



## Sentencia 2012-00180 de 2020 Consejo de Estado

### CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO-Requisitos

Para que una persona natural desempeñe un cargo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, esto es, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

CONTRATO REALIDAD / RELACIÓN LABORAL - Elementos

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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA -ARTÍCULO 53 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO- ARTÍCULO 23

CONTRATO REALIDAD / SUBORDINACIÓN - Prueba / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR EMBARAZO- Opera cuando se acredita el contrato realidad

Los testigos fueron coincidentes en afirmar que la señora Mery Alexandra Cuellar no cumplía horario, sino que asistía a las instalaciones de la entidad conforme a la conveniencia del horario de ambas partes y más o menos dos veces por semana. Al respecto es bueno aclarar, que la subordinación como elemento consustancial a la relación laboral, se puede demostrar directamente a través de documentos o testimonios que sin lugar a dudas lleven a la convicción de su presencia en la relación que concreta entre las partes, por ejemplo la imposición de una sanción establecida en el reglamento de trabajo de la institución, sucesivas órdenes directas impartida por quien se considera el superior jerárquico; o probando ciertos hechos que conduzcan a esa conclusión, es decir, la exigencia del cumplimiento de horario, que las funciones solo puedan desarrollarse bajo condiciones impuestas por el contratante, llamados de atención verbales por incumplimiento de órdenes u horarios, etc., los que pueden ser considerados como indicios que podrían llevar a concluir que efectivamente subsistía una relación laboral. No obstante, estos hechos no fueron debidamente demostrados en este proceso, por lo tanto, no se podría llegar a concluir que la relación estuvo enmarcada por la subordinación como elemento esencial de todo contrato laboral. En cuanto a la alegada estabilidad reforzada por embarazo, es importante recalcar que esta figura opera sólo ante relaciones laborales, de tal manera que para que ella se configure es necesario que se demuestre un contrato realidad entre las partes, para lo cual la Corte Constitucional ha facultado al juez de tutela para que excepcionalmente revise si en el contrato de prestación de servicios se encuentran presentes los elementos de un contrato de trabajo

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN B  
Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS  
Bogotá, D.C., cinco (05) de junio de dos mil veinte (2020).  
Radicación número: 20001-12-33-000-2012-00180-01(1028-15)  
Actor: MERY ALEXANDRA CUELLAR MANDON  
Demandado: MUNICIPIO DE LA JAGUA DE IBIRICO  
Acción: Nulidad y Restablecimiento de Derecho - CPACA  
Tema : Contrato Realidad

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 11 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que negó las pretensiones de la demanda presentada por Mery Alexandra Cuellar Mandón contra el Municipio de La Jagua de Ibirico.

### ANTECEDENTES

La señora Mery Alexandra Cuellar Mandón, por conducto de apoderado, en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, demandó al Municipio de La Jagua de Ibirico con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas, que en síntesis son las siguientes:

1. Que se declare la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo sobre la petición radicada en la entidad con fecha del 29 de marzo de 2012, así como el acto administrativo "*Correspondencia Interna*" No. 819 DO - DA del 25 de julio de 2012, por medio de las

cuales la entidad demandada le negó el reconocimiento de una relación laboral con la demandante.

2. Solicita el reintegro de la demandante a un cargo de similares funciones a las que desarrollaba por medio de contratos de prestación de servicios, en la entidad demandada, así como el pago de todos los salarios, bonificaciones, primas, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por el pago tardío de las cesantías, indemnización por despido injustificado, así como la devolución por pago de salud, pensión y ARL, y de las retenciones en la fuente pagadas por el demandante.
3. Que se ordene a la entidad demandada que a las sumas adeudadas se les indexe y se le dé cumplimiento a la sentencia según los arts. 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

