

CIRCULAR No. 17

30 DE NOVIEMBRE DE 2020

De: Comité de Conciliación y Defensa Judicial Corporación Social de Cundinamarca

Para: La Corporación Social de Cundinamarca.

Asunto: Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico, conciliación temprana y estrategias generales de defensa judicial en materia de configuración del Contrato Realidad.

Fecha 30 de Noviembre de 2020

El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Corporación Social de Cundinamarca, en aras de prevenir el daño antijurídico y fortalecer la defensa judicial de la Entidad, enuncia algunos de los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta por los ordenadores del gasto y los funcionarios que tiene a cargo la actividad contractual en las dependencias de la Corporación Social de cundinamarca, previo el marco normativo que le asiste.

Las normas que se citan a continuación corresponden al marco legal que permite a los Comités de Conciliación de las entidades estatales, dictar lineamientos en aras de prevenir el daño antijurídico y promover la debida defensa judicial de la respectiva entidad.

1. COMPETENCIA Y ALCANCE:

Decreto 1069 de 2015. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"*.

"Artículo 2.2.4.3.1.2.2. Comité de Conciliación. *El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.*

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

(...)"

"Artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones. *El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:*

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antinurídico
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.

Decreto 1716 de 2019. *"Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001"*

"Artículo 19. Funciones. *El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:*

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la Entidad.

(..)

Decreto Departamental 0271 de 2012: "Por medio del cual se adopta el reglamento del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del sector Central del departamento de Cundinamarca".

"Artículo 3: **FUNCIONES:** El Comité de Defensa Judicial Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico".

(..)"

En consideración a que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, estableció lineamientos sobre prevención del daño antijurídico, conciliación temprana y estrategias generales de defensa judicial en materia de configuración del contrato realidad, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Sector Central del Departamento de Cundinamarca, estimó procedente y oportuno acogerla a través de la Circular 002 del 13 de agosto de 2020, y en el mismo sentido lo hará la Corporación Social de Cundinamarca a través de esta Circular.

Bajo el amparo de una gestión efectiva, integral y permanente, que garantice el goce efectivo de los derechos y principios constitucionales, y que permita optimizar los recursos públicos, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado adelantó un estudio en el que se analizaron las providencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sección Segunda del Consejo de Estado, y por la Corte Constitucional, acerca del manejo inadecuado de la figura de la contratación por servicios que desarrolla la Ley 80 de 1993, cuya consecuencia principal para la Administración es la configuración del contrato realidad, y la subsecuente declaratoria de la existencia de una verdadera relación laboral.

En consecuencia, la Agencia considera importante dar a conocer los elementos que en sede judicial son evaluados para declarar la existencia de un contrato realidad, sobre la base de un contrato de prestación de servicios que por su ejecución irregular devino en una relación laboral. Así mismo, estima pertinente que las entidades destinatarias de esta comunicación incluyan en sus planes de prevención del daño antijurídico, defensa judicial y prejudicial, los lineamientos generales para la prevención del daño antijurídico, la conciliación temprana y la defensa, que serán dictados enseguida conforme el precedente analizado.

2. PRINCIPALES FALENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LA BASE DE LAS CUALES SE DECLARA LA CONFIGURACIÓN DE UN CONTRATO REALIDAD

Los contratos de trabajo reciben esa denominación por la configuración de tres elementos esenciales según la Ley laboral, cuyo contenido está desarrollado por la jurisprudencia laboral ordinaria, contenciosa y constitucional, a saber: (i) prestación personal del servicio, (ii) subordinación del trabajador a la dirección del empleador y (iii) salario.

Así cuando un juez estudia la petición de declaratoria de la configuración del contrato realidad de una persona vinculada con una entidad del Estado a través de un contrato de prestación de servicios, verifica que en ese caso concreto se cumplan los tres elementos de configuración de la relación laboral, con especial atención del requisito de la dependencia, cuya validación permite esclarecer si el contratista actuó de forma autónoma en la ejecución del contrato, o por el contrario estaba sujeto al direccionamiento del contratante y debía cumplir horarios cuando no era estrictamente necesario para el desarrollo de la labor, realizaba funciones similares a los funcionarios, cuando existía el personal suficiente para ejecutarlas, etc.



