



**La prueba del elemento subordinación en los procesos judiciales en la relación
laboral encubierta**

**Juan David Rodríguez Cardona
Claudia Nelly García Agudelo**

Trabajo de grado presentado para optar al título de Magíster en Derecho

**Director
Jaiver Camargo Arteaga
Magister en Argumentación Jurídica**

**Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2025**



**La prueba del elemento subordinación en los procesos judiciales en la relación
laboral encubierta**

**Juan David Rodríguez Cardona
Claudia Nelly García Agudelo**

**Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2025**

Medellín, 12 de Febrero de 2025

**Juan David Rodríguez Cardona y Claudia Nelly García
Agudelo declaramos que:**

“El contenido de este documento no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad”

Firma



Juan David Rodríguez C.

Contenido

Resumen	5
Introducción	7
1. Línea jurisprudencial	9
2. Comparación entre la normativa de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción contenciosa administrativa	14
3. ¿Es posible aplicar la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria en lo contencioso administrativo?	16
4. Elementos para determinar la configuración de la subordinación en la relación laboral encubierta	18
5. Conclusiones	24
Referencias	25

Resumen

La facultad de contratación otorgada a las entidades públicas por la Ley 80 de 1993, ha traído como consecuencia que estas entidades usen excesivamente esta forma de contratación por razones legales, funcionales, económicas y burocráticas, mutando los contratos de prestación de servicios a verdaderas relaciones de trabajo, trayendo alta litigiosidad en un asunto frente al tanto la doctrina como la jurisprudencia han evidenciado gran dificultad para establecer la existencia del elemento subordinación, haciéndose evidente en decisiones disonantes en la jurisdicción contenciosa. La mencionada dificultad crea una zona de penumbra que conlleva a la desnaturalización del contrato por prestación de servicios por parte de las entidades públicas con la dificultad adicional que para para la declaratoria de una relación laboral encubierta –contrario a lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria– la carga de la prueba le corresponde al demandante. Para esta investigación se utilizó el método cualitativo, que emplea la recolección de datos sin medición numérica y el enfoque de la investigación es documental, seleccionando documentos desde el 2016 al 2024. Con el presente artículo, se establecerá un estándar probatorio que permita tener un grado de seguridad jurídica tanto al juez como a las partes al momento de emitirse el fallo.

Palabras clave: contrato de prestación de servicios, relación laboral encubierta, subordinación, coordinación, carga probatoria.

Abstract

The contracting authority granted to public entities by Law 80 of 1993 has resulted in them making excessive use of this form of contracting for multiple reasons, including legal, functional, economic, and bureaucratic factors, transforming these service contracts into genuine employment relationships, leading to a high level of litigation in this area. Furthermore, legal doctrine and case law have shown that it is very difficult to establish the existence of subordination, as evidenced by conflicting decisions in contentious jurisdiction. This difficulty creates a gray area that leads to the distortion of service contracts by public entities, and that, contrary to what occurs in ordinary jurisdiction, the burden of proof for declaring a covert employment relationship falls on the plaintiff. This research used a qualitative method, which involves collecting data without numerical measurement, and the research approach is documentary, selecting documents from 2016 to 2024.

This article will establish a standard of proof that provides a degree of legal certainty for both the judge and the parties when the ruling is issued.

Keywords: Service Provision Contract, Concealed Employment Relationship, Subordination, Coordination, Burden of Proof.

Introducción

La contratación estatal en Colombia se encuentra regulada principalmente por la Ley 80 de 1993, la cual consagra, entre otros aspectos, la forma en que las entidades públicas pueden vincular personal. La norma indica que mediante la contratación directa se pueden realizar contratos de prestación de servicios. El artículo 32 de esta ley, establece que las entidades públicas pueden celebrar este tipo de contrato para desarrollar actividades de manera temporal que no pueden ser ejecutadas por el personal de planta.

En el presente trabajo se desarrolla una investigación de tipo cualitativo para lo cual se empleó la recolección de datos sin medición numérica, con el propósito de descubrir o afinar preguntas de investigación durante el desarrollo de la interpretación, por lo que el enfoque de la investigación es documental, teniendo como lapso de tiempo 2016 al 2024. Se realizó la revisión de la literatura existente, la recolección de datos y análisis preliminares de la información encontrada, depurando conceptualmente las categorías que van resultando.

