

**LECTURA ANALÍTICA SOBRE LOS DERECHOS PRESTACIONALES DE LOS
CONTRATISTAS DEL ESTADO COLOMBIANO CON OCASIÓN A LA SENTENCIA
DE UNIFICACIÓN 025-CE-S2-2021 PROFERIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO.**

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO (COD NO.)

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA -SEC. BOGOTÁ-
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSTGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ. D.C.
2023**

**LECTURA ANALÍTICA SOBRE LOS DERECHOS PRESTACIONALES DE LOS
CONTRATISTAS DEL ESTADO COLOMBIANO CON OCASIÓN A LA SENTENCIA
DE UNIFICACIÓN 025-CE-S2-2021 PROFERIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO.**

AUTOR:

**LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO (COD NO.)
CANDIDATO A MÁSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

DIRECTORA:

**NOHORA ELENA PARDO POSADA
INVESTIGADORA DOCENTE**

**TESIS DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR A MÁSTER EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**



**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA -SEC. BOGOTÁ-
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSTGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ. D.C.
2023**

DEDICATORIA:

A Dios y a la Patria

AGRADECIMIENTOS A PERSONAS O INSTITUCIONES:

Agradezco al Estado por permitirme poner en práctica mis conocimientos. A mi esposa y familia por el apoyo que siempre me han brindado. A cada uno de los maestros que he tenido a lo largo de vida académica, y a mis amigos que siempre han sido un centro de debate.

Resumen

El análisis del marco de referencia de las condiciones mediante las cuales el Estado colombiano empieza a utilizar el Contrato de Prestación de Servicios y aquello que representa en términos de este modelo contractual comparados con los del Contrato Realidad, es necesario para comprender la tensión jurídica presente cuando el Consejo de Estado profiere la sentencia de unificación 025-CE-S2-2021. Para llevar a cabo este cometido, se desarrolla un marco histórico y doctrinario que ubica el surgimiento del contrato y su función en la sociedad; posteriormente se problematizan los contratos promovidos por el Estado en cuanto a derechos prestacionales, inestabilidad laboral, desmejoramiento de la función pública, y finalmente, con el apoyo del análisis interdisciplinar, dar paso a la hermenéutica jurídica sobre la Sentencia para constituir así un método integral de interpretación.

Palabras claves: Contratación Estatal, Contrato de Prestación de Servicios, Función Pública, Jurisprudencia, Derechos Prestacionales, Contrato Realidad.

Abstract

The analysis of the framework of the conditions through which the State begins to make use of the Service Contract and what the terms of this type of contract entail compared with those of the reality contract, is necessary to understand the legal tension handled by the unified Ruling 025-CE-S2-2021 issued by the Council of State. To do this, a historical and doctrinal framework is developed to locate the emergence of the contract and its function in society; then the contracts promoted by the State in terms of benefit rights, labor instability, deterioration of the civil service, and finally, with the support of interdisciplinary analysis, give way to the legal hermeneutics of the Ruling to thus constitute an integral method of interpretation.

Key words: State Contracting, Service Contract, Public Function, Jurisprudence, Benefit Rights, Reality Contract.

Tabla de contenido

DEDICATORIA:	3
AGRADECIMIENTOS A PERSONAS O INSTITUCIONES:.....	4
Resumen.....	5
Palabras claves:.....	5
Abstract	5
Key words: State Contracting, Service Contract, Public Function, Jurisprudence, Benefit Rights, Reality Contract.	5
Introducción	9
CAPÍTULO I.....	19
Análisis descriptivo de las generalidades conceptuales subyacentes de los contratos de prestación de servicios estatales y su contexto en el ordenamiento jurídico colombiano.	19
1.1. La justicia sustantiva: El contrato y el intercambio.	20
1.2. El vínculo.....	21
1.3. El contrato de trabajo	22
2.1. Contratación pública.....	24
2.1.1. Fundamentos básicos de la contratación pública.....	24
2.1.2. Empleados públicos en Colombia	25
2.1.3. La Ley 80 de 1993	26
2.1.3.1. Disposiciones generales	27
2.1.3.2. Los principios de contratación.....	29
2.1.3.3. Del contrato estatal	30
3.1. Elementos esenciales del contrato de trabajo	32

CAPÍTULO II.....	39
Criterios jurídicos del Consejo de Estado en la sentencia de unificación 025-CE-S2-2021 sobre los derechos laborales de los contratistas estatales.	39
2.1. Elementos fácticos relevantes del caso.....	45
2.2. Determinación y Descripción de la situación jurídica y del abordaje judicial: ..	47
2.2.1. Fallo del <i>Ad Quo</i> :.....	47
2.2.2. Problema jurídico en cuestión	48
2.3. <i>Ratio decidendi</i> jurisprudencial en cuanto a la Unificación:	50
2.3.1. Primera cuestión: “Estrictamente indispensable”	50
2.3.2. Segunda cuestión: “interrupción contrato o solución continuada”.....	51
2.3.3. Tercera cuestión: Devolución de aportes prestacionales	53
2.4. <i>Ratio decidendi</i> jurisprudencial en cuanto al caso en concreto:	54
2.4.1. Primer problema:.....	54
¿Hubo entre la Personería de Medellín y la demandante una relación laboral, que dé cabida a que se reconozca el pago de las prestaciones sociales no devengadas en el tiempo que estaba vinculada mediante contratos de prestación de servicios?	54
2.4.2. Segundo problema:	56
¿En conformidad con la jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado, cabía declarar la prescripción extintiva de uno o todos los periodos contractuales que existieron entre la demandante y la entidad demanda?	56
2.4.3. Tercer Problema:	57
¿Es procedente devolver a la demandante los aportes que realizó por concepto de seguridad social específicamente los concernientes a Salud?.....	57
CAPÍTULO 3	59
1.1. Contrato realidad	62

2.1. Características del contrato de prestación de servicios	64
2.2. Características del Contrato Realidad	65
2.3. Diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato realidad	67
Conclusiones	75
Referencias	79
Bibliografía	85

Introducción

En el marco de la garantía de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución se encuentra la defensa del derecho al trabajo, eje central de la sentencia de unificación materia de esta investigación. La Constitución instituye el trabajo como un derecho y un compromiso social que debe ser protegido de manera especial por parte del Estado. De igual manera, todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de acceder a un trabajo en condiciones de dignidad (CP, 1991, art. 25, *Col.*).

Es expresa la Constitución cuando dicta que todas las personas tienen derecho a trabajos dignos y en condiciones justas. También es clara cuando indica que, el Estado debe encargarse de proteger este derecho, en ese sentido se pronuncia el Consejo de Estado en la sentencia de unificación, dando a los contratistas estatales claridad sobre sus derechos prestacionales, puntualmente, cuando se encuentran inmersos en un tipo de relación a través de la cual se está disfrazando una relación laboral real.

Es así como, el Consejo de Estado deja en claro que, al reconocerse dicho encubrimiento, se está reconociendo una relación laboral y de esta manera, se estaría configurando un contrato de trabajo con el Estado. Lo que se entiende sobre este particular es que, el contratista pasa a ser un servidor público. Para tener mayor claridad sobre el concepto de servidor público en la legislación colombiana, es pertinente revisar el artículo 123 de la Constitución, donde se deja establece dicho concepto:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del

Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio (CP, 1991, art. 123, *Col.*).

En concordancia, aquellos que desempeñan servicios para el Estado se denominan: miembros de las instituciones públicas, empleados y trabajadores estatales. En esta vía, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, el Consejo de Estado ha definido a los servidores públicos como: los miembros de corporaciones públicas y/o entidades distribuidas territorialmente, cabe resaltar que estos trabajadores están al servicio de la comunidad y del Estado, además son regidos según lo establecido en la Constitución Política de Colombia (CE, Radicación núm. 855, *Col.*).

La Corte Constitucional también se ha pronunciada sobre el concepto de servidor público y lo enmarca dentro de la función pública así: “se está hablando de función pública, cuando se refiere a principios y normas a las personas que poseen un vínculo laboral bajo subordinación con el Estado.” (CC, Sentencia C-563/98, *Col.*) Aquí es claro que, todo aquel que este dentro de una relación laboral donde la subordinación sea manifiesta, está regido por lo dictado en la función pública. Por lo tanto, aquel que se encuentra dentro del desarrollo de esta función se considera un servidor público.

De esta manera, el concepto de servidor público sirve, sobre todo, de representación en la dimensión jurídica para determinar lineamientos y relaciones delimitadas, esclareciendo muchas veces la relación entre mencionados trabajadores ante el Estado, del mismo modo, en su desarrollo, los servidores públicos cuentan tanto

con diferentes tipos de funciones como de diversas formas de vinculación, como se aprecia a continuación:

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública que, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. (Ley 909 de 2004, art. 1, *Col.*)

También se hace claridad sobre aquellos que son considerados empleos dentro de la función pública, determinando cuatro casos: 1) Empleos públicos de carrera; 2) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; 3) Empleos de período fijo; 4) Empleos temporales. (Ley 909 de 2004, art. 1, *Col.*)

Ahora bien, desde el marco histórico en el que se construye la presente investigación, se entiende que, el Estado Colombiano ha venido sufriendo las naturales transformaciones acordes de algún modo con las dinámicas históricas de la comunidad global, por lo que, la función de la sociedad y a su vez la relación con el organismo estatal ha ido mutando con respecto a los otros actores relevantes de fundamental triada: Sociedad, Mercado y Estado.

Dentro de estos cambios se establecen formas contractuales que permiten a la Administración, cumplir con sus cometidos institucionales. La Ley 80 de 1993 (art. 53, *Col.*) prevé la figura de Contrato de Prestación de Servicios en los casos que la Administración requiera un servicio especializado que los empleados de planta no

puedan llegar a cabo. Pero se ha hecho evidente que en la práctica, estos contratos son utilizados para encubrir relaciones laborales. En este sentido, como lo ha analizado Ceballos (2005), dichos contratos, establecidos desde la norma y cada vez más reproducidos en la realidad fáctica, implican que, en el terreno de las relaciones enmarcadas en la función pública de las corporaciones estatales, entran a legitimar relaciones laborales poco claras, donde se desconocen los derechos de los empleados. Ante la presencia y el reconocimiento de estas situaciones que iban en detrimento de los derechos laborales, eran subsanadas con el pago de los montos no reconocidos inicialmente en las relaciones laborales, esto se daba mediante condenas que se emitían en las sedes jurisdiccionales.

