



POLITICAS DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURIDICO PARA LA CELEBRACION DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON PERSONAS NATURALES

1. ANTECEDENTES JURÍDICOS RELEVANTES PARA LA CELEBRACION DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En este punto y previo a orientar los lineamientos que se adoptan a través de la presente Circular, resulta conveniente traer a colación los diferentes pronunciamientos que sobre el particular se han emitido por parte de las Altas Cortes, la Doctrina y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado frente a la celebración, ejecución y configuración del contrato realidad con ocasión de la celebración de contratos de prestación de servicios.

Los elementos que configuran una relación laboral están previstos en el Decreto 2127 de 1945 y en el Código Sustantivo del Trabajo¹, normas que definen que para que exista un contrato de trabajo se requiere que concurren los siguientes elementos: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la dependencia del trabajador respecto del empleador, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional y (iii) el salario como retribución del servicio.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de prestación de servicios como aquellos que *“celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”*² y advierte que *“en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”*.

La Ley 1150 de 2007 fijó como modalidad de contratación propia para la celebración de estos contratos la modalidad de contratación directa, tal como lo establece el literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la mencionada ley.

Así, el marco regulatorio para la celebración de estos contratos se encuentra principalmente en el Decreto 1082 de 2015 – Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de

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

² Ley 80 de 1993. Artículo 32. Numeral 3.





Planeación Nacional, sin embargo, en el Decreto 1068 de 2015 – Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público; existen disposiciones que definen las condiciones que deberán reunirse para que la contratación de prestación de personas naturales o jurídicas proceda siempre que no exista personal de planta con capacidad de realizar dichas actividades.

A pesar de lo anterior, en la ejecución de los contratos de prestación de servicios se puede incurrir en conductas de las cuales eventualmente se derive la configuración de una relación laboral, cuando se presentan elementos propios de aquella, en otras palabras: la prestación personal del servicio, la ejecución de labores subordinadas y el pago de un salario.

En este punto es importante señalar de igual forma, que en virtud de las normas citadas y de acuerdo con la Jurisprudencia de las Altas Cortes, también se han definido las características propias o elementos que configuran el contrato de prestación de servicios a saber:³

- (i) ***excepcionalidad***, pues solo se pueden celebrar con el fin de atender actividades que no puedan desarrollarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados⁴;
- (ii) ***temporalidad***, ya que su duración dependerá del tiempo estricto que conlleve la ejecución de la actividad contratada⁵;
- (iii) ***autonomía***, pues el contratista ejerce de forma discrecional las obligaciones adquiridas, y en razón de su especialidad, desde el punto de vista técnico y científico, se presume que conoce la mejor manera de cumplir la labor⁶; y,
- (iv) ***remuneración***, la cual se efectúa a través de honorarios.⁷

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

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

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

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

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





1.1.- CONFIGURACION DEL CONTRATO REALIDAD Y LOS ELEMENTOS PARA QUE PROCEDA SU DECLARATORIA⁸

a) Prestación Personal del Servicio

La prestación personal del servicio ha sido definida por la jurisprudencia como la realización de *“actividades que requieren poner directamente el esfuerzo personal en el cumplimiento de una labor”*⁹

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

“(…) la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador”.¹⁰

Además, la Corporación ha indicado que existen algunas actividades de las cuales se infiere la prestación personal del servicio, lo cual no es óbice para presumir la existencia de una relación laboral¹¹.

b) La subordinación

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

*“aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente”*¹²

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

⁸ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Comunidad Jurídica del Conocimiento, Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 13 de noviembre de 2003, radicado, 23001-23-31-000-2000-3810-01 (2956-02) C.P.: Alejandro Ordóñez Maldonado

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de abril de 2008, radicado: 2776-05, C.P Jaime Moreno García.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de marzo de 2002, radicado: 20001-23-31- 000-2000-0562-01 (2201-01), C.P.: Ana Margarita Olaya Forero.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 1 de julio de 1994, radicado 6258, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.





