesor) y al funcionario judicial (juez o magistrado) al momento de proyectar la sentencia.
- Plasme en el documento una síntesis del caso, el problema jurídico a resolver y cómo se fijó el litigio en la audiencia inicial.
- Establezca en un capítulo o acápite del escrito, un parangón entre las excepciones de fondo y los medios probatorios que las respaldan o las probaron -citar la hora y el minuto del audio-. Esto facilitará al operador judicial de manera concreta y precisa qué hechos de las excepciones fueron probadas.
- Señalar qué medios de prueba deben ser excluidos de la contra parte y porque no deben tenerse en cuenta en el momento del fallo, por ejemplo, debe recalcar la prosperidad de la tacha de testigos, si se propuso en la audiencia de practica de pruebas.
- Resaltar al juez o magistrado si existió deslealtad procesal o mala fe por parte del demandante.
- Evite citar jurisprudencia que no es pertinente para el caso o transcribir texto de sentencias que no concluyen o respaldan una afirmación. Si cree pertinente aludir a una jurisprudencia o sentencia relevante, cítela de manera completa (radicado, estrado judicial, fecha, etc.) y señale porque es útil, pero no la transcriba, de lo contrario agota al lector y no aporta a la conclusión que quiere llegar.

- Para terminar, desarrolle un capítulo de conclusiones en donde de manera afirmativa le indica al juez o al magistrado como debe ser fallado el proceso, es decir, que debe negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas.

En torno a la sentencia, tras su notificación el apoderado o la apoderada del ICBF, deberá:

- Analizarla con el fin de establecer si cumple con los requisitos -art. 187 del CPACA- y sus efectos -art. 189 ibidem-.
- Deberá establecer si es viable y procedente la utilización de las figuras de procesales establecidas en el artículo 285 del CGP, esto es, la aclaración, la corrección y la adición del fallo.
- En caso de ser desfavorable, el apoderado debe analizar la viabilidad del recurso de apelación y los argumentos que le sean útiles para su sustentación (art. 243 del CPACA).
- Analizar si existieron errores de hecho y derecho, para que en esa medida sea posible alegarla ante el ad quem y, si es procedente, para la viabilidad de una acción de tutela contra la sentencia. Sobre el particular, es necesario estudiar cómo el juzgador adelantó el análisis crítico de los medios probatorios para arribar a la conclusión de la existencia de una relación laboral, y los motivos por los cuales desecharon las excepciones de fondo propuestas por el ICBF.
- Si el juez o magistrado no resolvió alguna excepción propuesta por el ICBF, ello no le impide al superior funcional resolverla, conforme lo establece el inciso 2º del art. 187 del CPACA.
- Si el despacho niega la concesión el recurso de apelación, el apoderado o apoderada del ICBF deberá estudiar la viabilidad del recurso de queja (art. 245 del CPACA).
- Una vez concedido el recurso de apelación, el apoderado tiene la carga procesal de sustentar el recurso en la audiencia de alegaciones y juzgamiento que fije el superior funcional. Llegado el caso que el Magistrado Ponente prescinda de dicha diligencia, deberá estar atento para la presentación de los alegatos del recurso (núm. 4º, art. 247 del CPACA).

IV. Conclusiones

De conformidad con los pronunciamientos del Consejo de Estado y Corte Constitucional, previamente expuestos, pueden extraerse las siguientes consideraciones respecto del contrato de prestación de servicios y de la configuración de un contrato realidad:

- La modalidad de contrato de prestación de servicios supone: *(i)* la realización de actividades que no pueden ser desarrolladas por el personal de planta de la entidad, o que requieren de conocimientos especializados; y *(ii)* la prohibición del elemento de subordinación frente a la labor del contratista.
- Por tratarse de una vinculación de carácter excepcional, las actividades del contratista no pueden desempeñarse de manera permanente, lo cual quedaría desvirtuado si se demuestra que las mismas se encuentran previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.
- Cuando el desarrollo del objeto contractual requiera del cumplimiento de un horario o de parámetros en determinadas actividades, ello por sí solo no implica que pueda inferirse una relación legal y reglamentaria, ni tampoco desvirtúa la modalidad excepcional de contratación.
- Cuando el personal de planta sea insuficiente para suplir la aspiración del servicio público, implica por parte del contratista, el sometimiento a las pautas que fije la entidad y a la forma en la que coordina las distintas actividades, sin que ello de lugar a la existencia de una relación de subordinación.
- Le corresponde a la parte demandante probar los elementos esenciales de la relación laboral y se requiere que la subordinación o dependencia se mantenga por todo el tiempo de duración del vínculo entre las partes.
- El cumplimiento de horario, la prestación del servicio en las dependencias de la parte contratante, o el hecho de recibir instrucciones, por sí solas, no evidencian una relación de subordinación.
- La coordinación constituye un presupuesto indispensable para garantizar la correcta ejecución de las labores contratadas y, en consecuencia, las facultades que se desprenden de la misma resultan necesarias, sin que pueda entenderse que su ejercicio supone una subordinación.
- Para predicar la existencia de una relación laboral se requiere que el contratista desempeñe funciones propias del personal de planta de la entidad, sin autonomía e independencia, y que el ejercicio de dichas labores no resulte indispensable en virtud de una relación de carácter contractual.
- La ejecución de los contratos de prestación de servicios en circunstancias parecidas a las que existen frente a los empleados públicos no implica per se una relación de carácter laboral administrativa.

- Es necesario analizar con especial rigurosidad los testimonios que son aportados al proceso y mediante los cuales se pretende acreditar la existencia de un contrato realidad, para lo cual, deben ser contrastados con otros medios de prueba. Asimismo, deben controvertirse especialmente aquellos testimonios que se limiten a describir de forma genérica los horarios, instrucciones y requerimientos que presuntamente recibe el contratista.
- Los derechos laborales en el marco de controversias relacionadas con el contrato realidad prescriben dentro del término de 3 años contados a partir de la terminación del vínculo con la respectiva entidad.
- En el marco de contratos de prestación de servicios pactados por un interregno determinado y donde la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, la prescripción debe analizarse a partir de sus fechas de finalización.
- Tratándose de los aportes para pensión no aplica la prescripción extintiva ni la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y tampoco resulta exigible agotar la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar.
- La imprescriptibilidad de los derechos pensionales no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista

En virtud de lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica recomienda al Comité de Defensa Judicial y Conciliación:

1. Acoger el presente documento como política general que orientará la defensa de los intereses de la entidad en los procesos contenciosos laborales, en los que se pretende la declaratoria de la existencia de un contrato realidad, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.
2. Recomendar a las Direcciones y Grupos Jurídicos Regionales del ICBF, socializar entre los abogados y apoderados el presente documento, con la finalidad de que los argumentos expuestos fundamenten la defensa judicial en los referidos procesos.
3. Recomendar que se omita la transcripción de los argumentos que contiene el presente escrito en las fichas de análisis de conciliación pre judicial y judicial; limitándose a reseñar los hechos, en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad⁵⁰, así como de la Directiva Presidencial No. 4 de 2012 (cero papel).

⁵⁰ Art. 3 CPACA

Finalmente, por considerarlo relevante, con el presente lineamiento se socializará *(i)* el documento titulado “*Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad*”, elaborado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que los apoderados de la Entidad mejoren los documentos jurídicos ante los estrados judiciales, identifiquen los principales problemas de la escritura jurídica y establezcan buenas prácticas en la calidad de los textos que se producen en el marco de la defensa jurídica del Estado; *(ii)* un documento que contiene el marco normativo del recurso de unificación jurisprudencial; y *(iii)* un modelo de recurso de unificación de jurisprudencia para ser tenido en cuenta cuando los Tribunales Superiores dicten sentencias en contravía de las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Cordialmente,



EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica
Sede de la Dirección General

Aprobó: Edgar Leonardo Bojacá Castro – Jefe de la Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Leandro Alberto López Rozo – Líder Grupo de Representación Judicial
Proyectó: Leandro Alberto López Rozo – Líder Grupo de Representación Judicial
Carlos Javier Muñoz – Líder Grupo de Acciones de Tutela
Tomas Bustamante, Daniela Rodríguez, Ricardo Higuera, Guillermo Bernal y Joan Castañeda – Abogados
Contratistas OAJ