Sin embargo, y como se ha referenciado, las instituciones no son construcciones ahistóricas, sino que tienen su punto de constitución y transformación desde las dinámicas sociales que se gestan en unas condiciones materiales que se ubican en un determinado marco temporal, y que reflejan el conflicto inherente a los modos de organización humana. Bajo estas premisas, el Consejo de Estado permitía a las entidades públicas perfeccionar contratos de prestación de servicios con personas tanto jurídicas como naturales, pero sin dejar de presentarse como una excepción y solo cuando no se podían realizar por el personal de planta. En este sentido, la Ley 80 establece 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. (Ley 80 de 1993, art. 32, *Col.*)

Teniendo en cuenta lo planteado, la presente investigación encuentra su viabilidad en la importancia que, el análisis de la sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 puede aportar a las ciencias social-jurídicas. Sobre todo, en lo relacionado con los derechos prestacionales de los contratistas del Estado. De igual manera, al analizarse la sentencia, se visibilizarán aquellos puntos que hacen problemática para las entidades estatales contratar a través de contratación de servicios y su inminente transformación en contrato realidad, teniendo en cuenta las condiciones en las cuales, esos servicios contratados, son prestados.

Al realizarse un análisis hermenéutico de la sentencia materia de estudio, en el sentido de los derechos prestacionales de los contratistas, dicho análisis no solo arrojará luces sobre la vulneración de esos derechos, sino que, se constituirá en un instrumento para la identificación de las necesidades contractuales de las entidades públicas y en cuales casos, los contratos de prestación de servicios podrían tender a convertirse en un contrato realidad.

Teniendo en cuenta esto, se hace más que palpable la importancia de la interpretación y el análisis de la sentencia, por su actualidad, y el hecho de ser emitida dentro de una coyuntura. Sumado a lo anterior, la sentencia motivo de análisis, al unificar jurisprudencia en lo relativo a las relaciones laborales de los contratistas públicos, permite a las entidades estatales ceñirse a lo planteado en la Constitución, en lo relacionado con los derechos fundamentales.

Con la realización de este estudio, se hallarán elementos que enriquecerán la discusión jurídica sobre la utilización de los diferentes tipos de contratación entre personas naturales y entidades estatales. Por estas razones, es importante tener claridad sobre ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas presentes en el uso de los Contratos Prestación de Servicios con ocasión de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 proferida por el Consejo de Estado?

De esta manera, y teniendo en cuenta los elementos que se hallen, se llegará a la consecución del objetivo central que permite analizar las condiciones mediante las cuales el Estado contrata por prestación de servicios, al entrar en rigor las transformaciones de contratación en el marco de la Sentencia e Unificación 025-CE-S2-2021, puesto que, en dicha sentencia se desarrollan experiencias jurídicas acerca de los conflictos surgidos entre trabajador y Estado al contratar mediante prestación de servicios. Por lo que, se hace necesario abordar, desde la hermenéutica, la problemática que se encuentra albergada en el devenir histórico.

Por lo anterior, analizar las implicaciones jurídicas presentes en el uso de Contratos Prestación de Servicios con ocasión de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 proferida por el Consejo de Estado, es pertinente para entender los criterios jurídicos utilizados dentro de dicha sentencia. De igual manera se podrá identificar cuándo un Contrato de Prestación de Servicios puede tender a convertirse en un contrato realidad. Para lograr esto, es necesario:

- Describir a grandes rasgos el devenir histórico-jurídico de los contratos de prestación de servicios entre particulares y el Estado colombiano.

- Efectuar un análisis de los criterios existentes en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 proferida por el Consejo de Estado, identificando el abordaje de la defensa de los derechos prestacionales de los contratistas estatales.
- Contrastar el contrato de prestación de servicios con el contrato realidad, para determinar los puntos para tener en cuenta al momento de optar por este tipo de vinculación y los casos en los que se puede utilizar para que no se conviertan en contrato realidad.

Así, de esta manera, quedarán establecidas las características para que las entidades estatales perfeccionen contratos donde se requieran servicios prestados por personas naturales, y los casos en los que utilizarlo puede configurar el ocultamiento de una relación laboral. Esto es importante para atender la hipótesis que aquí surge: los contratos de prestación de servicios son más utilizados para evadir relaciones laborales que para atender la necesidad de servicios especializados en las Entidades Administrativas.

La presente investigación es un análisis que recoge las consideraciones pertinentes para comprender las implicaciones jurídicas que tienen los diferentes tipos de contratación Estatal, al hacerse una revisión de la sentencia referenciada, y dado que metodológicamente el marco de la investigación permite encontrar la naturaleza de lo escrito desde su sentido y significado en medio de su función social y como parte del entrelazamiento de relaciones sociales, es posible llevar a cabo un análisis objetivo tanto del problema como de la tensión que atañe a la sentencia.

Notando pues que, la normativa nace en el contexto descrito brevemente en párrafos anteriores, y que implica esto una responsabilidad, dentro de la misma comunidad de investigadores sociales y jurídicos, de generar insumos y aportar al análisis, medidas que demuestran un retroceso en clave del cumplimiento de derechos fundamentales como lo que tiene que ver con el trabajo. Puesto que, como lo explica Hernández (2009, p.199) aumenta cada vez más la reglamentación desfavorable hacia los trabajadores en conjunto con la regulación de la flexibilización laboral a partir del modelo neoliberal, precarizando las condiciones laborales y por ende la calidad de vida de los trabajadores que se presta a su vez para el debilitamiento sindical.

Para el desarrollo de la presente investigación, se establece un paradigma enmarcado en un abordaje profundo que brinde una posibilidad para entender los textos jurídicos más allá de su significado literal, y que logre su condición de producto social, aplicado a diversos factores ubicados respectivamente en un estadio histórico, resulta ser la hermenéutica la metodología predilecta.

Sobre esto Aguilar (2004, p. 61) afirma que, sobre el sentido que da Georg Gadamer lo que interesa es tratar la problemática central, a partir de concebir una unidad en la experiencia del mundo fundamentada en lenguaje común a todos donde se integren los avances de la ciencia y los del pensamiento. Este planteamiento parte de experimentar y entrar en contacto con la comprensión finita, inherente al ser humano.

Por lo expuesto, se entiende que el acercamiento al análisis de los textos no se da sólo desde un ámbito de la interpretación simbólica intrincada en la obra, sino que se busca una perspectiva integral que reconcilie a la obra con su carácter humano, es decir,

recuperarla de la prelación normalizada de un trato cosificado, para darle un giro de visión que la comprenda como un tejido de causas y consecuencias en medio de un acaecimiento histórico.

La necesidad de interpretar en el contexto jurídico parte de la falta de claridad en el uso del lenguaje en paralelo con la complejidad que supone la vida en sociedad, lo que termina reflejándose en la ambigüedad e imprecisión gramatical de las normas jurídicas. La hermenéutica jurídica debe volver como herramienta incondicional a la práctica profesional del jurista, puesto que comprender el sentido de las leyes no se debe considerar un tema puramente teórico sino práctico, para la formulación y argumentación que el abogado debe hacer en su práctica profesional. De esta forma, aunque desde una visión simplista, la hermenéutica puede parecer regida solo por la teoría, confluye al plano de lo práctico. Aunque la interpretación y hermenéutica jurídica se pueden confundir, en el presente trabajo se usará la interpretación jurídica para alcanzar la hermenéutica.

Lo anterior, por medio de la operación cognitiva que indaga el sentido de la norma jurídica a través del lenguaje, identificando posibilidades y sentidos transformadores, aterrizando este proceso cognitivo en representaciones vinculantes con el contexto del caso, las circunstancias que lo han rodeado y hacia quién se destinaba la norma. De esta manera, llevando a cabo la interpretación se pretende comprender y explicar llegando así al plano de la argumentación. Acercarse a la intención de un dictamen, supone ser la finalidad del ejercicio del jurista y será posible a partir de la construcción y reconfiguración del marco histórico, contextual, conceptual y teórico preliminar a esta sentencia proferida por el Consejo de Estado.

El presente trabajo, emplea un esfuerzo académico e interdisciplinar que busca llevar a una comprensión del fenómeno desde la relación recíproca de las ciencias, donde lo jurídico, lo histórico y lo social se complementen y poder así, dejar un precedente integral para las discusiones que se generan y se generarán en torno al tema objeto que estructura la presente investigación.

CAPÍTULO I

Análisis descriptivo de las generalidades conceptuales subyacentes de los contratos de prestación de servicios estatales y su contexto en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. Antecedentes históricos y función social del contrato

Presentar la dimensión social del contrato, su desarrollo y cómo se empezó a enmarcar en el contexto colombiano, a partir de acercamientos conceptuales, que han tratado el tema y que pretende concebir como la médula de las negociaciones e intercambios. Hacer una revisión conceptual sobre su desarrollo y la importancia de la dimensión social del contrato.

Según Figueroa (2007) dentro de los estudios franceses los hechos jurídicos se dividían en dos grupos, los hechos y los actos, a su vez los convenios, en sentido amplio, son actos jurídicos, y están compuestos por los contratos. En el derecho romano el contrato es un molde rígido estructurado y reglamentado, no obstante, dicho molde era muy escaso:

los elementos formales eran de su esencia y el elemento psicológico constituía el pacto, el que no podía originar obligación *Nuda Pacto o obligation non oriri*. Sin embargo, después de una larga evolución se dio preferencia al elemento psicológico sobre el formal (p. 2).

1.1. La justicia sustantiva: El contrato y el intercambio.

Guevara y Mufti (2017, p. 8-9) hablan sobre el origen del contrato y sus usos, resaltando que también puede ser explicado a través de la justicia del intercambio. En este sentido, la denominada por Aristóteles como “justicia correctiva” que existía en los acuerdos entre individuos, exigía un contrato, ya que la justicia sustantiva obligaba a una equivalencia de los bienes intercambiados, catalogando lo justo solo cuando esta equivalencia se reflejaba aritméticamente.