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111321 – Teléfono: 339 0150

 /CundiGob  @CundinamarcaGob
www.cundinamarca.gov.co

En relación con la configuración del elemento de la dependencia, éste se puede extraer de una serie de indicios. Sin embargo, se ha de advertir que la presencia o la ausencia de uno de ellos, no incide, siempre, en su configuración. Así, para considerar acreditada la subordinación en una relación con el Estado, se requiere tener consciencia de todos los hechos que se presentaron en la ejecución del contrato pactado, pues se recuerda, la esencia de la configuración de una relación laboral se deriva de la realidad.

En este contexto, cabe recordar que la declaratoria de un contrato realidad tiene por finalidad, de conformidad con la jurisprudencia analizada: (i) evitar el desconocimiento de los derechos reconocidos a los trabajadores por la Constitución y la Ley, (ii) promover la buena fe en la ejecución de los contratos; (iii) lograr la justicia entre empleadores y trabajadores y (iv) resarcir al trabajador. Así, dado que son diversos los fines que se protegen a través de la adecuada ejecución de los contratos de servicios, puede suceder que, además de las condenas judiciales a que haya lugar en virtud de la declaratoria de un contrato realidad, las entidades y los funcionarios responsables afronten consecuencias disciplinarias. Esto sucede tanto en eventos en que el contrato empieza como uno de prestación de servicios y en ejecución se presentan elementos de una relación laboral, o cuando se logra demostrar que, desde la suscripción del contrato, el contratante tenía la intención de esconder una verdadera relación laboral.

En el marco de estas precisiones, y para iniciar, la agencia pone a consideración de las entidades destinatarias de esta comunicación, las principales falencias en que incurre la Administración en relación con la materia que se desarrolla, divididas en dos fases:

2.1 En la fase de la celebración del contrato:

- A. Establecer como actividades a desarrollar por el contratista, aquellas similares a las que ejecutan los funcionarios, sin justificar que no se cuenta con el personal suficiente dentro de la planta de la Entidad para desarrollar esa labor.
- B. Establecer como actividades a desarrollar por el contratista, aquellas relacionadas directamente con el objeto social de la entidad, que deben ser ejecutadas de forma permanente por el personal de planta y que estén relacionadas con la Administración o funcionamiento de la entidad, y no aquellas que requieran un conocimiento o experticia determinados.
- C. Suscribir sucesivos contratos de prestación de servicios con el mismo contratista y con el mismo objeto contractual, cuando está relacionado con las funciones de la entidad y no se requieren conocimientos técnicos especializados.
- D. Establecer, cuando no es necesario, disposiciones restrictivas en relación con la forma de ejecución de las labores a cargo del contratista, desconociendo la independencia de aquel en el desarrollo de la actividad.
- E. Redactar cláusulas, cuando el objeto contractual no lo requiere, a través de las cuales se imponga al contratista cumplir un horario permanente en las instalaciones de la entidad por más tiempo del necesario para el desarrollo de sus actividades, solicitar permiso para ausentarse, o estar disponible en todo tiempo, personalmente o a través de cualquier medio personal de comunicación, entre otras similares que den cuenta de situaciones a través de las cuales se pueda inferir que existe subordinación.
- F. Suscribir cláusulas que permitan a la entidad sancionar disciplinariamente al contratista en relación con la ejecución de sus actividades.

2.2 En la fase de ejecución del contrato:



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.

Sede Administrativa.