La Corte Constitucional, afirmó que la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo es la duración por tiempo limitado del primero, tanto es así que advirtió que en caso de que se vuelva permanente, la entidad debe adoptar las medidas correspondientes para que la función o cargo *“quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”*.¹³

Por otro lado, también la Corte Constitucional precisó que el celebrar contratos de prestación de servicios sólo es legítimo:

*“si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del ‘giro ordinario’ de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados”*¹⁴

Esta postura es compartida por el Consejo de Estado, Corporación que ha reiterado que el contrato de prestación de servicios debe ser transitorio, por lo que su prolongación en el tiempo podría dar lugar a la configuración de una relación laboral.¹⁵ Significa esto que el referido contrato no procede para el desempeño de funciones de carácter permanente, o lo que es igual, que el contrato de prestación de servicios no tiene por finalidad remplazar a la planta de personal, y en ese sentido, la permanencia del cargo o labor, desconociendo su carácter transitorio, es indicio en la configuración de una declaratoria de contrato realidad.

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

Es importante señalar que la jurisprudencia ha considerado que constituye un indicio de subordinación el hecho de que las actividades desempeñadas por una persona vinculada por contrato de prestación de servicios sean similares a las ejecutadas por una persona vinculada con el Estado por medio de una relación laboral. Este es un indicio legal en la medida de que las normas que rigen la materia han señalado que procede la contratación por servicios cuando la planta de la entidad no es suficiente o siendo suficiente se requiere a una persona con conocimientos especializados, y en esa medida el uso de la figura debe ser excepcional en la administración.

¹³ Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-614-09 M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren.





En ese sentido, dado el carácter excepcional de la contratación por servicios, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que uno de los hechos indicadores de subordinación es el trato en las mismas condiciones de subordinación o de dependencia de las que son objeto los empleados públicos, pues en situaciones iguales no puede haber tratos discriminatorios, específicamente, cuando se asignan funciones equivalentes a las desempeñadas por un trabajador que se reconoce subordinado, sumado al cumplimiento de horario y al acatamiento de órdenes. Así por ejemplo, una persona que prestaba sus servicios como Inspector de Aeronavegabilidad II, le fue reconocido la existencia de una relación laboral, al considerarse que el actor no solo logró demostrar que su actividad se desarrollaba bajo subordinación al tener que seguir ordenes en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, sino que logró acreditar que sus funciones eran iguales a los empleados de planta de la entidad demandada y que las efectuaba en las mismas condiciones (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 15 de junio de 2011, Exp. 2007-00395-01).

Como un dato adicional, es pertinente señalar que entre los elementos probatorios que se analizan para determinar la similitud de funciones están: las funciones asignadas en el contrato, las órdenes en cuanto al modo tiempo y cantidad de trabajo, el reconocimiento de gastos por representación, la exigencia de que el servicio debe ser prestado personalmente en el lugar designado por el contratante y demás acciones que permitan inferir que se dio un trato igual al de un empleado público (sobre funciones similares a los de planta consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 28 de enero de 2010, Exp. 2001- 03195-01; sentencia de 1 de marzo de 2012, Exp. 2008-00270-01; sentencia 4 de noviembre de 2010, Exp. 2006-01415- 01).

De este modo, se desconoce la autonomía del contratista cuando (i) se le exige cumplir un horario y acatar los reglamentos internos de la entidad, (ii) se le asignan funciones para las cuales no fue contratado¹⁶, (iii) se le solicita la emisión de conceptos o participar en equipos interdisciplinarios ajenos al objeto de su contrato.

Igualmente, se ha considerado que el contratista está bajo subordinación cuando tiene que solicitar permiso para ausentarse del lugar de trabajo o para cambiar su horario, pues la jurisprudencia ha precisado que lo anterior son manifestaciones de control y vigilancia que le restan independencia para ejecutar su labor¹⁷. Así lo sostuvo el Consejo de Estado en la sentencia de 19 de abril de 2012, al conocer del caso de una ciudadana que se encontraba sometida al cumplimiento de un horario de trabajo y, además, era supervisada de forma constante por su jefe y coordinadores, y no contaba con la facultad para manejar su tiempo, ni autonomía para retirarse del lugar de trabajo y cualquier cambio debía ser autorizado por el coordinador¹⁸.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, sentencia del 17 de mayo de 2004, Exp. 22357, M.P. Luis Javier Osorio.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de abril de 2012, Exp. 2008-00647-01(2204-11), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁸ *Ibidem*.