Acorde a lo anterior, el pacto en el intercambio se configura como el elemento esencial para el surgimiento del contrato, en este sentido, el consenso y la voluntad de transferir derechos y adquirir obligaciones son los precursores del nacimiento del contrato. El pacto, lo podemos entender mejor con lo expresado por Urbano (2002), siguen el cual requiere una protección de la propiedad privada, la entrega de lo adeudado y cumplir a cabalidad con lo pactado. Si la justicia conmutativa no existiera se estaría ante la imposibilidad de impartir justicia. Por lo tanto, esta implica el reconocimiento de los fenómenos económicos y los problemas.

En la medida en que el consenso es el elemento fundamental para el surgimiento de un contrato, las compensaciones que se tienen entre partes deben apuntar a un equilibrio que más que económico, debe ser moral. De esta manera, apunta Sanromán (2013) que, en las contraprestaciones que se pactan por las partes al perfeccionar un contrato, debe haber equidad, en lo relacionado al beneficio económico de estos intercambios se desprende un desarrollo social positivo.

1.2. El vínculo

Si bien la teoría general del contrato ha tenido una indudable influencia en el derecho público, también se encuentra dentro del derecho privado por la existencia de elementos tales como contratos de naturaleza administrativa, reflejos de las relaciones entre el Estado y los particulares, propios del derecho privado (Sanromán, 2013, p. 85). Asimismo, los contratos habían sido clasificados por la situación de las personas que hacían parte del pacto (dividiendo los contratos en los realizados entre presentes y/o ausentes o por medio de correspondencia), aunque esta clasificación se ha modificado, y el tiempo que tarda la declaración del contrato desde su emisión hasta su recepción empezó a ser el elemento transversal para categorizarlos.

Este cambio se debió a que los contratos llevados a cabo por presentes no suscitaban problemas por su formación instantánea y sucesiva, a la inversa, los llevados por ausentes producían problemas por el espacio de tiempo que mediaba en las declaraciones de voluntad de ambas partes. De ahí que varias teorías surgieran para solucionar la cuestión antes mencionada. Según Rogel en *Momento y lugar de formación del contrato*, por un lado, se encuentra la teoría de la emisión – o declaración- donde el contrato solo se perfeccionaría cuando se manifieste su aceptación.

Aquí se puede observar la teoría de la expedición, en donde la relevancia se da cuando el aceptante se desprende de su declaración. Por otro lado, surge también la teoría de la recepción que propone que el contrato se perfecciona solo cuando la aceptación llega al oferente (ya sea a su domicilio o su círculo de interés). Del mismo modo se encuentra la teoría de la recepción que propone que el contrato se perfeccione cuando el oferente conoce la aceptación de este.

Por otro lado, el contrato se enmarca en el momento donde el individuo quiso vincularse con otros y donde una de sus razones fue la satisfacción de necesidades “La concepción de contrato está íntimamente ligada a los sentimientos gregarios del hombre” (Vaca, 2019, p.10). En este orden de ideas, Vaca enmarca el contrato en un interés colectivo manifiesto, por ejemplo, en construcciones monumentales, pirámides, acueductos, entre otros. De esta forma, la relación entre la intervención del Estado en la ejecución de las obras antes mencionadas, pensadas en un beneficio directo o indirecto de dichas necesidades del pueblo es la que da pie al surgimiento de un contrato estatal.

1.3. El contrato de trabajo

Como ya se ha dejado en claro, un contrato es un acuerdo entre dos partes (personas o entidades) que se comprometen a cumplir con una serie de condiciones, establecidas de forma verbal o escrita. Ahora bien, teniendo en cuenta la materia de estudio y análisis de este trabajo, es indispensable dejar claridad sobre los conceptos relacionados con los acuerdos en los cuales se realiza intercambio de servicios por contraprestaciones económicas, realizados entre personas o entre instituciones y personas (contratos de trabajo).

Teniendo en cuenta lo anterior, el contrato de trabajo es, como lo define Ferrero (1959, p. 10) un acuerdo explícito o tácito, a través del cual una alguien presta un servicio a otro, con dependencia, y está última debe retribuir dicho servicio. De esta definición es importante destacar la palabra tácito, en razón a que, en estos pactos en los cuales alguien se subordina a otro, hay inmersos diferentes acuerdos, entre ellos, las contraprestaciones que se darán por una actividad.

Las principales características los contratos de trabajo son: tienen carácter bilateral, lo que significa que genera obligaciones para las partes que intervienen. Lo que se está contratando son servicios que una de las partes subordina a la otra. Cada parte obtiene beneficios equivalentes. Es un trato consensuado, lo que quiere decir, que las partes que intervienen están de acuerdo.

Al revisar estas características, se identifica que el contrato de trabajo al igual que cualquier otro contrato, significa un acuerdo entre dos partes, pero lo que lo hace particular, es que lo que se está intercambiando son servicios prestados por una persona. Esto significa que, en dichos acuerdos se utilizan habilidades físicas y del intelecto, de esta manera, no se debe entender como un simple intercambio económico, debido a que el servicio no puede ser separado de quien lo presta, como si ocurre cuando se entrega bien (Ferrero, 1959).

2. Contratación en Colombia

La contratación es el marco en el cual se celebran contratos de trabajo. Básicamente es el terreno en el cual los trabajadores y empleadores perfeccionan contratos, enmarcado en reglas claras y expresas. En Colombia el marco legal que regula la contratación y los contratos de trabajo es el Código Sustantivo del Trabajo. Es este marco fue establecido en 1950, y desde entonces con todas las modificaciones realizadas, el que establece la normativa regulatoria, mediante la cual se celebran contratos entre personas naturales y entidades privadas o públicas, así como los diferentes tipos de esos contratos.

En consecuencia, es dentro de esta normativa que la sentencia de unificación, materia de análisis en el presente trabajo, se encuentra enmarcada. Como se establece

en dicha sentencia, la unificación se realiza sobre la jurisprudencia relacionada con los derechos prestacionales de los contratistas estatales. Es por esta razón que, se hace importante revisar el concepto de contratación pública, de contrato de trabajo y algunos de los tipos de contratos existentes en Colombia.

2.1. Contratación pública

La denominación de “contratación pública”, “contratos públicos” o “contratos del sector público” incluye los diversos tipos de contratos que pueden celebrar los entes, organismos y entidades del sector público. Los países de nuestro entorno utilizan para definir esta figura las nociones de marchés publics (Francia), public procurement (Reino Unido) y offentlinche Auftrage (Alemania).

En el ámbito internacional, la Organización Mundial del Comercio, en el marco del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), utiliza la denominación de «compras del sector público». La contratación pública, como cualquier otro aspecto del régimen jurídico de la Administración Pública, debe tener como punto de inicio la Constitución, que incide sobre la actividad de los poderes públicos, entre los que se encuentra la Administración Pública. Y de los preceptos constitucionales deben extraerse los mandatos concretos que afectan a la regulación de su régimen jurídico.

2.1.1. Fundamentos básicos de la contratación pública

Es una de las facetas de la actividad administrativa que más tiene influencia en el desarrollo económico de los Estados y como cualquier manifestación del quehacer de la Administración Pública, se encuentra sometida a los intereses generales que se

convierten en el parámetro constitucional donde los poderes públicos deben residenciarse todas sus medidas, actuaciones y decisiones. La presencia de este interés general en la contratación pública se constata a través de la realización objetiva de la misma, incidiendo en que su desarrollo se lleve a cabo con total imparcialidad, neutralidad y transparencia; principios constitucionales que deben presidir las actuaciones de las Administraciones Públicas como instituciones que están para ayudar a la consecución de los intereses colectivos.

En el sentido de lo anterior, Villalba, Arana y Castillo (2014, p.10) exponen que, aquel jurista que se encargue de analizar las actividades y la organización de la administración pública, debe tomar como centro de reflexión el análisis del texto constitucional. Para lograr este objetivo, es necesario realizar la conexión de las bases constitucionales y las normas del derecho administrativo. Por lo tanto, lo que regula la actividad de contratación del sector público, no puede quedar por fuera de ese proceso de conexión.

2.1.2. Empleados públicos en Colombia

En Colombia, a través de la Ley 80 de 1993 se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esta rige los principios de los contratos que se llevan a cabo en el sector público, de esta manera, un empleado público es: toda persona natural que presta algún servicio estando en dependencia con cualquiera de las entidades del Estado, de este denominación se eximen asociaciones y/o fundaciones de constitución mixta, en las cuales tendrán dicha denominación solo los representantes legales y de la misma manera, los empleados con cargos directivos, asesores o

ejecutivos o quienes tengan esa equivalencia en quienes se recae la representación para el perfeccionamiento de los contratos. También son considerados funcionarios públicos quienes pertenezcan a corporaciones públicas con la capacidad perfeccionar contratos (Ley 80 de 1993, art. 2, *Col.*).

Los servidores públicos, por tanto, tendrán el deber de satisfacer necesidades colectivas bajo el control y regulación estatal y puesto que el empleado público, y por tanto la función pública pretende preservar el orden y garantizar el cumplimiento de funciones del Estado y deben estar transversalizados por principios como igualdad, mérito, eficacia, imparcialidad, transparencia. Por tanto, la función pública está constituida por empleos públicos de diversa índole como empleos públicos de carrera, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo, y por empleos temporales. En concordancia con Martínez y Ramírez (2008, p. 32) en el Régimen del Servidor Público, según el Estatuto de Contratación Estatal, los contratos de prestación de servicio pueden efectuarse con personas naturales cuando el personal de planta no pueda llevar a cabo dichas funciones o porque estas funciones requieran conocimientos especializados, pero en ninguno de los casos, pueden realizarse este tipo de contrataciones de forma permanente. La regulación del empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública está dada por de la Ley 909 de 2004 que los reglamentó.