Código Postal: 111321 – Teléfono: 339 0150

f/CundiGov @CundinamarcaGov

www.cundinamarca.gov.co

- A. Exigir el cumplimiento de horario o reponer horas laborales, y requerir al contratista que permanezca en las instalaciones de la Entidad cuando no se requiere para la ejecución de las actividades derivadas del objeto contractual.
- B. Exigirle al contratista disponibilidad permanente y dedicación exclusiva para cualquier requerimiento que efectúe la administración, en las mismas condiciones exigidas a un trabajador de planta.
- C. Asignarle actividades similares a las funciones que ejecuta el personal de planta, que se presume son de carácter permanente, y desconocer las actividades propias del contrato y la experticia que el contratista acreditó para desarrollar sus labores con autonomía e independencia.
- D. Pedirle al contratista que cumpla labores para las cuales no fue contratado, y solicitarle que asista a reuniones, citas, entrevistas, y demás cuando no guarden relación con la labor contratada por servicios.
- E. Direccionar al contratista en la ejecución de la labor a desarrollar, la forma de hacerlo y los medios para llevarlo a cabo
- F. Exigir al contratista que pida autorización para ausentarse de la entidad, especialmente, cuando su presencia no es necesaria para ejecutar las actividades contratadas y las mismas pueden completarse y darse a conocer al contratante, por ejemplo a través de los diversos medios personales de comunicación.
- G. Variar las condiciones de tiempo, modo y lugar de la prestación de los servicios contratados, de forma tal que la autonomía del contratista se limite o se imponga restricciones que no estén relacionadas con el objeto contractual.
- H. Exigir al contratista que se sujete al reglamento del personal, cuando sea del caso, o que acate cualquier disposición destinada a los funcionarios de planta, por ejemplo, el uso de uniformes, asistencia a eventos de la entidad que no requieren necesariamente de su participación, o similares.
- I. Vigilar constantemente las actividades que realiza el contratista mediante evaluaciones o calificaciones de desempeño.
- J. Amonestar al contratista de forma verbal o por escrito, o sancionarlo disciplinariamente.
- K. Que la administración pierda de vista que la labor por servicios se contrata de forma transitoria y que si la misma se requiere de forma permanente, se debe evaluar la posibilidad de creación del cargo en la planta de personal

3 LINEAMIENTOS GENERALES DEL CICLO DE DEFENSA JURÍDICA

3.1 En materia de prevención del daño antijurídico

3.1.1 En la fase de celebración del contrato

- A.- Suscribir contratos de prestación de servicios en aquellos eventos en los que la actividad a contratar no pueda ser ejecutada por el personal de planta o cuando se justifique que el personal de planta que realiza actividades similares es insuficiente para completarlas, o cuando se requieran conocimientos especializados y experticia acreditada. Para ello es pertinente que la entidad

adelante estudios de necesidad y conveniencia que justifiquen la contratación externa.

- B. Evitar indeterminación y ambigüedad en la descripción del objeto de las actividades a desarrollar por el contratista. La redacción debe ser clara, específica y no dar cabida a diversas interpretaciones, con lo cual se garantiza que las partes entiendan lo mismo del contenido del contrato y se eviten futuras controversias.
- C. Justificar el contrato si, de acuerdo con el objeto del mismo, se requiere que el contratista cumpla un horario, o asista a reuniones, entrevistas o grupos de trabajo en las instalaciones de la entidad u otros lugares, con la única finalidad de dar cabal cumplimiento al objeto suscrito.
- D. Justificar el contrato si, de acuerdo con el objeto del mismo, se requiere que el contratista permanezca en las instalaciones de la entidad. Esta situación puede presentarse cuando, por ejemplo, la información para ejecutar las labores contratadas es de carácter confidencial y no puede ser extraída, o cuando en la entidad se encuentran los recursos requeridos para ejecutar la labor, o similares.
- E. Incluir en el contrato una cláusula que indique que la coordinación para el desarrollo del contrato está a cargo del supervisor del mismo. Igualmente, incluir una cláusula en la cual se establezca que el contratista debe presentar un plan de trabajo en el que indique como ejecutará las labores para las cuales fue contratado, para que sobre la base de lo allí expuesto se realice la supervisión del contrato.
- F. Evitar cláusulas que restrinjan la autonomía técnica, administrativa o financiera del contratista en el cumplimiento del objeto pactado, como aquellas que lo sujeta a la dirección constante de la entidad, a supervisión permanente, a evaluaciones periódicas para conocer el estado de su labor, o similares.
- G. No aplicar al contratista las disposiciones contenidas en los reglamentos internos de trabajo, ni iniciar en su contra procesos disciplinarios que impliquen amonestaciones o sanciones sobre la base de disposiciones que son aplicables al personal de planta.

3.1.2. En relación con las funciones del supervisor del contrato:

- A. Instruir al personal que va a cumplir la función de supervisión, sobre las prácticas relativas a la indebida ejecución de los contratos de prestación de servicios que puedan originar la configuración de un contrato realidad.
- B. Exigir a los supervisores que se encarguen directamente de realizar el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones del contratista, y solicitar informes, aclaraciones o explicaciones sobre la ejecución del contrato.
- C. Además recordar que la coordinación con el contratista se traduce en cuatro acciones (i) Verificar el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales; (ii) Solicitar informes periódicos; (iii) Determinar tiempos de entrega cuando haya lugar a ello, es decir, cuando éstos no estén delimitados en el contrato; y (iv) Constatar la calidad del producto que es entregado. En este último caso se puede hacer observaciones, pedir aclaraciones, o incluso pedir al contratista que lo rehaga, cuando aquel no se ajuste a los estándares de calidad pactadas.