- *¿constituye un indicio de subordinación exigirle a la persona vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios estar disponible en las instalaciones de la entidad?¹⁹*

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

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

Ahora bien, es pertinente advertir que el hecho de que el contratista ejecute su labor en las instalaciones de la entidad accionada no se convierte automáticamente en un indicio para presumir la existencia de una relación laboral,²⁰ y por el contrario, el juez de conocimiento debe tomar en cuenta otros hechos indicadores de subordinación para aclarar que entre las partes existió una verdadera relación laboral.

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

El Consejo de Estado ha señalado que la exigencia de un horario por sí solo no es un indicativo suficiente de subordinación²¹, pues cuando se fija un horario y éste es un requerimiento especial para que se preste el servicio, no puede concluirse entonces que sea una limitación a la autonomía, y en estos casos ha de interpretarse que el horario es una exigencia para la eficiente prestación del servicio, pactada por las partes y no una imposición propia de la dependencia laboral. En tal sentido, la Corporación también ha sostenido que cuando se pretenda solicitar la declaratoria de contrato realidad sobre la base del cumplimiento de un horario, es necesario que se acrediten otras circunstancias que permitan concluir que la vinculación se dio en el marco de una relación de dependencia.

Asimismo, al resolver el caso de una persona que solicitó la declaratoria de contrato realidad pues consideraba que se encontraba en situación de subordinación por cumplir un horario, la Corporación consideró que no se configuraba este elemento, por cuanto las partes lo habían pactado y el horario era un requerimiento para que se prestará el servicio, ya que se le había encomendado repartir la correspondencia dentro de la misma entidad y por fuera de ella y el

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de abril de 2013, Exp. 2008-00776-01, C.P Alfonso Vargas Rincón.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 28 de julio de 2005, Exp. 50001-23-31-000-2000-00262-01(5212-03) C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de abril de 2007, Exp. 1999-04369-01, C.P Bertha Lucia Ramírez De Páez.





servicio de fotocopiadora debía prestarse dentro del horario en que la entidad desarrollaba sus funciones. Así las cosas, declaró que hubo una relación de coordinación y no de subordinación, lo que excluye la existencia de una relación laboral²²

➤ La coordinación de actividades

La coordinación ha sido entendida por la jurisprudencia como la forma como el contratista se somete a algunas condiciones mínimas impuestas por el contratante, que son necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye, por ejemplo: (i) el cumplimiento de un horario cuando se pacte de forma previa y sea indispensable para el desarrollo de la labor, (ii) recibir instrucciones, o (iii) exigir la presentación de informes sobre los resultados obtenidos.²³

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

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

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

En dicha sentencia la Corporación reiteró que son tres (3) los elementos necesarios para configurar una relación de carácter laboral: prestación personal del servicio, subordinación y salario, y que de no acreditar alguno de ellos no es posible derivar la existencia de una relación laboral.²⁴

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de abril de 2007, Exp. 1999-04369-01, C.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 7 de septiembre de 2006, Exp. 2000-04732-01. C.P. Alberto Arango Mantilla.





c) Salario

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

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

2. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO 2021.

Con ocasión a la Sentencia de Unificación proferida recientemente por el Consejo de Estado, se hace indispensable analizar el impacto de la decisión adoptada; en especial, examinar las características del contrato realidad, el tema de la no solución de continuidad y la prescripción de los derechos, entre otros temas.

En primer lugar, es necesario aclarar que la finalidad de la unificación de conceptos que se plantea con la SUJ-025-CE-S2-2021, es la de establecer parámetros de interpretación judicial, por medio de criterios aplicables de conformidad a los elementos facticos y jurídicos de situaciones que esbocen la desnaturalización del contrato de prestación de servicios. Así las cosas, dentro de las consideraciones preliminares expuestas por el Consejo de Estado para esclarecer la existencia de relaciones laborales encubiertas o subyacentes mediante contratos estatales de prestación de servicios, precisa esclarecer la naturaleza jurídica del mismo bajo el marco normativo y jurisprudencial que lo regula. En este sentido, el Consejo de Estado dentro de la argumentación expuesta en la Sentencia de Unificación, evoca la tipicidad del contrato de prestación de servicios a la luz del artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁵, y su complementariedad por parte de otras disposiciones legales y reglamentarias, entre las cuales se destacan las contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en los decretos reglamentarios 855 de 1994, 1737, 1738 y 2209 de 1998, 2170 de 2002, 66 de 2008, 2474 de 2008, 2025 de 2009, 4266 de 2010 y 734 de 2012; muchas de ellas modificadas, subrogadas, derogadas e incluso compiladas en el Decreto 1082 de 2015 «por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», cuyo Libro 2, Parte 2, Título 1, reúne, hoy en día, la mayor parte de las disposiciones reglamentarias de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de enero de 2006, Exp. 2003-01650-01(2579-05). C.P. Alberto Arango Mantilla.