Todo lo anterior, con el propósito de establecer unos mecanismos de prueba para el elemento subordinación en las relaciones laborales encubiertas mediante contratos de prestación de servicios de las entidades públicas, para ello, se desarrollarán cuatro capítulos de la siguiente manera: en el primer capítulo, se hablará de la línea jurisprudencial en materia de las relaciones encubiertas en la jurisdicción ordinaria laboral y la jurisdicción contenciosa administrativa, así como lo indicado por la OIT y la Corte Constitucional en este tema; en el segundo capítulo se realizará una comparación normativa entre las dos jurisdicciones mencionadas para evidenciar las diferencias en cada una de ellas; en el capítulo tercero se analizará si es viable aplicar o no la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria en la jurisdicción contenciosa administrativa y los motivos para ello; finalmente, en el cuarto capítulo se establecerá los elementos necesarios para determinar la configuración de la subordinación en la relación encubierta, que no son los mismos

en todos los casos, porque cada relación laboral tiene su particularidad y debe ser valorada conforme a los hechos y pruebas que se evidencien en cada asunto.

1. Línea jurisprudencial

La Organización Internacional del Trabajo, define el trabajo como una actividad desarrollada con el propósito de recibir una remuneración sin importar su tipo de vinculación, en este sentido la OIT preceptuó que:

Se define el trabajo como el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos. El empleo es definido como trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie), sin importar la relación de dependencia (OIT, 2018)

La Ley 80 de 1993, por su parte, dispone, en lo relativo a la contratación por parte de las entidades públicas que:

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.

Por su parte, la jurisdicción ordinaria laboral, en el artículo 22 del Código Sustantivo del trabajo establece lo siguiente:

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

Ahora bien, en lo que atañe a los tres elementos esenciales en la configuración de la relación laboral, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo indica:

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 o trabajadora respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponer 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 o trabajadora, en concordancia con los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos relativos a la materia ratificados por Colombia que sean de carácter vinculante.

Aquellas facultades no pueden constituirse en un factor de discriminación basado en el sexo, la identidad de género, la orientación sexual, la raza, el color, etnia, el origen nacional, la discapacidad, la condición familiar, edad, condiciones económicas, condiciones sobrevinientes de salud, preferencias políticas o religiosas, como tampoco por el ejercicio de la sindicalización. El Ministerio del Trabajo adelantará las actuaciones administrativas correspondientes y sancionará de acuerdo con las normas vigentes.

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.

En este mismo sentido, sobre el tema del contrato de prestación de servicios, la Corte Constitucional en la Sentencia C-154 de 1997, analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral. El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o la dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

Se podría indicar que la ejecución de *órdenes de prestación de servicios* sucesivas, o la *firma de contratos de prestación de servicios* de manera continua e ininterrumpida durante más de tres años, en este caso particular, desdibuja la figura de la coordinación y, por ende, se desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio (Corte Constitucional, 2009). En esta misma providencia se establece que cuando se requiere la prestación de un servicio que será de carácter permanente, dicho puesto debe ser ocupado únicamente por empleados contratados laboralmente y no por aquellos que trabajen bajo prestación de servicios, según lo descrito en el Decreto 2400 de 1968 en su artículo 2 (Benjumea y Arévalo, 2024; Castrillón, 2022).

En lo que respecta al Consejo de Estado, en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de Agosto de 2016, reconoció la relación laboral en virtud de que existía el mismo cargo, con las mismas funciones en la planta de la entidad demandable, aquí bastó con esta homologación sin profundizar en otros temas para establecer la subordinación. Posteriormente, en Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, la misma definió los criterios para identificar una relación laboral encubierta por contrato de prestación de servicios, poniendo un freno a la práctica indiscriminada que venían ejerciendo las entidades estatales respecto de esta forma de contratación que, en algunas ocasiones, disimulaba una verdadera relación laboral entre las partes.