1. La señora Mery Alexandra Cuellar Mandón, firmó varios contratos de prestación de servicios para apoyo a la gestión jurídica del ente territorial, en el periodo comprendido entre el 16 de octubre de 2009 y el 7 de julio de 2011.
2. Que en la fecha de retiro del servicio la demandante tenía 7 meses de embarazo.
3. Que la demandante prestó sus servicios a la institución por medio de órdenes y/o contratos de prestación de servicios, cumpliendo horario de 8:00 am a 12:00 m y de 2:00 a 6:00 pm, de lunes a viernes y en algunas ocasiones las jornadas se extendían hasta altas horas de la noche.
4. A la demandante nunca le pagaron las prestaciones que si disfrutaban quienes hacían parte de la planta de personal, pero a cambio si le correspondía pagar de su propio peculio la salud, pensión y ARL, del mismo modo que le descontaban el correspondiente 10% por retención en la fuente.
5. Que el día 29 de marzo de 2012, inició las reclamaciones ante la entidad demandada para el reconocimiento de la relación laboral, así como el pago de las prestaciones sociales insolutas, lo que fue negado por medio de los actos administrativos demandados.

#### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas el Preámbulo y los artículos 1, 2, 6, 13, 23, 25, 29, 48, 53 y 83 de la Constitución Política; Art 1º del Decreto 1919 de 2002; Decreto 916 del 2005; Arts. 17, 24, 25, 26, 33, 45, 46 y 59 del Decreto 1045 de 1978; Arts. 49, 56 y 97 del Decreto 1042 de 1978; Art. 3º de la Ley 6ta de 1945; Arts. 2º y 7º del Decreto Ley 2400 de 1968; Art. 1º del Decreto Ley 3074 del 1968; Art. 1º del Decreto 1950 de 1973; Art. 11 del Decreto 3135 de 1968, adicionado por el Art. 1º 3148 de 1968; Art. 51 del Decreto 1848 de 1969; Decreto 11 de 1993; Art. 8º del Decreto 916 de 2005; Art. 2º de la Ley 244 de 1995; Art. 99 de la Ley 50 de 1990 y el Art. 29 de la Ley 789 de 2002.

Al explicar el concepto de violación, expresa que la entidad demanda quebrantó el Artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, porque la demandante ejecutó funciones permanentes por medio de contratos de prestación de servicios, sumado a que terminaron la relación laboral y subordinada, con actitud discriminatoria por ser mujer, con lo cual vulneraron los principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, omitiendo lo que la doctrina y la jurisprudencia han decantado sobre el contrato realidad.

Adiciona, que la entidad demandada viola el fuero constitucional y legal que se le otorga a las mujeres en embarazo, por haberla despedido a sabiendas de su estado de gravidez.

Arguye, que la demandante desempeñó funciones del giro ordinario de la entidad, bajo subordinación de sus superiores, con lo cual queda demostrado que la entidad trató de encubrir una verdadera relación laboral por medio de contratos de prestación de servicios.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada contestó la demanda dentro de los términos establecidos en la ley, pidiendo que se nieguen las pretensiones, porque, según su apoderado, la relación entre las partes siempre estuvo regida por lo estimado en el Art. 32 de la Ley 80 de 1993, amparado en las cláusulas contractuales donde claramente se establecida la independencia y la autonomía que tenía el demandante para ejecutar el servicio pactado y que dicha relación no era laboral, por lo tanto no había lugar al pago de prestaciones sociales, primas legales y extralegales, ni vacaciones.

Argumenta, que no es cierto que la finalización de la relación contractual estuviera relacionada con el estado de gravidez de la demandante, pues la entidad realizó todos los trámites para desarrollar un nuevo contrato de prestación de servicios, sin embargo fue la misma contratista quien se ausentó y sin ninguna explicación optó por no firmar el subsecuente negocio, motivo por el que la entidad no tuvo más opción que expedir un nuevo acto administrativo revocando el registro presupuestal y el CDP dispuesto por la entidad, para soportar económicamente el contrato, de modo que la entidad no vulneró el fuero constitucional que tienen las mujeres embarazadas. Adiciona, que en este caso la finalización de la relación obedeció al término del plazo de ejecución del contrato y a la negativa de la demandante a pactar uno nuevo.