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





Si bien, se tienen como base las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia, el Consejo de Estado considera con certeza las características esenciales del contrato de prestación de servicios, que definen a los contratistas como meros colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia.

Como primera característica el Consejo de Estado considera que el contrato de prestación de servicio solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

A continuación, como segunda característica establece que, atendiendo a que el contrato de prestación de servicios puede celebrarse con personas jurídicas o naturales, cada entidad tiene el deber de justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados», por ejemplo, cuando no exista personal de planta para realizar las labores, o, existiendo, es necesario un apoyo externo por exceso de trabajo; o porque el personal de planta carece de la experticia o conocimiento especializado necesario para llevar a buen término la actividad encomendada a la entidad.²⁶

De igual manera, dentro de sus consideraciones el Consejo de Estado destaca como tercera característica esencial del tipo contractual, el alto grado de autonomía que posee el contratista para la ejecución del fin encomendado, aclarando que el mismo, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia; y, tiene en cuenta que sin perjuicio de la estricta redacción del numeral 3 de la Ley 80 de 1993, por el cual se establece que: «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales», es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es de realidad, y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas; así que, la disposición del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 será aplicable, siempre y cuando no se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada.

En este orden, el Consejo de Estado haciendo especial observancia a la tipología contractual establecida con relación a su objeto genérico, infiere que todos aquellos contratos encaminados a la ejecución de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, deben responder a la atención de funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública –como peritos, técnicos y obreros–; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda; SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA de nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021); radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) SUJ-025-CE-S2-2021 C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. pág. 16.





misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Ahora bien, se hace necesario indicar tal y como se ha expuesto anteriormente, que en reiteradas oportunidades tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado en relación con la imposibilidad de que las entidades públicas suscriban contratos de prestación de servicios para desempeñar en el Estado funciones de carácter permanente; por cuanto de hacerlo, se estaría encubriendo una relación laboral, vulnerándose el principio de la primacía de la realidad, para lo cual las entidades del Estado lo que deben realizar es adoptar las medidas pertinentes para ajustar su planta de personal a las necesidades propias para el cumplimiento de sus funciones.

En efecto, se resalta que en la Sentencia de Unificación se indicó que las Entidades del Estado solo podrán celebrar los Contratos de Prestación de Servicios por el término estrictamente indispensable para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de la misma. Para tal fin, se manifiesta que la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

2.1. REGLAS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.

La Corporación unificó su jurisprudencia en relación con los derechos prestacionales, solución de continuidad entre contratos y la posibilidad de los aportes a la seguridad social, de las personas que celebren contratos de prestación de servicios que encubren y subyacen una relación laboral, estableciendo las siguientes reglas:

2.1.1. La primera regla indica: *“Sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”*

“La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia”

Se busca hacer especial énfasis en la etapa de planeación de la cual se encarga la entidad, de manera que los contratos se encuentren sustentados con suficiencia tanto en su necesidad como en su objeto para que, en virtud de esto, se pueda determinar el término de duración del mismo.

2.1.2. La segunda regla establece: *“El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad”*





Síntesis de la regla objeto de unificación, *“La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario”*.

El Consejo de Estado, a través de la sentencia de unificación, indicó que el límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, es de treinta (30) días hábiles.

Lo anterior implica que, si transcurre el término mínimo de los treinta (30) días hábiles entre un contrato y otro, se considera que dichas relaciones son prima facie independientes, por lo cual el demandante estará obligado a probar los demás elementos de la supuesta relación de trabajo que alega, entre estos, la subordinación continuada²⁷

La suscripción de nuevos contratos con interrupción inferior a 30 días hábiles no genera en sí misma la existencia de un contrato realidad, siempre y cuando la entidad no genere situaciones constitutivas de subordinación u otras que desdibujen la naturaleza del contrato de prestación de servicios²⁸.