El Consejo de Estado señaló que este tipo de contrataciones utilizadas de manera excesiva, desconocen las garantías especiales de la relación laboral, por lo cual llamó la atención frente a esta práctica abusiva y repetitiva en la administración, la cual ya había sido advertida por la OIT en la Recomendación 198 de 2006, en donde invitó a los Estados miembros a proteger los derechos laborales de los trabajadores y a eliminar esta práctica de “empleos encubiertos”. Señala la mencionada providencia que:

69. Si se comparan, no existe gran diferencia entre el contrato de prestación de servicios (que oculta una relación laboral) y el empleo encubierto que define en este caso la OIT. Al igual que este, presenta ‘una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley’; una práctica contractual que se ve favorecida por la ambigüedad de las obligaciones de las partes interesadas, o ‘cuando existen vacíos o insuficiencias en la legislación, inclusive con respecto a la interpretación o la aplicación de las disposiciones jurídicas’ (Consejo de Estado, 2021).

Asimismo, explicó la naturaleza jurídica de los contratos estatales de prestación de servicios, e indicó que su objeto principal está regulado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y es el de “desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”. También Adujo que, debe formalizarse a través de la contratación directa regulada por el artículo 2°, numeral 4°, literal h), de la Ley 1150 de 2007, que señala que solo procede:

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales (...) por lo tanto, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública –como peritos, técnicos y obreros–; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto

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

En la citada sentencia de 2021, el Consejo de Estado definió los siguientes presupuestos:

- La temporalidad como elemento sine qua non en los contratos de prestación de servicios.
- Fijó el término de 30 días hábiles para computar la interrupción de los contratos estatales.
- Improcedencia de la devolución de lo pagado por el contratista por conceptos de seguridad social.

En este mismo sentido, Castrillón (2022) afirma que la indebida utilización de los contratos de prestación de servicios, para enmascarar relaciones laborales continúa siendo un tema recurrente en la doctrina y en la jurisprudencia, pues pese a todas las advertencias, llamados de atención y condenas impuestas, los entes públicos siguen abusando de la tipología contractual.

2. Comparación entre la normativa de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción contenciosa administrativa

Teniendo clara la problemática que se viene abordando, de las relaciones laborales encubiertas por los contratos de prestación de servicios, es del caso adentrarnos en la normatividad de cada una de las jurisdicciones que regulan este asunto, para entender el alcance de la aplicación de las normas en cada una de ellas.

Tabla.

Comparación normativa y jurisprudencial

Normatividad y jurisprudencia ordinaria laboral	Normativa común en ambas	Normatividad y jurisprudencia contencioso administrativo
Artículo 22 del C.S.T.	Artículo 13 Constitución Política.	Artículo 32, Ley 80 de 1993
Artículo 23 del C.S.T.		Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001233300020130026001. Sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16.
Artículo 24 del C.S.T.	Artículo 25 Constitución Política.	
Artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.	Artículo 53 Constitución Política.	
Decreto 1950 de 1973	Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997.	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B M.P. César Palomino Cortés, Sentencia 00799 de 2018
Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Fernando Castillo Cadena, CSJ SL4537-2019, Radicación número:73936, Acta 73936	Corte Constitucional Sentencia C-614 de 2009 Recomendación Organización Internacional del Trabajo No. 198 sobre la relación de trabajo, adoptada por la OIT en 2006	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Bogotá, D. C., 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01. Sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021.
Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No3, M.P. Donald José Dix Ponnefz, SL828-2024, Radicación número 87905, Acta 12	Organización Internacional del Trabajo el 9 de agosto de 2004 ¿Qué es el trabajo decente?	
Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, MP. Iván Mauricio Lenis Gómez SL3186-2024, Radicación número 68162, Acta 28	Corte Constitucional Sentencia T-040 de 2018 Corte Constitucional Sentencia T-388 de 2020	

Tabla realizada por los autores

Este tema de las relaciones laborales encubiertas ha sido abordado por estudiantes de algunas universidades, como es el caso de los autores Leonardo Serrano Varón, María Lucía Varón Daza y José Manuel González Sánchez en su trabajo de grado *Análisis de la aplicación del Principio de la Primacía de la realidad sobre la formalidad en el contrato de prestación de servicios, a la luz de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2/2021 del Consejo de Estado*, quienes afirman que el Consejo de Estado también ha hecho lo propio, consolidando el principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad a partir del postulado constitucional de 1991 contenido en el artículo 53, orientando sus pronunciamientos a dilucidar la regulación de las relaciones laborales que se desarrollan en el marco del funcionamiento de la administración pública.