Además, las actividades desarrolladas en virtud del contrato eran temporales y no podían ser cumplidas por ninguno de los empleados de planta, debido a que eran esporádicas, en tal sentido solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

#### LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar mediante sentencia del 11 de septiembre de 2014, negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos<sup>1</sup>:

Para resolver el problema jurídico, el Tribunal realiza un recuento normativo y jurisprudencial sobre lo que se ha enfatizado en cuanto al contrato realidad; para luego realizar un análisis de las pruebas documentales y testimoniales que recaudaron en el proceso, y de donde logró establecer que no cabe duda que hubo una prestación personal del servicio y una remuneración por ello, no obstante en lo que se refiere a la subordinación no se acredita este elemento.

Aduce, que de los testimonios se verifica que contrario a lo manifestado en la demanda no había la exigencia de un horario, por el contrario, la demandante al parecer asistía más o menos dos veces por semana a las instalaciones de la entidad a rendir los informes de su gestión; indicaron los testigos que no se percataron de órdenes directas de los supervisores y que no tenía conocimiento directo de las funciones que ella ejecutaba en la entidad.

En cuanto a la prueba documental, expresa la primera instancia que se acreditan el cumplimiento de determinadas funciones bajo la coordinación del supervisor, pero que los informes de interventoría o los de gestión, no se puede deducir que sus funciones hacían parte del giro ordinario de la entidad, ni mucho menos que estuviera atada a la subordinación para desarrollarlas.

Por todo lo anterior, decide negar las pretensiones de la demanda, pues la parte demandante no logra demostrar la ilegalidad de los actos administrativos demandados.

#### ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

La parte demandante sustenta su recurso de alzada, indicando que no se le podía exigir a la parte demandante la carga de demostrar la subordinación, sino que esta debía tenerse por demostrada e invertirse la carga de la prueba sobre la entidad, según lo señala el Art. 24 del C.S.T. y lo reconoce reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Señala, que no es cierto que la demandante se hubiere reusado a continuar con la prestación de los servicios. Lo que realmente sucedió es que ella había sido víctima de recurrentes abortos espontáneos y no podía continuar desarrollando las actividades contractuales de la misma forma, debido a avanzado estado de embarazo y esta circunstancia produjo como resultado que la entidad decidiera revocar todo el proceso contractual sin la autorización de la demandante, violando con dicha actitud el fuero laboral de las mujeres embarazadas.

Insiste, en que las funciones desempeñadas por la señora Mery Alexandra Cuellar eran permanentes en la entidad, pues los contratos perduraron más de 12 meses, razón por la que no era posible desarrollar estas actividades por medio de contratos de prestación de servicios.

Para terminar expone que la sentencia de primera instancia desconoció la consecuencia jurídica que debía asignársele a la entidad demandada por no exhibir los documentos que se pidieron en la demanda y se ratificaron en los alegatos de conclusión; y con los que se pretendía demostrar que la demandante utilizaba los elementos de trabajo que el empleador le proporcionaba, con lo cual se evidencia que la relación estuvo regida por la subordinación y por tal motivo, con los contratos de prestación de servicios se trató de encubrir una verdadera relación laboral.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, solicita a la segunda instancia que revoque el fallo impugnado y en su lugar se declare el reconocimiento de la relación laboral con el consecuente pago de prestaciones sociales.

#### ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto de fecha 8 de febrero de 2016, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

Vencidos los términos que la ley establece la parte demandada presentó sus alegatos, no obstante, la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

#### CONSIDERACIONES

##### 1.- Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en este caso, según lo propone el apelante en la sustentación de su recurso, se orienta en determinar i) si se logró demostrar la subordinación como elemento fundamental de la relación laboral y quien le corresponde la carga de la prueba; y si ii) la estabilidad laboral por embarazo se extiende a los contratos de prestación de servicios

##### 2.- Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad.

Esta Subsección de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios 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 del artículo 53 de la C.P., 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 establecidos 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.