Respecto a este acápite en particular el Magistrado William Hernández Gómez, ofreció una aclaración de voto de la sentencia del 9 de septiembre de 2021, con la finalidad de manifestar su acuerdo con la segunda regla que se definió en la sentencia de unificación, respecto a la fijación del plazo de los 30 días hábiles, como criterio jurisprudencial para la valoración de la solución de continuidad en la suscripción de los contratos de prestación de servicios, en los cuales se ha encontrado que subyacen los elementos de la relación laboral.

El Magistrado Hernández Gómez, aclara que *“en ningún caso debe entenderse que se obligue a la terminación anticipada de los contratos de prestación de servicios ni prescindir de estos, como consecuencia del cumplimiento de esta regla ni mucho menos que sea necesario en cualquier evento postergar por 30 días hábiles la suscripción de los contratos con la misma persona, o que no sean renovados o prorrogados los que celebra la administración, con el objeto de lograr la prestación de los servicios requeridos por cada entidad u organismo, para impedir que se configure la relación laboral encubierta. Tampoco*

²⁷ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Comunicación Interinstitucional. 20 de octubre de 2021

²⁸ Circular No. 026 del 07 de octubre de 2021. Secretaría Jurídica Distrital





se desprende de ello que siempre que exista una interrupción igual o inferior a este tiempo o que se den prórrogas ha existido una relación laboral, sin solución de continuidad.”²⁹ Sino por el contrario, para la correcta interpretación de la regulación que de la Sentencia de Unificación se predica, es necesario aplicar el termino allí señalado como criterio a partir del cual se defina la solución de continuidad para efectos de determinar si han prescrito los derechos prestacionales cuando se han presentado vinculaciones sucesivas, anotando que este lapso es flexible y que, por lo tanto, la interrupción entre contratos debe ser examinada en cada caso particular y concreto.

Dado lo anterior se concluye que, habiéndose presentado un lapso superior a los 30 días entre la finalización de un contrato de prestación de servicios y el inicio de otro, podría entenderse que no ha operado el fenómeno de la solución de continuidad, para efectos de contabilizar la prescripción de las prestaciones que de esto se derivan, si se demuestran los elementos de una relación laboral que se prolongó indefinidamente, toda vez que no se debe generalizar el supuesto fáctico.

Así las cosas, la desnaturalización de la figura del contrato de prestación de servicios, no se determina solamente con la interrupción de los contratos, sino que esta condición responde a la acreditación de los elementos de una verdadera relación laboral que se prolongó indefinidamente.

Y finalmente también sobre este aspecto la Directiva Presidencial 07 del 28 de octubre de 2021 establece en su numeral 2 que este límite temporal *“no supone la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios de manera sucesiva antes del término de treinta (30) días hábiles, siempre que se atiendan las disposiciones normativas pertinentes, toda vez que este término se establece con el fin de tener un marco de referencia para el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados, en aquellos eventos donde se determine por parte del juez la existencia de una relación laboral subyacente.”*

2.1.3. La tercera regla consagra: *“devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista, que demostró la existencia de la relación laboral estatal”*

Síntesis de la regla objeto de unificación, *“La tercera regla determina que, frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es*

²⁹ Aclaración de voto, Mg. William Hernández Gómez, Consejo de Estado, Sección Segunda; Sentencia de Unificación de Jurisprudencia de nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021); radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) SUJ-025-CE-S2-2021 C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.





improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal”.

En ese sentido, debido a que son recursos parafiscales, en razón de dicha naturaleza, no es posible hacer efectiva la devolución de la diferencia que resultará luego de declarado el contrato realidad, entre lo pagado bajo el vínculo de contrato de prestación de servicios y el menor valor que debía haber asumido el contratista en el caso de ser una relación laboral bajo un contrato de trabajo.

3. RECOMENDACIONES.

Para atender correctamente las reglas fijadas en la sentencia de unificación antes descrita, es indispensable reiterar que toda actuación contractual de la Administración Pública debe estar orientada por los principios rectores de la contratación pública, así como aquellos propios de la función pública.