Una clara representación de ello es el pronunciamiento realizado por la Subsección Segunda del Consejo de Estado en 1993, donde indicó que en el momento procesal en el cual se rompe los elementos trascendentales de la prestación de servicios y, por el contrario, se configuran los propios de una relación laboral, inevitablemente se predicará la existencia del contrato realidad, basada en la proximidad a las funciones adelantadas por los funcionarios de planta de la entidad.

3. ¿Es posible aplicar la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria en lo contencioso administrativo?

De conformidad, con el capítulo anterior, se advierte que si bien ambas jurisdicciones tienen una normatividad en común para declarar la existencia de una relación laboral, lo cierto es que para el análisis de cada caso concreto, se debe tener en cuenta si se trata de derecho privado o de derecho público, porque en el primer caso se están debatiendo derechos y obligaciones entre particulares, mientras que en el segundo caso, están de por medio los intereses no solo del trabajador o contratista, sino también los intereses del Estado, como es el patrimonio público.

En este sentido, se evidencia una gran diferencia al momento de interponer una demanda ante la jurisdicción ordinaria-laboral y la jurisdicción contenciosa administrativa, específicamente en lo relativo a la cuestión de a qué parte le corresponde la carga de la prueba, pues en la ordinaria laboral es al empleador (demandado) a quien le corresponde desvirtuar los hechos de la demanda para que no prosperen las pretensiones, esto de conformidad con el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y de acuerdo a lo indicado en diferentes sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la que indicó:

Si la encausada quería enervar la presunción consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, tenía la carga de acreditar que el nexo se desarrolló de manera autónoma e independiente, mas no limitarse a hacer alusión a los documentos que desde el punto de vista formal, fueron denominados *contratos de prestación de servicios*. (Corte Suprema de Justicia, 2024).

No pasa lo mismo en la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto es al demandante a quien corresponde probar los hechos sobre los que funda sus pretensiones, para que se declare la existencia de una relación encubierta. Se invierte así la carga de la prueba en relación con la jurisdicción ordinaria, esto

conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, han existido situaciones en las que el Consejo de Estado ha invertido la carga de la prueba, tal como lo señala Meléndez Caraballo (2023) en su trabajo *Controversias en la aplicación de la presunción jurisprudencial de subordinación laboral dentro de los procesos de contrato realidad en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, al indicar que si bien no existe una presunción legal de subordinación laboral para la jurisdicción contenciosa que guíe el criterio del juez para resolver dichos casos, no se puede perder de vista que el Consejo de Estado en ciertos casos ha establecido presunciones de carácter jurisprudencial sobre la subordinación de la relación laboral cuando se presta servicios mediante OPS, como es el caso de contratar docentes mediante contratos de prestación de servicios en los que se presume que dicha labor es subordinada (Consejo de Estado, 2016), por medio de estas presunciones jurisprudenciales el Consejo de Estado invierte la carga de la prueba sobre la entidad de desvirtuar la subordinación laboral, dándole por acreditada de forma presunta por el solo hecho de suscribirse el contrato de prestación de servicios profesionales para contratar un docente contratista.

4. Elementos para determinar la configuración de la subordinación en la relación laboral encubierta

Aparentemente, el desarrollo jurisprudencial efectuado por el Consejo de Estado ha definido un estándar probatorio para resolver los procesos en los que se discute la existencia de una relación laboral encubierta, en el sentido de que al igual que en la jurisdicción ordinaria se debe acreditar la prestación personal del servicio, una remuneración o salario y la subordinación.

El elemento problemático de cara a resolver este tipo de conflicto es diferenciar si la relación contractual se rige por el marco de la coordinación propia del contrato de prestación de servicios o, por el contrario, bajo la subordinación propia de una relación laboral.

Dicha dificultad, ha sido reconocida por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo en Sentencia CE-SUJ2-025-21 donde se indicó:

De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

La doctrina no ha sido ajena a esta problemática, Castrillón Arango (2022), propuso a modo de solución una modificación al numeral 3 de la Ley 80 que restrinja la contratación por medio de prestación de servicios en los casos de insuficiencia de personal, y limitándola a casos de estudios o de experiencia de alta cualificación. Esto restringiría la contratación para actividades del “giro ordinario” de la Administración y solo para la asesoría institucional, desvinculándose de las

actividades meramente operativas, logísticas o asistenciales. De no ser posible lo anterior, propone el autor limitar la contratación por este medio con base en el personal de planta de la entidad o atender al criterio de temporalidad que debe regirla.