2.1.3. La Ley 80 de 1993

Es uno de los puntos de partida más importantes en lo referente a contratación pública y aún sigue vigente en el ordenamiento jurídico colombiano. En ella se reglamenta la contratación estatal, en este orden de ideas, regula los procedimientos

llevados a cabo por las entidades públicas, ya que el Estado aparte de la celebración de contratos que deben cumplir los requisitos de todos los negocios jurídicos, establecidos en el Artículo 1502 del Código Civil, también tiene que garantizar el cumplimiento de una serie de particularidades que lo configuran como contrato de la Administración, esto quiere decir, que el objeto de la contraprestación lleve a la satisfacción de las necesidades colectivas.

2.1.3.1. Disposiciones generales

Dentro de esta ley se desarrollan las disposiciones generales como lo son los principios que intervienen en los contratos del Estado; los contratos estatales, las causalidades de nulidad de contratos de esta índole, las responsabilidades contractuales, las liquidaciones de los contratos, el control de la gestión contractual, la solución de controversias contractuales.

Se denominan entidades estatales a las entidades públicas, las empresas industriales y las sociedades económicas mixta (donde el Estado supere el 50% de participación), o aquellas entidades donde exista una participación pública mayoritaria, independiente de la denominación que posean. Del mismo modo, son entidades estatales los organismos del Estado a los que la ley les haya concedido capacidad para llevar a cabo contratos. Son entidades públicas La Nación, departamentos, distritos especiales, el distrito capital, áreas metropolitanas, entidades descentralizadas de cualquier denominación y en cualquier nivel u orden. Del mismo modo, el Senado, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía, la Contraloría de la República, las departamentales, distritales y municipales, así como los

ministerios, departamentos administrativos, las superintendencias y unidades administrativas especiales.

Los servidores públicos son prestadores de servicios o miembros de corporaciones públicas que dependen de las entidades anteriormente mencionadas. Los servicios públicos velan por necesidades colectivas bajo el control estatal, de igual forma los servidores públicos deben tener presente que su función se basa en cumplir cada una de las finalidades estatales y la eficaz prestación de servicios públicos. Los particulares al celebrar contratos con el Estado deben tener en cuenta que cumplen una función social que conlleva obligaciones.

Los entes del Estado están atados a deberes y tienen derechos, pueden exigir y revisar obras que se estén ejecutando que hayan sido contratadas como un servicio prestado y bienes suministrados, pueden exigir al contratista la adecuada ejecución del objeto y que los servicios y bienes adquiridos cumplan con requisitos mínimos, pudiendo adelantar acciones de indemnización si se sufre daño o no se adelantan las acciones contratadas. Por su parte, entre los derechos de los contratistas, está recibir oportunamente la remuneración pactada y que no sea modificado durante del contrato y pueden acudir a autoridades cuando necesiten proteger los derechos que deriven del mismo contrato, de igual forma tienen el deber de responsabilizarse de la calidad de bienes y servicios por los que han sido contratados y acatar las órdenes durante el desarrollo del contrato obrando con buena fe y lealtad.

2.1.3.2. Los principios de contratación

La contratación debe estar ceñida al principio de transparencia, al principio de economía y al principio de responsabilidad. La transparencia como principio permite el conocimiento público de los informes que se publican en etapas las cuales permiten que se formulen acusaciones. En virtud de esto, los expedientes donde estén contenidas las actuaciones de las autoridades, deben ser de libre consulta. Para llevar a cabo el principio de economía, se debe tener en cuenta que un elemento importante para seleccionar contratistas es la instauración de procesos que aseguren que la propuesta más favorable sea escogida. Igualmente, se construirán procedimientos establecidos como mecanismos que contribuyan a llevar a cabo los fines del Estado y que signifiquen eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Los trámites se efectuarán ahorrando tiempos y gastos, y sobre todo procurando que en la ejecución de los contratos no se presenten retrasos. Para solucionar conflictos que eviten la celebración de contratos se establecerán procedimientos que garanticen la solución con rapidez. Para efectuar una obra, el contratante debe adelantar estudios para determinar si un proyecto es viable y cual será impacto tanto social, económico como ambiental.

En lo relacionado con el principio de responsabilidad, existe obligaciones que los servidores públicos tienen, entre ellas están: vigilar la ejecución de lo pactado, velar por los derechos tanto de las entidades como de los contratistas y de los terceros que intervengan. Igualmente deben responder por su actuar, por las omisiones antijurídicas, y al incurrir en estas deben resarcir los daños que se ocasionen. Los servidores públicos están regidos por reglas sobre administración de bienes ajenos. Será quien esté en

dirección de un ente estatal, el encargado de dirigir y manejar las actividades de selección y contratación.

Respecto a los contratistas, son responsable por las propuestas donde se hayan establecido condiciones económicas no reales para que un contrato sea adjudicado. De igual forma, serán responsables en caso de ocultar inhabilidades o prohibiciones existentes. También son responsables de la calidad de objeto contratado, del mismo modo la entidad velará por este objeto.

2.1.3.3. Del contrato estatal

Los contratos se entienden como actos jurídicos que generan obligaciones desprendidas de autonomía de voluntad entendida como un principio. Las cinco tipologías de contrato estatal se pueden encontrar en el artículo 32 de Ley 80 de 1993. Por lo tanto, el contrato por obra es un contrato que se efectúa para las áreas de construcción, mantenimiento e instalación, o cualquier otro trabajo material, sin importar el modo de ejecución o pago. Los contratos de consultoría están basados en realizar aquellos estudios que se necesitan para ejecutar proyectos para invertir y diagnosticar, aquí también se incluyen las asesorías técnicas para coordinar y supervisar, las acciones interventoras y asesorías para programar y ejecutar proyectos. Debe estar enmarcado bajo términos escritos. Los Contratos mediante los cuales se contratan servicios se utilizan para desarrollar actividades administrativas o de funcionamiento de las entidades, y no generan relaciones laborales, tampoco generan prestaciones sociales. Contratos de concesión, son aquellos mediante los cuales se da a un concesionario la explotación, operación o gestión parcial o total de un servicio público, una construcción o explotación de una obra,

la remuneración está basada en los derechos, tarifas o tasas de usufructo de un bien o un monto con periodicidad o por porcentaje. Los encargos fiduciarios y fiducia pública tienen como objeto administrar recursos que están vinculados a los contratos celebrados por entidades, son escritos y no se pueden tener anticipos mayores a 50%.

3. El contrato de trabajo en Colombia

Ya quedó establecido que, el Código Sustantivo del Trabajo [CST] es el regulador de la contratación y los contratos de trabajo. En el numeral 1 de su artículo 22, se define el contrato de trabajo como, el medio por el cual las personas naturales se comprometen a realizar uno o más servicios para alguien más, ese otro puede ser una persona natural o jurídica, y en el cual existe dependencia y/o subordinación, y se da una remuneración por el servicio prestado (Decreto 2663 de 1950, art. 22, *Col.*).

De lo anterior es claro que, como lo afirma Vallecilla (2018) el contrato consiste en acuerdos entre personas, por los cuales una de esas personas está comprometida a efectuar determinada prestación para la otra, a cambio de una contraprestación y bajo una dependencia continua (p. 25). El concepto de contrato de trabajo, en este punto, es más que claro, pero junto a él, es importante establecer los elementos que deben existir para se configure.

El CST, también establece los elementos que son esenciales para que se configure un contrato de trabajo en rigor. Aquí, como lo indica Vallecilla (2018) habría que mirar al contrato de trabajo desde dos aristas. La primera entiende al contrato de trabajo como una realidad jurídico-objetiva y la segunda se entiende como el acuerdo de voluntades.

En esta medida, es importante revisar estos dos puntos de vista. Aquel que tiene que ver con el acuerdo de voluntades, establece que ese acuerdo solo se puede dar si las dos partes están de acuerdo en que, una persona natural realice un trabajo para otra (natural o jurídica), entendiendo trabajo en el siguiente sentido: acción libre que realiza una persona, esta puede ser física o intelectual, esta puede ser regular o momentánea, donde alguien de forma consciente está al servicio de otra, para realizar una actividad sin importar la finalidad de dicha actividad, siempre y cuando se ejecute a cabalidad el objeto del contrato celebrado (Decreto 2663 de 1950, art. 5, *Col.*)

Y el otro punto de vista, que para el análisis de la sentencia materia de este estudio posee el mayor peso, tiene que ver con la realidad objetivo-jurídica. Esto se relaciona con los elementos esenciales para que un contrato de trabajo se configure. Dichos elementos se señalan en el CST como se verá a continuación.

3.1. Elementos esenciales del contrato de trabajo

La legislación colombiana establece tres características que en esencia se deben cumplir para que un contrato de trabajo exista, a continuación, se revisan:

- Las actividades debe realizarlas el trabajador de manera personal.
- Debe haber una subordinación o dependencia continua del trabajador, lo que permite al empleador exigir el cumplimiento de órdenes relacionadas al modo, al tiempo o la cantidad de trabajo, estas órdenes pueden ser impartidas en cualquier momento, de igual manera, se permite imponer reglamentos, los cuales se mantienen por la duración del contrato. En lo anterior se debe tener en cuenta que no puede ir en contravía de la dignidad y los derechos mínimos

del trabajador. El trabajo de estar acorde con los convenios internacionales existentes.

- Debe haber una retribución salarial por el trabajo realizado.

Una vez se cumplan estas características esenciales, se entiende que existe un contrato de trabajo y sin que este deje de serlo por la denominación que le sea dada, o las condiciones que se le agreguen. (Decreto 2663 de 1950, art. 5, *Col.*)

Estos elementos son de suma importancia para el presente análisis, ya que son la columna vertebral sobre la cual, la jurisprudencia existente, ha fallado en favor los derechos laborales de los contratistas del Estado, debido a que, al cumplirse, configuran un contrato de trabajo con toda rigurosidad. Si se revisa con detenimiento este artículo 23 del CST, en su numeral segundo, se deja en claro que, al cumplirse los elementos arriba mencionados, se configura el contrato de trabajo, así a este se le denomine de otra forma.