Adicional a lo anterior, la entidad debe informar a los supervisores que la desnaturalización del contrato de prestación de servicios puede llevar a investigaciones disciplinarias.

3.1.3 En la fase de ejecución del contrato:



Calle 39A #18-05 Bogotá D.C.
Sede Administrativa.
Código Postal: 111321 – Teléfono: 339 0150

 /CundiGov  @CundinamarcaGov
www.cundinamarca.gov.co

- A. No exigir al contratista que cumpla horarios, reponga horas laborales o permanezca en las instalaciones de la entidad, cuando para el cumplimiento del objeto contractual no sea necesario, o cuando dichas condiciones no quedaron contenidas y justificadas en el documento contractual suscrito por las partes.
- B. Requerir la permanencia del contratista en las instalaciones de la entidad solo cuando sea indispensable coordinar la ejecución de una labor contratada y o para que desarrollen actividades diferentes a las suscritas en el contrato. En este sentido evitar incluir en el contrato fórmulas como " y las demás funciones que la entidad considere".
- C. No exigir al contratista disponibilidad de tiempo completo para atender cualquier requerimiento que efectúe la entidad, en las mismas condiciones que se le exige a un trabajador de planta, personalmente o a través de cualquier medio personal de comunicación, cuando no se requiera para ejecutar adecuadamente el objeto del contrato.
- D. No exigirle al contratista que pida permiso para ausentarse de la entidad.
- E. No efectuar seguimiento constante a la labor ejecutada por el contratista, sin perjuicio del control y vigilancia sobre la ejecución del contrato sometido a supervisión, orientados a verificar el cumplimiento del objeto pactado. Igualmente, no amonestar o sancionar al contratista por el incumplimiento de órdenes o de alguna de sus labores, no realizarle evaluaciones de desempeño y, en general, no someterlo al reglamento interno de personal.
- F. No modificar las condiciones de tiempo modo y lugar pactadas, afectando de cualquier forma la autonomía del contratista para ejecutar la labor. En caso de que la modificación sea necesaria, informarlo al contratista y contar con su aprobación para efectuarla.
- G. El supervisor asignado no puede delegar la vigilancia de los contratos de prestación servicios que le fue delegada, y por lo tanto, le corresponde velar directamente por el cumplimiento del contrato en término de plazos, calidades, cantidades y adecuada ejecución de los recursos disponibles para su desarrollo. No obstante, en ningún evento los supervisores sustituirán a la entidad en relación con decisiones mayores respecto del contrato supervisado, pues estas corresponden al representante legal de la entidad, para lo cual el supervisor de manera oportuna informará sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones pactadas. Lo anterior con el fin de no fragmentar la comunicación con el contratista y dar pie a conflictos sobre los términos en que fue pactada la actividad contratada.
- H. Evitar que la actividad contratada a través del contrato de prestación de servicios, que es de naturaleza transitoria, se torne permanente, a no ser que se cumpla con los siguientes requisitos: (i) no implique un ejercicio de competencias propias de la entidad, (ii) se trate de funciones o de labores que no se encuentren en el manual específico de requisitos y funciones; y (iii) se trate de contratistas que aportan un saber y una experiencia excepcional con la cual no cuentan en la entidad.
- I. Mantener actualizada la base de datos en donde consten los contratos de prestación de servicios suscritos por la entidad y se relacione las partes contractuales, el objeto del contrato y sus actividades.
- J. Que la entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se cumpla el artículo 122 de la Constitución, en caso de que las actividades

pactadas por medio de un contrato de prestación de servicios demanden una permanencia mayor o indefinida.