Finalmente alude a la importancia de que las altas cortes deben aclarar la contradicción dado que permiten la vinculación por prestación de servicios para desarrollar actividades misionales de la empresa, pero no para actividades permanentes, lo que abre un espectro importante para el uso indebido de este tipo de contratos.

La problemática de las relaciones laborales encubiertas también ha sido abordada en el contexto latinoamericano. En particular, Bruno Santiago Pacheco Jiménez, en su trabajo de titulación, estudia el fenómeno del fraude laboral derivado del uso de figuras civiles (como el contrato de prestación de servicios) para encubrir verdaderas relaciones de trabajo y eludir las obligaciones patronales. Y en su planteamiento, se evidencia que, aun cuando Colombia cuenta con un reconocimiento constitucional del principio de primacía de la realidad, su eficacia depende de la valoración probatoria judicial. En cambio, el modelo propuesto para Ecuador busca transformar ese principio en una herramienta procesal con efectos inmediatos, este contraste revela la necesidad de fortalecer en Colombia los mecanismos probatorios que materialicen dicho principio en los procesos contencioso-administrativos.

Por otro lado, en Perú, la promulgación de la Ley procesal del trabajo (2010), supuso un cambio en el esquema procesal, ya que instauró la presunción *iuris tantum* de la existencia de un contrato de trabajo, y se da la inversión de la carga de la prueba para el empleador, cuando existen argumentos de estar bajo una situación de fraude laboral.

A diferencia del ordenamiento peruano, en el que la inversión de la carga de la prueba opera de manera expresa y general, incluso cuando el empleador es una entidad estatal, el sistema colombiano mantiene un esquema más restrictivo y discrecional. El artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo peruana (Ley

29497) impone al empleador –sea público o privado– la obligación de acreditar la autonomía de la prestación de servicios, cuando el trabajador alega la existencia de subordinación, lo que traduce una inversión legal de la carga probatoria respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú (STC Expediente N.º 00002-2010-PI/TC).

En contraste, en Colombia la redistribución probatoria frente al Estado empleador no tiene consagración legal, sino que responde a una construcción jurisprudencial basada en la carga dinámica de la prueba y en los principios de favorabilidad y primacía de la realidad. Así, el Consejo de Estado ha reconocido que la administración tiene un deber de colaboración probatoria, mas no una carga invertida automática, lo que deja al juez un margen de apreciación para determinar quién se encuentra en mejor posición de acreditar los hechos. Esta diferencia refleja que, mientras en Perú la inversión probatoria constituye una herramienta imperativa de tutela laboral, en Colombia sigue siendo un mecanismo facultativo y dependiendo del criterio judicial, especialmente en los procesos de contrato realidad promovidos contra el Estado.

El análisis comparado permite advertir que la principal falencia del modelo colombiano en materia de relaciones laborales encubiertas con el Estado no radica en la inexistencia de criterios sustantivos para determinar la subordinación, sino en la ausencia de un régimen probatorio eficaz que garantice su demostración en condiciones de igualdad procesal. La experiencia peruana evidencia que la inversión legal de la carga de la prueba, aplicable tanto a empleadores públicos como privados, constituye un instrumento idóneo para materializar el principio de primacía de la realidad y superar las asimetrías estructurales que enfrenta el contratista frente a la administración.

La adopción de un modelo semejante en la jurisdicción contenciosa colombiana –sea por vía jurisprudencial o normativa– representaría un avance sustantivo en la protección del trabajo digno, al trasladar a la entidad estatal la obligación de acreditar la autonomía del vínculo contractual una vez demostrada la prestación personal del servicio. Esta inversión probatoria no implicaría una

alteración del equilibrio procesal, sino la concreción del mandato constitucional de protección al trabajo y de efectividad de los derechos sustantivos (artículo 53 de la Constitución), permitiendo que el juez contencioso resuelva conforme a la realidad material y no a la forma jurídica.

La incorporación de esta regla probatoria, inspirada en la experiencia peruana, se erige como la solución estructural al problema histórico de la prueba de la subordinación en los procesos de contrato realidad en Colombia, consolidando así un estándar de valoración que armoniza la justicia material con la seguridad jurídica.