Pero ¿Por qué se habla de diferentes nominaciones?, está pregunta se contesta al revisar detalladamente los dos tipos de contratación existentes en Colombia que presentan diferencias en su conformación jurídica, razón por la cual, es relevante definir el concepto concerniente a la contratación mediante la prestación de servicios y los puntos que en esencia la configuran.

4. Contrato de Prestación de servicios

La contratación para prestar un servicio se creó como figura en el Código Civil [CC] promulgado en 1870. Según Puentes (2008), se creó para como una forma de poder desarrollar actividades independientes, la contratación puede ser ejercida por una

persona jurídica, teniendo como rasgo particular la no existencia subordinación laboral o dependencia, esto quiere decir que solo se pueden dar órdenes en la ejecución de la labor específica que ha sido contratada. (como se citó en Anaya, Andrade, Herazo y Sánchez, 2014)

De lo anterior, queda de manifiesto el elemento de independencia de quien presta el servicio, motivo por el cual, en este tipo de contratación no es considerada la existencia de una relación laboral, lo que lo excluye de estar regido por el CST. Teniendo en cuenta esto, es importante tener en cuenta que, el uso de este tipo de contrato no se encuentra regulado en el sector privado.

Es así como, en la Ley 57 de 1887 se asemeja al arrendamiento de bienes inmateriales. En este sentido se da un marco regulatorio parcial en el Capítulo IX – Del arrendamiento de los bienes inmateriales. En este capítulo se dicta que, aquellas obras no materiales o en las cuales hay un predominio del trabajo intelectual sobre el trabajo físico, como por ejemplo la literatura, o las correcciones de estilo sobre un texto, se enmarcan en lo dispuesto en los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059 de esta misma ley (art. 2063, *Col.*).

De igual manera se hace aclara a que se refiere cuando se habla de servicios inmateriales, y que consisten en una serie de oficios, ejemplo de ello son los realizados por los escritores para periódicos o publicaciones periodísticas, los que trabajan como secretarios en el sector privado, cantores, compositores, están sujetos a estas reglas especiales (art. 2064, *Col.*).

En estos artículos, se hace evidente que no hay una regulación expresa o específica, y que solo aborda de forma parcial, la contratación de algunos servicios. En

otro apartado el CC se refiere al concepto de contrato de manera general. Aquí se estipula que “el contrato es un acuerdo en el cual una de las partes se compromete con otra para dar, hacer o no hacer determinada cosa. Cada parte puede estar constituida por una o varias personas” (Ley 57 de 1887, art. 1495).

Si bien, no se habla expresamente del Contrato de Prestación de Servicios, de lo anterior, se puede interpretar que, cuando una o más personas acuerdan la obligación de hacer algo, se está hablando de prestar un servicio, por lo tanto, el contrato que se perfeccione será un contrato de servicio. En este mismo sentido, y en concordancia con lo expuesto, se encuentra el Código del Comercio que señala: el suministro es el acuerdo mediante el cual una de las partes se compromete, a realizar en beneficio de otra persona prestaciones de cosas o servicios, con periodicidad o de manera continua, en forma independiente, y a cambio de esto se le da una contraprestación (Decreto 410 de 1971, art. 478, *Col.*).

Lo que queda en claro en este punto, es que, si bien contratar a través de la prestación de servicios existe, no hay una regulación expresa que aplique para este tipo de contratación en el sector privado. Todo lo contrario, ocurre en lo estatal, donde este tipo de contrato está definido y regulado. Como se vio anteriormente, la Ley 80 de 1993 es la encargada de reglamentar la contratación pública. En este caso, se define y dicta lo relacionado al Contrato de Prestación de servicio, de esta manera:

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 (art. 32, *Col.*).

Aquí es clara, la naturaleza de independencia de quien presta el servicio, por tanto, se hace énfasis en que no hay relación laboral, ni prestaciones sociales por parte de la entidad contratante. Estos es necesario tenerlo presente, debido a que, es el centro de la sentencia de unificación que da origen al presente análisis. Retomando lo dictado en la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación, afirmando que este tipo de contratos puede ser utilizado por parte del Estado en los casos en los cuales sea imposible que, las actividades a realizar sean efectuadas por empleados de planta, o se haga necesaria la aplicación de la especialización de los conocimientos (CC, Sentencia C-154/97, *Col.*).

Este concepto de la Corte Constitucional afianza el hecho de la existencia de una regulación clara para que las entidades estatales puedan contratar servicios. Ahora bien, en este punto es pertinente hacer claridad sobre sus características. En el estudio realizado por Anaya *et al.* (2014) se enuncian las siguientes características:

- a. Autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
- b. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado.
- c. Su forma de remuneración es por honorarios.
- d. No se genera en estos contratos ninguna relación laboral y por ende no hay lugar al pago de prestaciones sociales.

e. Se celebran por el término estrictamente indispensable (pp. 12-13).

Al revisar las anteriores características, y compararlas con las del contrato de Trabajo, los elementos que sobre salen, y hacen diferente a estos tipos de contratación, son, por un lado, el carácter de independencia de quien efectúa la labor, por otro lado, es el tiempo de duración de dicha labor.

Pero para lo relacionado con el presente trabajo que realiza un análisis de lo afirmado en la sentencia de unificación, la diferencia más importante entre los tipos de contrato tiene que ver con el reconocimiento de las prestaciones sociales, en ese punto es específico es donde se ha pronunciado el Consejo de Estado. Dejando de manifiesto que el Contrato de Prestación de Servicios se ha utilizado para encubrir relaciones labores y que esto se convierte en un problema para la administración pública debido a que dichos contratos se convierten con Contratos Realidad.

Una muestra de esta problemática como lo señala Camargo (2019) desde la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para el año 2019 se registraban 4.325 procesos activos en contra de la Nación relacionados con el contrato realidad, y dichos procesos alcanzar un valor cercano a 433 mil millones de pesos.

Pero lejos de reducirse estos casos, se han incrementado como lo afirma Acosta (2021) en concordancia con cifras de la ANDJE para el año 2021 la Nación tenía “7.201” procesos activos en relación con el encubrimiento de relaciones labores reales, estos procesos ascendían a los novecientos sesenta y nueve mil millones de pesos. Todo esto sin tener en cuenta “9.092” procesos ya terminados que condenaron Nación a pagar un monto aproximado de 968 mil millones de pesos.

Ante este panorama, queda de manifiesto que este escenario representa para el Estado colombiano una problemática mayúscula. Si bien, el Contrato de Prestación de Servicios tiene la función de permitirle al Estado contratar servicios especializados de personas naturales, en el caso de ser necesitados en el cumplimiento de las funciones estatales, de allí, el motivo de su relevancia. También es palpable, como queda demostrado en las demandas presentadas, y que como lo ratifica la sentencia que es objeto de análisis en el presente trabajo, el contrato de prestación de servicios se diluye y pierde su diferenciación con el contrato de trabajo.

CAPÍTULO II

Criterios jurídicos del Consejo de Estado en la sentencia de unificación 025-CE-S2-2021 sobre los derechos laborales de los contratistas estatales.

El papel de la jurisprudencia en la sentencia fuente de la presente investigación, se esboza a partir de la comprensión de la obligación adaptativa del derecho con respecto a la realidad social, que además se enlaza con la necesidad de ajuste de normas y la reconfiguración de sistemas jurídicos existentes por normativas y concepciones que se acoplen a problemáticas actuales tales como la globalización, la tecnología.

Las nuevas tendencias globales instan al derecho a reconfigurar no solo las normativas existentes sino a integrar nuevas tendencias de otra naturaleza como el derecho informativo, tratados internacionales o derechos extranjeros (Schiele, 2017, p.192) del mismo modo llenar las lagunas legales, será en ocasiones la principal tarea de intervención que el juez debe hacer concerniente a la jurisprudencia. En este sentido Larenz (2001) explica que, en una "laguna legal" existe una particular regulación que está incompleta, "esto quiere decir que, cuando tiene regla alguna para cierta cuestión que, según la intención reguladora subyacente, hace necesaria una regulación" (como se citó en Schiele, 2017)

El papel de la jurisprudencia debe ser armonizadora en la medida en que, esta se convierta en una herramienta para el objetivo, en sí mismo del derecho, que es la búsqueda de justicia sobre un evento singular y que se lleve a cabo a través del dialogo adecuado entre la normativa o por medio de resoluciones que tengan coherencia, que sean justificadas, llenas de un profundo razonamiento, que den certeza y seguridad, lo

que determina que se respeten, se acaten y utilicen, esto pretende que se apliquen continuamente, de esta manera generen conclusiones a futuro, para que vinculen y logren unidad (Schiele, 2017).

Dado que la sentencia de unificación de la que es base esta investigación, parte del uso indiscriminado de un tipo contractual que debería ser excepcional y no de carácter típico. La violación sistémica constitucional que esto implica, refiriéndonos a derechos prestacionales y detrimento de la función pública, la jurisprudencia ha tenido que esclarecer las situaciones en las cuales se conforman relaciones labores que están relacionadas con lo dispuesto en la Constitución, en las relaciones laborales entre particulares y entidades estatales, se deben aplicar los principios constitucionales y legales.

Dentro de este caso la jurisprudencia tiene el papel de garantizar la interpretación uniforme de las leyes para poder así reestablecer y determinar nuevas decisiones que favorezcan los derechos que recurrentemente, dentro de este caso concreto se han agraviado y de esta manera poder aplicar la ley de acuerdo con el caso.

1. Normativa y jurisprudencia sustento de la sentencia de unificación

Al emitir la sentencia de unificación, el Consejo de Estado ha tenido en cuenta una extensa lista de principios establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, de la misma manera, se ha tenido en cuenta la jurisprudencia existente sobre esta materia, para el desarrollo este estudio es importante realizar un mapeo de estos elementos, dentro de la sentencia.

El principio que se esgrime como base de esta sentencia es el principio constitucional que dicta clara y explícitamente que, “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (CP, 1991, art. 53, *Col.*).