Así las cosas, en el presente caso, esta Sala reitera lo expuesto en 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-SUJ2-005-16, en relación con los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral<sup>2</sup>. Por ende, se retoman los aspectos desarrollados en los precedentes, en punto del marco conceptual, legal y jurisprudencial de la figura de prestación de servicios frente a las relaciones laborales de carácter legal y reglamentario.

El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral.

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

*“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ”*

*“Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.*

De acuerdo con las citadas normas, el régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone:

*“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”.*

En sentencia C-154-97<sup>3</sup> la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

*“[...] 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” (El resaltado es de la Sala).*

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

*“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

*Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.*

*Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.*

*Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.*

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional, que en sentencia C-614 de 2009, señaló entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral.

Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines señalados en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé 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 (...) la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”* (resaltado fuera de texto).

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, dispuso en materia de empleo público:

*“Art. 19 El Empleo Público.*

*1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*

*2. El diseño de cada empleo debe contener:*

*a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*

*b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*

*c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales” (...).”*

Para que una persona natural desempeñe un cargo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, esto es, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Por otra parte, como ya se ha dicho para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República, prevé:

*“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán 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.*

*En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.*

*PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública”* (subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48, numeral 29 como falta gravísima:

*“29. 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”.*

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

De la solución de las controversias judiciales con ocasión de los contratos de prestación de servicios

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.<sup>4</sup>

Adicional a lo expuesto, el artículo 25 constitucional establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003<sup>5</sup>, la Sala Plena del Consejo de Estado 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 anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de descubrir la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

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.

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, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia<sup>6</sup> para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

*"(...) para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA) que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente".*

### 3.- Caso concreto.

#### 3.1. Lo probado en el proceso.

- Que la señora Mery Alexandra estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios con el Municipio de La Jagua de Ibirico durante los siguientes periodos, de conformidad con la documental aportada al proceso:

No. De Contrato	Fecha de inicio	Fecha de Finalización	Tiempo	Objeto del Contrato	Fls.
087-1 Modificación No. 02	16/10/2009	30/12/2009	2 meses 14 días	Apoyo a la Oficina Jurídica en procesos precontractuales, contractuales y demás asuntos jurídicos que demande el supervisor	194 - 195 C2
002	06/01/2010	30/12/2010	11 meses 24 días	Apoyo a la oficina jurídica en el proceso de reestructuración de pasivos Ley 550 de 1999 y demás asuntos jurídicos que demande el supervisor	383 - 387 C3
007	07/01/2011	07/07/2011	6 meses	Apoyo a la oficina jurídica en el proceso de reestructuración de pasivos Ley 550 de 1999 y demás asuntos jurídicos que demande el supervisor	319 - 324 C2

- Que se expidió contrato de prestación de servicios profesionales No. 264 del 29 de junio de 2011 (fls. 265 a 269), cuyo objeto era el "APOYO A LA SECRETARÍA DE HACIENDA PARA LOS PROCESOS DE GESTIÓN Y RECUPERACIÓN DE CARTERA ...", para ejecutar en el plazo de 5 meses y 15 días, contados a partir del 29 de junio de 2011, pero que no fue suscrito por la señora Mery Alexandra Cuellar Mandón.

- De los informes de interventoría que se observan en los folios 212 y siguientes, se acredita que las funciones desempeñadas por la señora Mery Alexandra Cuellar Mandón eran las relacionadas con el proceso de reestructuración de pasivos regulado en la Ley 550 de 1999; acompañamiento a comités de vigilancia de pagos de acreencias; proyectaba algunas denuncias ante entes de control; revisaba proyectos judiciales activos en el municipio y en Valledupar; respondía algunos derechos de petición.

- Que por medio de la Resolución No. 516 del 5 de agosto de 2011 (fls. 594 y 595), el Municipio de La Jagua de Ibirico resuelve revocar el registro presupuestal No. 622 del 29 de junio de 2011, que servía de soporte al contrato de prestación de servicios No. 264 de 2011, por cuanto la señora Mery Alexandra Cuellar Mandón se abstuvo de suscribir el contrato.