Como ya se estudió en acápite precedente, los criterios que unificó el Consejo de Estado en la CE-SUJ2-025-21 de 2021, se limitaron a lo temporal, esto es a la modificación del término de 15 a 30 días de la solución de continuidad, y a definir el término estrictamente indispensable del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Así pues, fijó como indicios para establecer la existencia de una relación laboral encubierta: i) lugar de trabajo determinado; ii) cumplimiento de horario; iii) dirección y control de las actividades a ejecutar; iv) que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

Chavys Yajaira Ortega (2022) en su ensayo *Principio de la primacía de la realidad sobre las formas* indicó que se deben tener en cuenta aspectos con los cuales se puede probar una subordinación y por ende configurarse un contrato de trabajo: indicios como la existencia y aplicación de un horario de trabajo, la asignación de turnos o la obligatoriedad de *marcar tarjeta* al ingreso al lugar de trabajo, los llamados de atención por escrito o vía correo electrónico o el reconocimiento de viáticos, son factores para suponer la subordinación de una persona hacia un jefe o una organización (Cuesta y Zota, 2016).

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece los presupuestos en los cuales una entidad estatal está facultada para contratar por prestación de servicios, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la

entidad. Estos contratos, solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

Dichos criterios han resultado insuficientes, para limitar el abuso de la contratación por prestación de servicios, lo que a la postre deriva en un alto grado de litigiosidad que aporta a la congestión ya conocida de la jurisdicción contenciosa administrativa. Lo anterior hace que sea imperioso proponer un estándar probatorio que permita tanto a las potenciales partes de estos conflictos, como al operador judicial, establecer cuando se está frente a una verdadera relación laboral y no, a una en virtud de un contrato de prestación de servicios.

Por estándar probatorio debe entenderse el conjunto de criterios que orientan al juez en la valoración de los medios de prueba, permitiéndole determinar cuándo los elementos de prestación personal, remuneración y subordinación se encuentran suficientemente acreditados para declarar la existencia de una relación laboral. Este estándar busca unificar los parámetros de convicción judicial y reducir la dispersión interpretativa existente en la jurisdicción contenciosa, lo cual no solo permitiría una mayor coherencia decisonal y reducción de la litigiosidad, sino que garantizaría una protección más efectiva del principio de primacía de la realidad en el ámbito público. En este sentido, se propone el siguiente estándar probatorio, en lo contencioso administrativo, pero no solo de cara al demandante o contratista, sino también de cara al demandado, que es el Estado.

En materia de vinculación mediante contratos de prestación de servicios en entidades estatales, corresponderá a la entidad demandada desvirtuar la presunción de relación laboral encubierta, acreditando el cumplimiento de las exigencias previstas en la Ley 80 de 1993. En particular, deberá demostrar que las actividades desarrolladas por el contratista no podían ser ejecutadas por personal de planta y que dichas labores requerían conocimientos especializados, esto es, que no se trataba de funciones ordinarias, permanentes o propias del giro habitual de la administración. La omisión en la acreditación de estos requisitos desnaturaliza

el supuesto de autonomía contractual y refuerza la tesis de una relación laboral oculta bajo la apariencia de un vínculo civil o administrativo.

En relación con el demandante, cuando se encuentren probados y sean concordantes entre sí tres o más indicios tales como: i) el cumplimiento de horarios o permanencia regular en la sede institucional; ii) la existencia de supervisión funcional o rendición periódica de informes a un superior jerárquico, la ejecución de funciones misionales o permanentes propias de cargos públicos, la inserción del contratista en la estructura organizacional (uso de correos institucionales, participación en reuniones, acceso a sistemas internos, suscripción de documentos oficiales) y iii) la continuidad prolongada de la vinculación sin solución de continuidad; deberá presumirse la existencia de una relación laboral encubierta, salvo que la entidad pública logre desvirtuar dicha presunción mediante prueba en contrario suficientemente seria, clara y convincente.

5. Conclusiones

El contrato de prestación de servicios en las entidades públicas está lejos de ser una excepción como lo exige la Ley 80 de 1993, conforme a lo indicado por el Ministerio de Trabajo el 7 de diciembre de 2022, en el que informa que en Colombia hay 1 millón 351 mil servidores públicos y 910 mil contratistas.

De conformidad con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del año 2021, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio, lo que le impone al juez en casa asunto, un análisis conjunto de los medios de prueba que ha conllevado a decisiones disonantes en casos similares.