En ese sentido cobran especial relevancia por un lado las etapas de planeación y precontractual y por otro lado la etapa de ejecución. Por lo anterior, a continuación, se discriminarán las principales recomendaciones a tener en cuenta en cada una de estas etapas, teniendo en cuenta que, el contrato de prestación de servicios no puede ser desnaturalizado y utilizado para generar contratos de naturaleza laboral.

3.1.1. Recomendaciones frente a la etapa precontractual.

La correcta planeación contractual permite a las Entidades: 1) identificar las necesidades que tiene la Entidad; así como 2) disminuir el impacto de posibles riesgos que afecten el proceso de contratación, la ejecución y la posible consecución de los fines de la contratación.

- Identificar las necesidades relacionadas con la contratación de personas naturales por parte de la Entidad en el Plan Anual de Adquisiciones para la vigencia correspondiente.
- Suscribir contratos de prestación de servicios cuando: (i) la actividad a contratar no pueda ser ejecutada por personal de planta, (ii) se justifique que el personal de planta que realiza actividades similares es insuficiente o (iii) se requieran conocimientos especializados y experticia acreditada.
- Acudir al contrato de prestación de servicios cuando sea estrictamente necesario y evitar que a través del mismo se desarrollen funciones de carácter permanente de la administración.





- Se sugiere no asignar obligaciones a los contratistas, que les impliquen actuar como gerentes, coordinadores o líderes de proyectos.

- En relación con las actividades que desarrolla el personal de planta, tener en cuenta:
 - La actividad a contratar no podrá ser ejecutada por el personal de planta y no se tratará de actividades similares.
 - En caso de tratarse de actividades similares a las desarrolladas por el personal de planta, la Entidad tendrá que justificar las razones por las que el personal de planta es insuficiente.
 - Podrá llevar a cabo la contratación cuando se trate de conocimiento especializados.

- Para la elaboración de Estudios Previos:
 - Incluir el análisis concreto y su justificación de las razones por las cuales es necesario realizar la contratación contratar.
 - Establecer el término de duración del contrato y motivar suficientemente el plazo establecido.
 - Precisar que el objeto y las actividades a desarrollar no tienen vocación de permanencia en las necesidades de la Entidad, toda vez que hacen parte de las metas de un proyecto de inversión para la vigencia respectiva o se requieren de manera excepcional para su funcionamiento.
 - Señalar que las actividades a desarrollar son ocasionales y temporales y en ese sentido, el contratista tendrá completa autonomía para la ejecución de estas actividades.
 - Respecto de la formulación las obligaciones contractuales se sugieren tener en cuenta que éstas deben ser concretas, no se sugiere una redacción de actividades condicionadas o genéricas.

- Cuando se trate de la contratación sucesiva de personas que han tenido contratos con similitud en su objeto y/o actividades se sugiere tener en cuenta:
 - Verificación de los objetos contractuales y actividades desarrolladas en contratos anteriores y verificar la justificación de las necesidades anteriores para determinar de manera idónea la necesidad y su justificación dentro de los nuevos estudios previos. Lo anterior, en lo posible, conectando los objetos contractuales al proyecto de inversión al que se imputan en cuanto a sus metas en el respectivo periodo de ejecución.
 - Identificación de riesgos y la adopción de medidas para la prevención de posibles daños.



- Para la presentación de solicitudes de contratación, el área correspondiente tendrá la obligación de verificar el objeto contractual en el Plan Anual de Adquisiciones, así como la justificación de la necesidad, el término del contrato y las actividades a desarrollar.
- Se recomienda hacer un plan de trabajo para cada contrato de prestación de servicios de forma que se pueda verificar que, en virtud de las obligaciones en el tiempo, el término de duración es el estrictamente indispensable para la ejecución del negocio jurídico.

3.1.2. Recomendaciones durante la ejecución del contrato.

Frente a la ejecución del contrato, el aspecto a destacar en los contratos de prestación de servicios y de lo cual se diferencia de los contratos de trabajo, es la subordinación continuada, la cual, en la primera tipología contractual, debe ser inexistente, toda vez que en caso de que el contratista (quien es el que tiene la carga de la prueba) logre demostrarla, el juez entenderá que se configura un contrato realidad. En ese sentido, algunos factores para evitar la subordinación continuada son los siguientes:

- **Prestación Presencial del Servicio:** En la medida que el objeto a ejecutar lo permita por la prevalencia siempre de la autonomía técnica y administrativa, **NO** exigir al contratista la asistencia presencial a la entidad para el cumplimiento de sus actividades, lo anterior siempre y cuando dicha necesidad esté justificada en los estudios previos y la minuta del contrato.
- **Horario de actividades:** Se sugiere no exigir el cumplimiento de horarios, reposición de horas laborales o permanencia en la entidad, salvo aquellos casos en los que por la naturaleza de las actividades a desarrollar sea necesario el cumplimiento de algunas obligaciones dentro de un horario específico.