- La demandante interpuso acción de tutela con el propósito de que se conculcaran los derechos a la seguridad social, licencia de maternidad, mínimo vital y protección a la maternidad, la cual fue resuelta por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Jagua de Ibirico el 8 de febrero de 2012 (fls. 311 a 318 C 2), negando las pretensiones, pues según el Juez la entidad demandada desplegó todas las acciones pertinentes en aras de garantizar la continuidad de la prestación del servicio de la accionante, sin embargo, ella no se dispuso a realizar la suscripción del contrato de prestación de servicios.

- Se encuentra demostrado que la demandante a la fecha de finalización del último contrato ejecutado (29 de junio de 2011), se encontraba en estado de gravidez.

- De los testimonios decretados como pruebas de la parte demandante se logró determinar que la demandante no cumplía horario y que su relación diametralmente distinta a la que desarrollaban los empleados que hacían parte de la planta de personal, en cuanto al desarrollo de funciones se refiere.

### 3.2. Solución al caso en concreto

Tal como se ha venido advirtiendo en la parte teórica de la presente providencia, para que se declare la existencia un contrato realidad, la parte demandante está en la obligación de demostrar que durante la relación que se mantuvo entre las partes (particular y entidad pública), se materializaron los tres elementos que conforman un contrato laboral, según lo estima el Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>7</sup>.

Estos tres elementos son la prestación personal del servicio, la continua subordinación y la retribución económica como contraprestación al servicio prestado; así las cosas, cuando en la relación entre las partes hay de por medio un contrato de prestación de servicios escrito, se presume tanto la prestación personal del servicio como la retribución económica, no así con la subordinación la cual debe ser debidamente probada.

En ese sentido, no se puede perder de vista que si bien en la justicia ordinaria opera la presunción establecida en el Artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>8</sup> para que se declare la configuración del contrato realidad establecido en el Art. 53 de la C.P., no ocurre lo mismo cuando hay de por medio en la discusión de un acto administrativo, pues según lo estima el Artículo 88 del CPACA<sup>9</sup>, este goza de presunción de legalidad y por tal razón, quien pretenda la declaratoria de la nulidad del acto tendrá que demostrar que su fundamento es ilegal.

Por tal motivo, quien alegue la existencia del contrato realidad debe probar fehacientemente que en la relación con el ente público estuvo continuamente presente la subordinación, entendida como la potestad que tiene el empleador para dar órdenes, en cuanto a cantidad, calidad y tiempo de trabajo, aplicar reglamentos e imponer sanciones al trabajador por el incumplimiento de sus funciones, situaciones que van en contravía de la autonomía e independencia que caracterizan el contrato de prestación de servicios.

Por otra parte, debido a que la contratación es una actividad reglada del Estado, reiteramos, que los contratos de prestación de servicios con personas naturales han sido autorizados por el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en aquellos eventos en que el personal de planta no es suficiente o no está capacitado, profesional, científica o técnicamente para desarrollar la labor requerida, bien sea administrativa o funcional de la entidad contratante.

En concordancia con esto, el contratista debería estar investido de autonomía e independencia para desarrollar las actividades o funciones que se encuentran debidamente señaladas en el pacto realizado, y que deben desarrollarse dentro de un tiempo previamente delimitado, pues dichas funciones no pueden convertirse en permanentes.

Ahora bien, en el caso particular encontramos que la señora Mery Alexandra Cuellar Mandón en el tiempo comprendido entre el año 2009 y mediados del 2011, ejecutó 3 contratos de prestación de servicios profesionales con el municipio de La Jagua de Ibirico, con diferentes objetos contractuales con lo cual queda en evidencia que la contratación se efectuaba dependiendo de la necesidad del servicio.

Los últimos dos contratos<sup>10</sup> tenía como objeto principal apoyar la gestión jurídica del ente territorial, para que este pudiera cumplir los requisitos que le exigía la Ley 550 de 1999, y de esta forma reestructurar los pasivos. Hecho que, en principio, implica una temporalidad por no ser una condición permanente de las personas jurídicas, lo que justificaría la contratación por prestación de servicios de personal especializado en esa materia que apoye la gestión del municipio para cumplir con este objetivo. Por lo tanto, esta condición de permanencia no la cumple.