Existe un abuso por parte de las entidades estatales de los contratos de prestación de servicios, cuando estas contratan a personas para desempeñar cargos que son misionales de la entidad, sin límites temporales claros para cumplir con el objeto del contrato, encubriendo verdaderas relaciones laborales.

La solemnidad y rigurosidad de los contratos estatales imposibilita la aplicación por analogía de la presunción de relación laboral (*in dubio pro operario*) que reina en la jurisdicción ordinaria laboral. Lo anterior en pro de la protección de los recursos públicos, en contraposición de la liberalidad que impera en la contratación privada.

Así mismo, es esencial la unificación de parámetros de convicción judicial en la prueba del elemento subordinación, en la relación laboral encubierta respecto a los contratos de prestación de servicios, para la protección efectiva del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional 116 de julio 20 de 1991.
- Benjumea Sánchez, M. y Arévalo Díaz, M. (2024). Contrato realidad: menoscabo al trabajador cuando se otorga otra modalidad de contratación [Trabajo de grado]. Universidad Cooperativa de Colombia. content.
- Castrillón Arango, D. (2022). Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana y de su indebida utilización: ¿un problema sin solución? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (27), 225-258. <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.08>.
- Congreso de la República. (1993). Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial 27.622 del 7 de junio de 1951. Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [CODIGO_SUSTANTIVO_TRABAJO].
- Congreso de la República. (1993). Ley 80 de octubre 28 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial 41.094 de 28 de octubre de 1993.
- Congreso de la República. (2007). Ley 1150 de julio 16 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial 46.691 de 16 de julio de 2007.
- Consejo de Estado. (2016). Sentencia de Unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto. C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. (2018). Sentencia 00799 de 2018. M. P. César Palomino Cortés,
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre. C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-154 de marzo 19. M. P. Hernando Herrera Vergara.

- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-614 de septiembre 2. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia SU-040 de 2018 de mayo 10. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional. (2020). Sentencia T-388 de 2020 de septiembre 3. Diana Fajardo Rivera.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2019). Sentencia CSJ SL4537-2019. Radicación 73936. M. P. Fernando Castillo Cadena.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2024). Sentencia SL828-2024. Radicación 87905. M. P. Donald José Dix Ponnefz.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2024). Sentencia SL3186-2024. Radicación 68162, Acta 28. M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez.
- Cuesta H. y Zota, E. (2016). *Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo*. Contrato realidad : factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo.
- Meléndez Caraballo, K. (2023). Controversias en la aplicación de la presunción jurisprudencial de subordinación laboral dentro de los procesos de contrato realidad en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa [trabajo de maestría]. Universidad de Cartagena. content.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2018). *Trabajo*. <https://www.oitcinterfor.org/taxonomy/term/3315?page=1>.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2004). *¿Qué es el trabajo decente?* ¿Qué es el trabajo decente? | International Labour Organization.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2006). Recomendación sobre la relación de trabajo número 198. R198 - Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)

- Ortega Mora, C. (2022). *Principio de la primacía de la realidad sobre las formas*. <http://repositorio.unisinucartagena.edu.co:8080/xmlui/handle/123456789/529>.
- Pacheco Jiménez, B. (2024). La constitucionalización del principio de primacía de la realidad frente al fraude laboral dentro del Ecuador [Trabajo de grado]. Universidad de Cuenca, Ecuador. <https://rest-dspace.ucuenca.edu.ec/server/api/core/bitstreams/7b9d5d63-ce7e-4756-9f0e-f1fb3cb0f633/content>.
- Perú. Congreso de la República. (2010). Ley 29497. Nueva Ley Procesal del Trabajo. Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497) [actualizada] | LP.
- Presidencia de la República. (1945). Decreto 2127 de agosto 28 por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general. Decreto 2127 de 1945 Nivel Nacional
- Presidencia de la República. (1973). Decreto 1950 por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. Decreto 1950 de 1973 - Gestor Normativo - Función Pública.
- Serrano Varón, L., Varón, M. y González, J. (2024). Análisis de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad en el contrato de prestación de servicios, a la luz de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2/2021 del Consejo de Estado [Trabajo de grado]. Universidad Cooperativa de Colombia. <https://repository.ucc.edu.co/entities/publication/df40f1cb-50bb-47d8-81fa-7ebbbb231b60>.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Sentencia STC Expediente 00002-2010-PI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2010-AI.html>.