En este mismo sentido se encuentran las constantes recomendaciones realizadas por las diferentes Altas Cortes, que instan al cese del “uso indiscriminado de este tipo de contratos”. Dentro del análisis que realizó el Consejo de Estado se tiene en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional, quien ha recalcado el hecho de ser la indiscriminada contratación por prestación de servicios una flagrante violación a la Constitución es este el motivo principal para que se haya establecido una jurisprudencia que identifica los casos en los cuales existe una relación laboral, sin importar las condiciones pactadas por los participantes del contrato.

Al respecto, el Consejo de Estado en el apartado 66 de la sentencia de unificación que aquí se analiza, refiere al sentido que, usar indiscriminadamente este tipo de contratos es una violación constitucional. Por este motivo jurisprudencialmente se ha establecido cuando se configura una relación laboral, sin la importar que denominación le den las partes que intervienen en el contrato haciendo énfasis en que debe primar el principio de primacía de la realidad (CE, Sentencia 2013-01143/21, *Col.*).

Ante lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, manifiesta su interés por esta situación, debido a que se hace evidente que es una práctica recurrente en algunas entidades estatales. Al revisarse la preocupación mostrada por el Consejo de Estado, se puede establecer que la Organización Internacional del Trabajo (2006) en su recomendación 198, ya había advertido sobre la

expansión de esta práctica al interior de diferentes ordenamientos jurídicos, instando a eliminar el encubrimiento de relaciones laborales, especialmente en aquellos casos donde se elevan acuerdos contractuales con el fin de disfrazar las reales situaciones jurídicas. Es evidente que se habla de una relación laboral encubierta cuando un empleador niega la relación de trabajo existente, mediante una denominación diferente de los acuerdos contractuales, hecho que disfraza la verdadera condición. Esto se traduce en la negación de derechos laborales.

Al realizarse una comparación entre, de lo afirmado por la OIT en relación con el empleo encubierto y el contrato de prestación de servicios, cuando son utilizados para encubrir un vínculo laboral, no se encuentran diferencias, debido a que se usan para entregar una apariencia diferente de la que realmente tienen, y de esta manera “negar, o no permitir las garantías de protección de la ley” (OIT, 2003, p. 27).

Por lo anterior, en la sentencia objeto de estudio, se analizan los elementos que, dentro de la normativa colombiana, consagran los derechos de los trabajadores, así como las condiciones contractuales que los protegen. La Constitución establece al trabajo como un derecho fundamental, que debe estar protegido en todo momento por el Estado. Sumado a esto, hace énfasis en que, “toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (CP, 1991, art. 25, *Col.*).

Este principio es el punto de partida de las condiciones que se consideran en la sentencia que se está analizando, así como de la jurisprudencia al respecto. Sumado a esto, como ya se ha revisado anteriormente, en artículos ya referenciados, la Constitución también resalta dos puntos de especial importancia dentro de sentencia de unificación, el primero hace énfasis en el hecho de que prima la realidad sobre

formalidades pactadas por los que intervienen en un contrato, y la segunda se centra en la importancia de garantizar la “Seguridad Social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso” (CP, 1991, art. 53, *Col.*).

Quedando de manifiesto, que estos artículos establecen los principios mínimos de protección de los trabajadores. En este punto el Consejo de Estado deja en claro que, toda relación jurídica que tenga inmersas actividades laborales, en las cuales el Estado funge como empleador, deberá ser observada bajo los principios contenidos en el artículo 53 de la Constitución y siempre desde una perspectiva de protección (CE, Sentencia 2013-01143/21, *Col.*).

En línea con el objeto principal de la sentencia, se encuentra la CP (1991), que dicta que, todo lo que sea considerado emplea público contara con funciones determinadas mediante una ley o reglamentación y para que tengan remuneración es necesario que sean de planta, por lo tanto, deben estar contemplados en los correspondientes presupuestos (art. 122, *Col.*).

Según esto, es una violación constitucional el uso de Contratos de Prestación de Servicios para cubrir de manera permanente funciones dentro de las entidades estatales. En este punto, si se hace una revisión a la normativa anterior a la Constitución de 1991, ya en 1968 mediante el Decreto 2400, que luego fue modificado por el Decreto 3074, establece que, para ejecutar funciones con carácter permanente se deberán crear los empleos necesarios, y no se podrá contratar, por ningún motivo, por prestación de servicios para cubrir el déficit de empleados que cumplan con dichas funciones (Decreto 3074 de 1968, *Col.*).

En la revisión realizada al tenor del artículo 32 de la (Ley 80 de 1993), se establecen los puntos esenciales, que hacen necesaria la sentencia de unificación para dejar claridad sobre las principales características que empujan a que el contrato de prestación de servicios se convierta en un contrato realidad. Igualmente, se hace necesaria la sentencia de unificación al revisar la extensa jurisprudencia sobre este tema, hecho que puede ser constatado mediante búsqueda en la página web del Consejo de Estado. Al realizar la búsqueda por Contrato Realidad el resultado arroja 1186 sentencias proferidas en este sentido.

2. Criterios Jurídicos de la sentencia de unificación 025-CE-S2-2021

En el marco de la celebración de contratos por prestación de servicios se han desarrollado reglamentaciones para controlar la tergiversación de su uso dentro de la función pública, algunos temas todavía resultan ambiguos, y puesto que las confusiones de esta naturaleza pueden permitir atropellos y normalizar inestabilidad laboral, se hace más relevante la necesidad de despejar, unificar y darle uniformidad a este aspecto, de esta manera en la sentencia se da especial importancia a tres temas:

1. El relacionado con la temporalidad al establecer un significado para la expresión “término estrictamente indispensable” en lo relacionado.
2. El otro tema está relacionado con la continuidad contractual de los contratos de prestación de servicios, en los cuales se debe trazar un límite para determinar cuando existe continuidad, y en cuales se disfrazaron relaciones laborales, para determinar si hay prescripción de derechos.

3. El último punto trata de, cuándo y porqué no es procedente el reintegro a aportes a la Seguridad Social específicamente los concernientes a salud.

2.1. Elementos fácticos relevantes del caso

La señora Manco Quiroz Gloria Luz presentó demanda de nulidad y restablecimiento de sus derechos contra Personería de Medellín –municipio de Medellín el Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM) de Medellín, la demandante buscaba la nulidad del oficio de la Personería de Medellín en 2013 se negaba a reconocer que existió una relación laboral, lo que significó el no reconocimiento de prestaciones sociales. Para reestablecer su derecho, la demandante solicitó, condenar a los demandados para que le reconocieran lo concerniente que a un trabajador vinculado, es decir cesantías, vacaciones, primas, aportes a Seguridad Social e indemnización moratoria, y como pretensiones condenatorias subsidiarias exigió, en primera medida condenar a los demandados a indemnizar mediante el pago de un valor compensatorio de los derechos prestacionales durante el transcurso del contrato, del mismo modo el pago de indemnización de moratoria, esto ordenado que se cumpliera bajo el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

La demandante se basó en los hechos que empezaron a desarrollarse desde el 29 de diciembre de 2005 cuando inició a trabajar con la personería de Medellín como abogada, el contrato fue perfeccionado a través del ITM. las funciones eran realizadas en el horario que la Personería establecía y que se distribuían en la jornada para que se pudiera garantizar el servicio a la comunidad durante las 24 horas, si era necesario se

debía trabajar los sábados, domingos y festivos. La Personería le proporcionó el transporte y la infraestructura necesaria para el desempeño de las labores, también había exigencia de disponibilidad permanente, además el personero era quien supervisaba su contrato. La demandante solicitó el 7 de noviembre de 2012 a la Personería de Medellín y al ITM que reconocieran la relación laboral y la cancelación de prestaciones, ninguna de las dos entidades accedió a la pretensión.

La demandante cita como normas que le fueron vulneradas o violentadas: la Constitución el art. 56, Ley 6 de 1945 los arts. 1,5,8,12 y 17, Decreto 3135 de 1968 los arts. 5,6,8,9,11 y 14, Ley 4 de 1966, Decreto 1045 de 1978 los arts., 42, 52, 58, 59 y 60 y finalmente del Decreto 1045 de 1978 los arts., 1,2,3,5,8,13, 16, 17, 20, 21,24,25,32,33,40.

En la petición se afirma que existió subordinación y un continuado ejercicio de labores, reconocer la existencia de una continua e ininterrumpida relación laboral significa que se debe realizar el pago de las prestaciones sociales. También se afirma que hubo un presupuesto falso en los actos administrativos pedidos en el desarrollo del contrato, el desconocimiento de la naturaleza de la relación desemboca en que esta no estuviera ajustada a la ley.

En la respuesta emitida, la Personería de Medellín se opuso a lo pretendido por la demanda, propuso como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, la ausencia de causa para demandar, buena fe, la inexistencia de obligación ya que la demandante no tuvo vínculo jurídico con ella, entre otros. El ITM propuso como excepciones la falta de causa para pedir, puesto que adujo que existió pleno conocimiento del tipo de contrato mediante el cual se estaba pactando el objeto; la mala

fe de la demandante, en cuanto conocía de antemano esta tipología de contrato y que además se pactó la prestación bajo la inexistencia de vínculo laboral. Asimismo, no están de acuerdo con los elementos presentados de subordinación y dependencia argumentando que lo que medió la relación fue la coordinación de actividades de ambas partes, añadiendo además que los turnos efectuados por la demandante no eran obligatorios solo se sugerían para el desarrollo de las actividades. Dado lo anterior, la demanda (Personería de Medellín) solicitó revocar la sentencia emitida y no aceptar lo demandado.

2.2. Determinación y Descripción de la situación jurídica y del abordaje judicial:

2.2.1. Fallo del *Ad Quo*:

En primera instancia, a través de sentencia proferida en diciembre del año 2015, Tribunal Administrativo de Antioquia determinó:

- Declarar no probada la excepción de prescripción que la Personería de Medellín propuso, en relación con los contratos ejecutados.
- Declarar nulo el acto administrativo, por el cual se negaron las solicitudes de la demandante para el reconocimiento de sus derechos laborales.
- Se decide que los demandados tendrán que reconocer y pagar a la demandante las prestaciones sociales que no se recibieron en la ejecución de los contratos ejecutados por parte de la demandante (contratos 48, 448, 435, 2823, 447, 2298, 976, 2537, 815, 2803. 1172, 62, 4216 72, 857, 1472, 4164, 721 y 1176)

- Se condenó a la demandada a pagar a la demandante lo correspondiente a la cotización de seguridad social que no fue trasladada a los Fondos.
- La excepción de falta de legitimación en la causa pasiva propuesta por el ITM se declara probada.
- Las demás pretensiones son negadas (Consejo de Estado, Sentencia 2013-01143/21, Col.).