Se precisa que, establecer un horario para la prestación de los servicios en sí misma no implica la existencia de subordinación laboral, esto es así porque la Administración lleva a cabo actividades propias que requieren incorporación de jornadas laborales y turnos para atenderlas. Esta situación tendrá que ser valorada para cada caso en concreto.

Se recomienda establecer cronogramas y líneas de seguimiento por virtud de la necesidad de coordinación entre las partes.

- **Lugar, puesto de trabajo e Inventarios:** Como quiera que el contratista, no realiza funciones propias del giro ordinario de la entidad y estas son meramente transitorias o de apoyo, podemos establecer que a los contratistas, por regla general no se les debería asignar puestos de trabajo ni inventario de bienes; esta asignación le





corresponde a los funcionarios de la planta de personal de la entidad o en su defecto podrá estar en cabeza del supervisor del contrato³⁰.

- **Ejecución de actividades:** El contratista solo podrá iniciar sus actividades cuando el supervisor haya verificado el cumplimiento de todos los requisitos legales para el perfeccionamiento y el inicio de la ejecución y hasta el agotamiento del plazo pactado.
- **Imposición de reglamentos y llamados de atención.** Se recomienda evitar la imposición de reglamentos internos, exigencia de ordenes en cualquier momento, llamados de atención, memorandos, sanciones y compensaciones de tiempo, salvo las medidas legales o contractuales establecidas frente a un eventual incumplimiento.
- **Obligaciones del Supervisor.** El Supervisor es quien está llamado durante la ejecución del contrato a realizar el seguimiento del cumplimiento de las obligaciones del contratista y solicitar la presentación de informes, documentos, aclaraciones y explicaciones. Se recomienda concretar los entregables del contratista, identificando claramente los productos que debe proporcionar para acreditar el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera verse reflejado en sus informes mensuales de actividades.
- El supervisor no podrá asignar o exigir el cumplimiento de obligaciones diferentes a las establecidas en el contrato de prestación de servicios y que no estén relacionadas con su objeto.
- La entidad debe garantizar que las funciones del contratista se desarrollen con alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante, por lo que la entidad no dispondrá de puestos de trabajo fijos para asignar a contratistas.
- En todo caso se deberá profundizar en el detalle de la justificación, necesidad y especialidad del servicio de cada contrato, verificando que se atiendan íntegramente las recomendaciones que aquí se establecen y evitando la configuración de cualquier riesgo antijurídico en la celebración o ejecución de los contratos de prestación de servicios con personas naturales, cuando su celebración sea estrictamente necesaria.

CONSTANCIA DE APROBACIÓN

30 Concepto 127001 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública. Radicado No.: 20136000127001





Se deja constancia que las presentes políticas fueron aprobadas por unanimidad por todos los miembros del Comité de Conciliación en sesión del Comité del día 18 de noviembre del 2021.

YANETH SUAREZ ACERO
Presidenta Comité de Conciliación

JUAN MANUEL VARGAS
Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica.

LUZ ANGELA CARDOSO BRAVO
Secretaría Técnica Comité de Conciliación.

Documento 20211100366053 firmado electrónicamente por:

Luz Angela Cardoso Bravo, Secretaría Técnica Comité de Conciliación - OAJ, Oficina Asesora de Jurídica, Fecha firma: 23-11-2021 09:15:32

Juan Manuel Vargas Ayala, Jefe Oficina Asesora de Jurídica, Oficina Asesora de Jurídica, Fecha firma: 23-11-2021 14:15:09

Yaneth Suarez Acero, Directora de Gestión Corporativa, Dirección Gestión Corporativa, Fecha firma: 23-11-2021 15:13:27



33efcfee63e419b2ae337415c8f805ca91d61122aafddac384f795a6b754db47