Por otra parte, los testigos fueron coincidentes en afirmar que la señora Mery Alexandra Cuellar no cumplía horario, sino que asistía a las instalaciones de la entidad conforme a la conveniencia del horario de ambas partes y más o menos dos veces por semana.

Al respecto es bueno aclarar, que la subordinación como elemento consustancial a la relación laboral, se puede demostrar directamente a través de documentos o testimonios que sin lugar a dudas lleven a la convicción de su presencia en la relación que concreta entre las partes, por ejemplo la imposición de una sanción establecida en el reglamento de trabajo de la institución, sucesivas órdenes directas impartida por quien se considera el superior jerárquico; o probando ciertos hechos que conduzcan a esa conclusión, es decir, la exigencia del cumplimiento de horario, que las funciones solo puedan desarrollarse bajo condiciones impuestas por el contratante, llamados de atención verbales por

incumplimiento de órdenes u horarios, etc., los que pueden ser considerados como indicios que podrían llevar a concluir que efectivamente subsistía una relación laboral.

No obstante, estos hechos no fueron debidamente demostrados en este proceso, por lo tanto, no se podría llegar a concluir que la relación estuvo enmarcada por la subordinación como elemento esencial de todo contrato laboral.

Ahora bien, en cuanto a la alegada estabilidad reforzada por embarazo, es importante recalcar que esta figura opera sólo ante relaciones laborales, de tal manera que para que ella se configure es necesario que se demuestre un contrato realidad entre las partes, para lo cual la Corte Constitucional ha facultado al juez de tutela para que excepcionalmente revise si en el contrato de prestación de servicios se encuentran presentes los elementos de un contrato de trabajo<sup>11</sup>.

Sin embargo, en el caso particular por un lado la parte demandante no logró demostrar que en la relación estuvo presente la subordinación como elemento principal de la relación laboral, tal como se concluyó en precedencia, y de otra parte en la documental que reposa en el expediente se evidencia que la entidad estuvo dispuesta a realizar un nuevo contrato a la demandante y desplegó todos los procedimientos administrativos y legales para lograr este objetivo, hasta el punto de elaborar y suscribir el contrato de prestación de servicios No. 264 del 29 de junio de 2011, empero la señora Mery Alexandra Cuellar nunca acudió a las instalaciones de la entidad a realizar el acto solemne de la firma del documento.

En consecuencia, a la entidad no le quedó más salida que revocar el CDP y el RP que soportaban económicamente el contrato, por medio de la Resolución No. 516 del 5 de agosto de 2011, para de esta forma utilizar estos recursos en la consecución de los fines de la entidad.

Estas razones, son suficientes para considerar que en este caso particular el fuero constitucional de protección al trabajo de las mujeres embarazadas no reúne los elementos para que opere a favor de la demandante, pues como se explicó no se configuró el contrato realidad entre las partes.

En síntesis, se puede llegar a concluir que en este caso la demandante no llegó a desvirtuar la legalidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales que devienen de dicha relación, por tal razón habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia proferida el 11 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Cesar.

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

**F A L L A**

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el día 11 de septiembre de 2014, que negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora Mery Alexandra Cuellar Mandón contra el Municipio de La Jagua de Ibirico - Cesar.

SEGUNDO. - DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutada esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

(Firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. *Folios 655 a 681.*

2. *Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16*

3. *Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.*

4. *Ibidem.*

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

6. 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. Tarsicio Cáceres Toro

7. ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste 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. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

8. ARTICULO 24. PRESUNCION. <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

9. ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

10. Contrato No. 02 de 2010 y el Contrato No. 007 del 2011

11. En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un "contrato realidad", pues "existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral", en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela. En el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando "para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden". Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, "ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo." Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Fecha y hora de creación: 2026-05-21 23:01:09