2.2.2. Problema jurídico en cuestión

De acuerdo con los argumentos expuestos en el expediente referenciado y que sirve como base de la sentencia de unificación, la sala colegiada del honorable Consejo de Estado precisó que, el abordaje en cuestión tiene dos formas de resolución y que las dos deben tener la misma relevancia, en primer lugar, se considera que existe un problema con efectos *inter partes* sobre el que debe pronunciarse en cuanto al caso concreto de la señora Manco Quiroz Gloria Luz contra la Personería de Medellín-municipio de Medellín y su presunto vínculo laboral; y en segundo lugar, habría de pronunciarse de manera genérica, respecto a la problemática que presentan varios contratistas con el Estado que en la realidad terminan en la dicotomía de la prestación de servicios y las características de una relación laboral, con efectos *erga omnes*, razón entre las cuales motivó que se expidiera una sentencia de unificación que clarificara conceptos y categorías que resultaban ambiguas y anacrónicas.

De ahí que unificara criterios y agrupara de la siguiente manera el problema jurídico a resolver, bajo unos preceptos a considerar de fondo, así:

- i) Determinar si existió una relación laboral que se encubrió mediante el uso de contratos de prestación de servicios, y si esto ocurrió, determinar si la demandante tiene derecho a que se reconozca y se paguen las prestaciones sociales.
- ii) Si se comprueba la relación laboral, en línea con la ley y a la jurisprudencia, determinar, si procede declarar la prescripción extintiva de los periodos en los que hubo vinculación.
- iii) determinar si procede la devolución de los aportes realizados durante la ejecución del contrato.

En esa medida, se puede afirmar que fáctica y jurídicamente tanto los particulares como el Estado mismo tienden a tener un uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios, lo que a su vez constituye una violación continuada de la Constitución. De ahí que, la jurisprudencia en distintos fallos ha sentado el precedente de que son sistemáticos los casos en los que se abusa de las características y elementos propios del contrato de prestación de servicios, independientemente del nombre que le asignen las partes. En ese mismo sentido se ha enfatizado en la correspondencia con lo dictado en la Constitución de 1991 donde se establece como principio la primacía de la realidad sobre formalidades, lo que en este caso en concreto pasa por el hecho de que a los sujetos inmersos en las relaciones laborales deben aplicárseles lo propio a las relaciones de trabajo entre personas naturales y el Estado (CE, Sentencia 2013-01143/21, Col.).

Así mismo, son claras las recomendaciones que en múltiples ocasiones ha formulado la Organización Internacional de Trabajo que en la lucha contra el encubrimiento de relaciones laborales, en la medida que muchas relaciones incluyen

formas de acuerdos contractuales que están elaboradas para el ocultamiento de la real situación jurídica, en el sentido que existe una relación laboral que se encubre cuando un empleador no considera empleado a un trabajador aun cuando lo es, por lo tanto, esto constituye una de las varias “formas de disfrazar una real condición jurídica, donde existen la posibilidad de darse circunstancias en las que los acuerdos firmados constituyen una privación de la protección de derechos de los trabajadores” (OIT, recomendación 198 de 2006).

2.3. *Ratio decidendi* jurisprudencial en cuanto a la Unificación:

2.3.1. Primera cuestión: “Estrictamente indispensable”

La libertad prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que trata de cómo se pueden efectuar contratos de prestación de servicios cuando el personal de planta no puede realizar actividades que se relación con el funcionamiento de la entidad, o en los casos en los que sean necesarios conocimientos especializados, pero es claro que esa contratación siempre debe ser de naturaleza temporal; por lo cual, este tipo de contratos, no pueden realizarse indefinidamente con personas naturales.

De esta manera, el término “estrictamente indispensable”, que se establece en la norma arriba referida, debe ser abordado y determinado en el momento precontractual, teniendo en cuenta el objeto contractual y los recurso de los cuales se disponen, para de esta manera establecer el tiempo que se estima como “indispensable” para ejecutar. Es claro aquí que, objeto contractual debe estar regido por principio de planeación, que dicta que: un negocio jurídico exige que sean efectuados estudios previos que permitan establecer las razones que justifican de determinado tipo de contratos.

Si bien se expresa anteriormente, es posible que, en la práctica, el tiempo establecido para la ejecución de un contrato no sea suficiente, esto debido a que se pueden presentar situaciones no previstas que requieran prorrogas; por lo anterior, en casos particulares, el tiempo que inicialmente se establezca, *ab initio*, como “el ajustado enteramente a la necesidad”, puede ser insuficiente. así, las mismas razones probaron la planeación del contrato y la firma de los contratos mediante los cuales se modifique el término de ejecución, debe sustentarse en los estudios anteriores.

En ese orden de ideas, se unifica el “término estrictamente indispensable” como ese que está estipulado de manera expresa en la minuta de constitución contractual, que en concordancia con los estudios realizados de manera previa, es la representación del tiempo en el cual el contratista debe llevar a cabo el objeto para el cual es contratado, así como todas las demás obligaciones que se deriven, teniendo en cuenta que se pueden presentar prorrogas especiales para llevar a cabo dicho objeto (CE, Sentencia 2013-01143/21, *Col.*)

Para la Sala, en cuanto al término “estrictamente indispensable” que se nombra en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se unifica en significado y alcance en la interpretación arriba revisada, lo cual está igualmente en línea “con la interdicción de alargar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios” (CE, Sentencia 2013-01143/21, *Col.*).

2.3.2. Segunda cuestión: “interrupción contrato o solución continuada”

Como se viene mencionando, si bien actualmente la Sección Segunda emplea el criterio pasivo acerca del tiempo y el momento desde el cual debe ser calculada la prescripción

extintiva, sobre vinculaciones contractuales consecutivas de debe realizar un análisis de las interrupciones efectuadas, para determinar si hubo o no solución en lo concerniente a la continuidad de la relación laboral. En ese sentido, la Sala establece un periodo de treinta días hábiles de la no solución de la continuidad, de contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que esto sea una “camisa de fuerza” para los jueces, en línea con los elementos de juicio inmersos en el plenario, tendrá que establecer si hubo o no fractura del vínculo laboral.

De esta manera, lo anteriormente revisado se complementa, a través de la atención de las siguientes recomendaciones: en los casos en que las entidades referidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren este tipo de contratos sucesivamente con un mismo contratista, y se den los elementos requeridos para que exista una relación laboral, se entiende que solución de continuidad entre el contrato anterior y el nuevo, no se dio, si entre la terminación de uno y el inicio del otro, no han pasado más de treinta (30) días hábiles, para esto se debe tener en cuenta que los objetos contractuales y las obligaciones subyacentes deben ser las mismas o similares (CE, Sentencia 2013-01143/21, Col.).

Así mismo la segunda disposición dicta que, si se establece que no hubo solución de continuidad, de esta declaración jurídicamente se concluirá que, aunque se diera interrupción entre los contratos, no se constituye la configuración para para que prescriban los derechos que se derivan del vínculo contractual. En caso de presentarse lo contrario, es un juez el encargado de establecer si se da o no dicha extinción en algunos o todos los contratos, en caso tal, no hay lugar a reconocimiento alguno (CE, Sentencia 2013-01143/21, Col.).

2.3.3. Tercera cuestión: Devolución de aportes prestacionales

Teniendo en cuenta que los recursos de la Seguridad Social tienen una naturaleza parafiscal, en la Ley 100 de 1993 queda establecido que, las EPS son las encargadas de administrar los recursos provenientes de los afiliados “en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad” (Ley 100 de 1993, art. 182, *Col.*). Lo anterior se debe a que, estos recursos se provisionan y se usan como garantía para prestar los servicios sanitarios en los regímenes existentes (contributivo y subsidiado), y no pueden ser destinados a otros presupuestos. De igual manera, no están gravados fiscalmente, gracias a su naturaleza parafiscal. La misma ley, en su artículo 48, es expreso que existe la prohibición para destinar o utilizar dichos recursos en fines diferentes en lo que están consagrados en ella (Ley 100 de 1993, art. 182, *Col.*).

Por estas razones se ha considerado como no procedente retornar los aportes a salud que el contratista realizó, aunque la declaración esté a su favor, en lo relacionado con una relación laboral encubierta. De esta manera, en el sentido de su naturaleza parafiscal, se hace imperioso el pago y recaudo de estos dineros, que poseen un fin determinado, sin que se tenga en cuenta si el servicio fue o no prestado, y por tanto, no pueden ser considerados una especie de crédito a favor del interesado, debido a que estos dineros son garantía para que los servicios de salud sean prestados en los regímenes que conforman el sistema, así que queda excluida toda posibilidad que se pretenda ejercer sobre esos aportes (CE, Sentencia 2013-01143/21, *Col.*).

Por consiguiente, puesto que es obligación del contratista realizar dicha contribución, según lo establecido por la ley, no es posible realizar devolución, aunque

haya sido reconocida la existencia una relación laboral. Sumado a esto, se daría una contradicción si se devolvieran los aportes, debido a que, como se vio anteriormente, el recaudo debía realizarse a las entidades administradoras de salud, por ser contribuciones obligatorias, que tienen un carácter parafiscal y una específica destinación.

Teniendo en cuenta esto, la unificación de la jurisprudencia se da para de hacer precisión, respecto al hecho consumado de que la administra no realizará las afiliaciones a salud y riesgos laborales, no procede el reembolso al contratista de los aportes que hubiera realizado, debido a que estos aportes son de carácter obligatorio y tienen una naturaleza parafiscal (CE, Sentencia 2013-01143/21, *Col.*).