3.1.4. En el proceso de elaboración del acto administrativo que resuelve la solicitud elevada por el contratista que considera que existió una relación laboral, en la que pide el reconocimiento de la misma y el pago de prestaciones laborales:

- A. Analizar la situación particular del interesado y evitar el uso de formatos prestablecidos para resolver la petición presentada. Y dar respuesta a cada requerimiento de forma clara, específica y concreta.
- B. En caso de que la petición de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales sea negada, justificar dicha decisión en el análisis de todos los insumos que tiene la entidad para justificar que ya pactó y se ejecutó un contrato de prestación de servicios, como por ejemplo: (i) el contrato, (ii) los documentos donde se pueda contrastar las funciones que desarrolló el contratista y las que son propias de los funcionarios de planta, y (iii) todos los demás documentos que den cuenta de la autonomía del contratista para realizar su labor, en relación con el horario, la entrega de los productos, su permanencia en las instalaciones de la entidad etc. La entidad pública debe valorar si en la respuesta debe hacer alusión a todos los elementos probatorios con los que cuenta, o si estos van a ser usados en caso de que la controversia deba ser resuelta en sede judicial.
- C. Desde la expedición del acto administrativo prever que el contratista puede iniciar acciones judiciales buscando la declaratoria de un contrato realidad, y el subsecuente reconocimiento y pago de prestaciones sociales, con el fin de que la entidad recaude de forma anticipada las pruebas necesarias para fundamentar una posible conciliación o defensa judicial, según el caso.

3.2. En materia de Conciliación Temprana:

Las entidades deben realizar un estudio detallado del caso y dejar constancia del mismo, a fin de determinar si se reúnen los requisitos para conciliar en forma temprana (antes o durante el proceso judicial). Para ello será de gran utilidad, que tanto el abogado a cargo de la ficha técnica del proceso, como los miembros del comité de conciliación, analicen además del cumplimiento de los requisitos legales para que proceda la conciliación, los criterios fijados por la jurisprudencia ordinaria administrativa y constitucional, en relación con la desnaturalización del contrato de prestación de servicios y la configuración de la relación laboral.

Lo anterior con el fin de que se analicen las consideraciones de los despachos para proteger o no los derechos del interesado y los remedios que fueron adoptados en la parte resolutoria de los fallos, en aras de anticipar la posible resolución del caso que afronta la entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la agencia sugiere que las entidades evalúen la posibilidad de conciliar cuando se configuren los tres elementos que determinan la existencia de una relación laboral, a saber: (i) prestación personal del servicio, (ii) subordinación y (iii) salario, y cuando se tenga conocimiento de que las pruebas a favor del contratista en relación con la subordinación, no dejan duda de que la relación contractual fue irregular.

Además, se recuerda a las entidades que los jueces ordinarios, administrativos y constitucionales pueden identificar aquellos casos en que la intención inicial de la contratación por servicios haya sido esconder una relación laboral para no pagar prestaciones sociales, a través de demostrar, por ejemplo, que la contratación irregular es una práctica recurrente de la entidad, que se trata de contratos prolongados o renovados por tiempo indefinido, o que hay varios contratistas en similares situaciones de hecho, etc.

Dado que esta situación resulta sumamente irregular, puede conllevar a que jueces, después de adoptar las decisiones para proteger derechos fundamentales afectado, solicite investigaciones disciplinarias y penales contra la entidad y los funcionarios involucrados. Por lo tanto, también se recomienda adoptar las medidas necesarias para evitar ese tipo de decisiones.

Finalmente, se advierte que, pese a que el acuerdo conciliatorio es una expresión de autonomía de la voluntad de las partes, no se deben proponer o aceptar fórmulas de arreglo evidentemente lesivas, desequilibradas o abusivas en contra del Estado o del particular afectado por la actuación u omisión de la Administración, dado que las mismas pueden ser improbadas por los jueces competentes en sede de control de legalidad.

3.3. En materia de Defensa Judicial:

3.3.1. En relación con la presentación de los argumentos dentro del proceso judicial y de las pruebas que sustentan su defensa:

- A. Verificar que no haya prescrito la acción a través de la cual el contratista pide la declaratoria del contrato realidad y, en los casos en que aplique, proponen la excepción para que sea declarada respecto de los derechos afectados por este fenómeno.
- B. Tener presente que existen diferencias respecto de cada una de las jurisdicciones en cuanto a la aplicación del término de prescripción de los derechos prestacionales que se derivan de la configuración de una relación laboral. Así para el Consejo de Estado se empieza a contar desde la ejecutoria de la sentencia que declara la relación laboral, siempre y cuando los demandantes hayan presentado su reclamación de pago ante la Administración máximo dentro de los 3 años siguientes a la terminación de su último contrato de prestación de servicios, so pena que prescriba su derecho. En cambio, en la jurisdicción ordinaria la prescripción de los derechos derivados de la configuración de un contrato realidad se hace exigibles desde cuando las obligaciones se causaron, y se interrumpe con la reclamación administrativa o la presentación de la demanda.
- C. Contestar de manera oportuna la demanda, proponer excepciones y allegar o solicitar los elementos probatorios necesarios que sustenten la tesis planteada en la contestación. Además, evitar el uso de formatos prestablecidos para dar respuesta a los requerimientos del juez.
- D. Debatir la ausencia de los elementos que configuran la existencia de una relación laboral y ahondar en la existencia de las características del contrato de prestación de servicios.
- E. No allegar como única prueba para desvirtuar la existencia de una relación laboral el contrato de prestación de servicios, ni señalar que la parte demandante aceptó voluntariamente los términos del contrato. Por el contrario, se deben presentar pruebas que den cuenta de la situación real en la que se desarrolló la relación con la Administración, de la cual se logre inferir que no se configura el elemento de la subordinación.
- F. Alegar la presencia del elemento de la autonomía en la ejecución del contrato de prestación de servicios y presentar, cuando sea pertinente, pruebas como (i) la existencia de otra relación contractual por parte del contratista, (ii) la experticia necesaria del contratista y la ausencia de esta por parte de los funcionarios de planta, (iii) la asunción por cuenta del contratista de los gastos que demandaba la ejecución del contrato y de las responsabilidades por los daños o pérdida que se ocasionaran en el cumplimiento de la labor pactada, (iv) la presentación de cuentas

de cobro de honorarios por parte del contratista, y (v) los informes que dan cuenta de la entrega de los productos al supervisor del contrato, entre otros.

- G. Argumentar como un hecho indicador de que no se requería la prestación personal del servicio, que en el contrato existe una cláusula de sustitución o que la misma tuvo lugar en algún momento de la ejecución del contrato, o que el contratista contrataba a terceras personas para la ejecución de la actividad encomendada, etc.
- H. Debatar que el horario, por sí solo, no es indicativo de subordinación y que existen labores de coordinación derivadas del contrato que requieren que las partes se reúnan o que el contratista este a disposición en ciertas horas o en determinados espacios, sin que ello limite su autonomía funcional.
- I. Justificar que el desarrollo de la labor de coordinación incluye, además del cumplimiento de un horario cuando aquél es pactado, recibir una serie de instrucciones, estar presente en diversos escenarios, o exigir al contratista reportar informes sobre sus resultados, igualmente, sin que ello signifique que se limitó la autonomía del contratista y sostener, de ser el caso, que la permanencia en las instalaciones de la entidad por parte del contratista fue porque era necesario para cumplir determinada labor o por voluntad.
- J. Tener en cuenta que la jurisdicción ordinaria laboral, por disposición del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, presume que existió relación laboral con la sola prueba de la prestación personal y permanente del servicio. No obstante, le corresponde a la entidad desvirtuar la referente presunción, para lo cual debe desplegar una actividad probatoria dirigida a demostrar la independencia y autonomía del contratista en la realización de las actividades contratadas. Caso distinto ocurre en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en donde es necesario que el demandante pruebe, además de la prestación personal y permanente del servicio, los elementos de la subordinación y el salario.
- K. Tener presente que en la jurisdicción contencioso administrativa la carga de la prueba le corresponde al actor y existe el principio de legalidad del acto administrativo que se demanda. Empero lo anterior no debe ser considerado por la administración como una situación que propicie la inactividad procesal y, por el contrario, aquella debe desvirtuar los elementos que eventualmente configuran la relación laboral, así como fortalecer la existencia de las características del contrato de prestación de servicios.
- L. Aducir que el contratista realizó sus funciones con autonomía por cuanto no seguía órdenes de modo, tiempo y calidad del trabajo. Además, que aquél tenía iniciativa en la ejecución de la actividad encomendada y podía aceptar o rechazar determinada actividad por considerar que no se ajustaba al objeto del contrato.
- M. Allegar copia de los contratos como prueba de las actividades realizadas y copia de la descripción de las funciones de los empleados de planta, con el fin de evidenciar que no existe similitud entre unas y otras.
- N. Allegar como prueba los productos derivados de la ejecución del contrato y los informes de gestión, con el fin de evidenciar que el desarrollo del contrato se sujetó a lo allí pactado, sin que el supervisor exigiera labores adicionales.
- O. Ante la existencia de diversos contratos de prestación de servicios con un mismo contratista, aducir que los objetos contratados no guardan relación con las funciones principales de la entidad pública, y que el contratista no desarrollaba actividades iguales a las desarrolladas por los funcionarios de planta, además que siempre fue su experticia el criterio preponderante que se evaluó para realizar la contratación.

- P. Probar que lo que no es objeto de coordinación entre las partes se deja bajo la independencia del contratista, lo que conlleva a tomar decisiones por su cuenta y riesgo.
- Q. Evaluar la idoneidad de los testigos de la parte demandante, y de ser el caso, desvirtuar el testimonio con base en su falta de credibilidad e imparcialidad, por ser personas que se encuentran en la misma institución del demandante, concretamente, por ser contratistas o estar reclamando las mismas pretensiones en discusión.
- R. Presentar testigos, como el supervisor del contrato, que describan la forma como el contratista realiza las actividades encomendadas. Igualmente, hacer preguntas que lleven a concluir que la actividad que ejecutó necesitaba de una serie de conocimientos especializados y por lo tanto, que no era posible desarrollarla con funcionarios de planta. Además, que al ser el demandante el único que tenía conocimiento y experiencia, no podía recibir órdenes o instrucciones de cómo debía desempeñar sus funciones y por ello no se configuró el elemento de la subordinación.
- S. En caso de que solicite la declaración del representante legal de la Entidad, o el interrogatorio de parte, según sea la jurisdicción contenciosa o la ordinaria, quien desempeñe esta función debe documentarse e informarse suficientemente respecto de la demanda y su contestación, así como de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución del contrato, para responder con solvencia. Lo anterior, dado que no le es posible manifestar que no le constan los hechos o que está dentro de sus funciones o competencias responder determinada pregunta sobre un tema puntual.

3.3.2. En relación con las consecuencias de la declaratoria del contrato realidad:

- A. Tener presente que la declaratoria de una verdadera relación laboral por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no implica que el demandante obtenga la calidad de empleado público o que se ordene reintegrarlo a un cargo de planta.
- B. Tener en cuenta que la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo por parte de la jurisdicción ordinaria laboral, implica que ésta contemple el reconocimiento de derechos y prestaciones propios de la condición de trabajador oficial, dentro de los cuales tiene cabida beneficios extralegales derivados de las convenciones colectivas, si a ello hubiera lugar.
- C. Allegar prueba del valor del contrato en caso de prever una condena por la declaratoria de una relación laboral, con el fin de que las prestaciones sociales sean liquidadas con base en ese documento, o argumentar que se vulnera el derecho a la igualdad si las prestaciones se liquidan con base en monto pactado, en relación con un empleo público que pese a que tiene las mismas actividades recibe un salario menor.
- D. Verificar si el demandante realizó el pago de la seguridad social, con el fin de determinar si es necesario reembolsar el valor pagado.

3.3.3. En relación con el ejercicio de la acción de tutela:

Tener en cuenta que la acción constitucional procede como mecanismo residual y transitorio ante la configuración de un perjuicio irremediable, por la amenaza o riesgo del derecho fundamental al mínimo vital. En dichos casos, la defensa debe hacer énfasis en la improcedencia de este mecanismo, indicando que existe la vía ordinaria, que es eficaz, dado que, debido a la oralidad del procedimiento, el tiempo para resolver es razonable, o

porque en realidad no existe un riesgo para el goce efectivo del derecho presuntamente vulnerado.

El fundamento y soporte de esta comunicación se encuentra en el documento especializado "jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad", que está a disposición para consulta a través de la plataforma eKogui, Módulo de jurisprudencia".



ADRIANA CAROLINA SERRANO TRUJILLO
Presidente
Comité de Conciliación y Defensa Judicial



Elaboró: Sandra Patricia Mendoza G.
Abogada de Apoyo, Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Julián Duarte C.
Jefe Oficina Asesora Jurídica