2.4. *Ratio decidendi* jurisprudencial en cuanto al caso en concreto:

2.4.1. Primer problema:

¿Hubo entre la Personería de Medellín y la demandante una relación laboral, que dé cabida a que se reconozca el pago de las prestaciones sociales no devengadas en el tiempo que estaba vinculada mediante contratos de prestación de servicios?

Frente a la Prestación personal del servicio: Primeramente, la demandante testimonia que el servicio fue prestado de manera personal en lo relacionado con el “Convenio interinstitucional de cooperación para el funcionamiento de una unidad permanente de los Derechos Humanos en la ciudad de Medellín”, dicho convenio fue suscrito en el año 2005 por la Personería de Medellín y el municipio. Seguido a esto, el municipio realizó convenios interadministrativos con el Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM), dentro de estos convenios el ITM se comprometió elaborar y

desarrollar el proyecto que tenía como fin crear una unidad permanente de derechos humanos. La vinculación se efectuó a través de la firma de un contrato de prestación de servicios, dicho contrato se perfeccionó mediante un convenio entre la Personería de Medellín y el ITM. En este punto, el ITM celebró contratos con la demandante, donde se establecen las labores que debía desempeñar “apoyo jurídico a la Oficina de Derechos Humanos y asesoría para garantizar la promoción, defensa y protección de los derechos humanos” (CE, Sentencia 2013-01143/21, Col.). Esto quiere decir que, eran actividades personales o *intuito personae*, por lo cual, se establecen como exclusivas de la contratista.

Frente a la Subordinación: en la situación mencionada, se probó que la entidad demandada, aunque coordinó con la demandante algunas de sus labores, también impartió órdenes precisas, que son parte del rol de un empleador. Lo anterior está respaldado los testimonios, demostraciones y en el diverso aporte de documentos, que, al ser analizados, develaron la extralimitación en la que la Personería de Medellín incurrió al coordinar oficios para los cuales la demandante fue contratada. Sumado a esto, solicito a la demandante actividades diferentes a las establecidas en el contrato, esto queda de manifiesto cuando solicitó asignar el acompañamiento y seguimiento de las elecciones del municipio de Medellín, aunque sus labores debía desempeñarlas en la Unidad Permanente para los Derechos Humanos de la Personería. Asimismo, dicho proceder, no puede ser considerado de simple coordinación, por el contrario, devela el *ius variandi* // llevado a cabo por la demandada, esto demuestra que existía poder subordinante entre el empleador y el subordinado.

Frente a la Remuneración: se demostró, mediante la entrega de copias de las nóminas que estaban a nombre de la demandante, el pago periódico de un salario. En las copias entregadas, se comprueba claramente la remuneración que la demandante recibía por parte del ITM, esto demuestra con suficiencia la contraprestación que recibía la demandante por sus servicios.

Así que, después de analizar estos tres puntos, queda demostrada la confluencia de los elementos esenciales que determinan la existencia, entre la parte demandante y la parte demanda, de una relación laboral. De esta manera, la decisión que tomó el Tribunal Administrativo de Antioquia fue conforme al derecho, por tal razón se confirmó la sentencia recurrida.

2.4.2. Segundo problema:

¿En conformidad con la jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado, cabía declarar la prescripción extintiva de uno o todos los periodos contractuales que existieron entre la demandante y la entidad demanda?

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta el criterio acogido en esta sentencia de unificación en lo relacionado con el tiempo de perfeccionamiento entre uno y otro contrato, se llegó a la conclusión que la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada mediante una relación ininterrumpida, debido a que los espacios temporales entre contratos no superaron los 30 días hábiles, término unificado para la solución de continuidad. De esta forma, es palpable que existía una relación laboral entre las partes, razón por la cual, se debe efectuar el cálculo del término prescriptivo desde el momento en que rompió toda vinculación contractual, se determinó que la fecha de

dicha ruptura contractual fue el “30 de diciembre de 2011”. Negando así lo pretendido por la demandante que afirmaba que la fecha de terminación del contrato fue el “2 de enero de 2012”. De esta manera, la demandante presenta el primer reclamo de reconocimiento y pago de lo adeudado por los servicios prestados, el día 7 de noviembre de 2012, dicha solicitud estaba dentro de los términos establecidos para ese trámite, por ello no aplica la prescripción en ninguno de los periodos contractuales, pues quedó demostrada la existencia de una única y continuada vinculación laboral.

2.4.3. Tercer Problema:

¿Es procedente devolver a la demandante los aportes que realizó por concepto de seguridad social específicamente los concernientes a Salud?

En efecto, como se expuso anteriormente, estos aportes de naturaleza parafiscal son de pago obligatorio y son recaudados con un único fin, no pueden ser vistos como un crédito por parte de la demandante, así que, aunque dichos servicios hayan sido o no prestados, la finalidad de estos recursos es inalterable y deben permanecer para que el sistema sea sostenible, en consecuencia, no puede existir la titularidad de esos aportes en nadie más que la entidad encargada de su administración. Debido a que ese pago es responsabilidad del contratista, como lo dicta la ley, no se pueden reintegrar dichos pagos, a pesar de que, el vínculo laboral haya sido demostrado, debido a que, de reintegrarse se daría “un beneficio económico, sin que este influya en la garantía del derecho pensional de la demandante”.

Realizando una revisión de lo anterior, queda de manifiesto que los lineamientos existentes no dan posibilidad a que se realice la devolución pretendida de los aportes

correspondientes a salud que la contratista efectuó, debido a que son una obligación de todo contratista.

Concluyentemente, no es procede el reconocimiento sobre el total del derecho solicitado, ya que debe aplica la devolución de los aportes realizado específicamente en lo concerniente a salud, que, como ya se mencionó, por su naturaleza, no pueden ser utilizado en algo que no sea el sostenimiento del sistema sanitario.

CAPÍTULO 3

El Contrato de Prestación de Servicios vs el Contrato Realidad. Análisis comparado a la Luz de La sentencia de unificación 025-CE-S2-2021

La sentencia referenciada, emitida por el Consejo de Estado, se pronuncia en lo relacionado con los derechos prestacionales de los contratistas del Estado. Esta sentencia se da en la medida en que, los Contratos de Prestación de Servicios se utilizan para encubrir un contrato laboral. Como se vio en el capítulo 2, el Consejo de Estado identificó que se hace necesaria la unificación, y se debe dar asiento jurisprudencial acerca de la temporalidad, el término de solución de continuidad entre contratos y la posibilidad de devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud respecto de aquellas las relaciones laborales que estén encubiertas (CE, Sentencia 2013-01143/21, *Col.*).

En este pronunciamiento, en especial, al hablarse de relaciones labores encubiertas, se hace un llamado a lo estipulado en el artículo 53 de la Constitución, donde se deja en claro que, prima la realidad sobre lo que establezcan aquellos que intervienen en un acuerdo de relaciones laborales, más aún cuando, en el mismo artículo también se establece que no se puede renunciar a los beneficios mínimos que estén establecidos en las leyes laborales. Y si hubiese alguna duda de cuáles son esos beneficios, la constitución, en este mismo apartado, también señala que se elegirá aquella situación que tenga mayor favorabilidad para el trabajador en el caso de que exista duda para interpretar y aplicar las fuentes formales del derecho” (CP, 1991, art. 53, *Col.*).

Dentro de la sentencia que se está analizando, al unificar la jurisprudencia, se busca, por un lado, la protección de los derechos laborales y prestacionales de los contratistas del Estado. Por otro lado, pretende hacer claridad sobre conceptos en los cuales la hermenéutica jurídica, ha podido tener espectros de duda o poca claridad. De esta manera, se entregarán elementos revisados, para que las entidades públicas tengan una mayor claridad en cuales casos se puede utilizar el Contrato de Prestación de Servicios.

En el sentido de lo anterior se encuentra lo referido en la sentencia en el apartado 81 que deja en claro cuando en la Constitución Política (1991) que el empleo en el sector público deberá tener funciones claras, que estarán registradas a través de una ley, y que para establecer las remuneraciones pertinentes, es necesario que los empleos estén considerados dentro de la planta laboral y se prevean dentro de los presupuestos que correspondan (art. 122, *Col.*). lo anterior significa que se establecen características esenciales de una relación laboral legal y en regla, lo que se erige como base constitucional para que no este permitido perfeccionar contratos de prestación de servicios donde se requieran desempeñar funciones propias del personal de planta de las entidades públicas (CE, Sentencia 2013-01143/21, *Col.*).

Con esto lo que se busca es dar luces, para que no haya relaciones labores encubiertas mediante la contratación por prestación de servicios, y que dichos errores contractuales pasen a convertirse en procesos jurídicos en contra del Estado.

De lo anterior, se desprende la necesidad de revisar elementos esenciales que hacen parte de la sentencia de unificación, elementos tales como: principio de primacía de la realidad, las diferencias entre el contrato de prestación de servicio y el contrato

realidad y los argumentos jurídicos para identificar en cuales casos se debe utilizar uno u otro tipo de contrato.

1. Principio de primacía de la realidad en los contratos de prestación de servicios

Como ya se ha revisado en la legislación colombiana, en lo concerniente a los derechos laborales, el artículo 53 establece la primacía de la realidad sobre las formas. En palabras de Cortes (2018, pp. 111-127) este principio es conocido también como principio general de derecho laboral, que dicta que, la real labor desempeñada por el trabajador vale más que la forma de contratación. Esto es, que a pesar de que un contrato incluya unas condiciones pactadas para realizar una actividad, prima la actividad real realizada. En este mismo sentido Obando (2010, p. 448) expone que, la forma de vincular a un empleado no determina los derechos laborales, ya que lo que impera es realidad objetiva, que es al final de cuentas la que determina relación laboral, sin que se vea condicionada por el tipo de contrato elaborado por el empleador.

En tanto, la CC también ha realizado pronunciamiento sobre este tema, y engrosa el concepto, cuando afirma que en conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la constitución se establece el principio de que la realidad prima sobre aquellas formalidades que establezcan los sujetos de la relación laboral que se reconoce existe desigualdad entre los trabajadores y los empleadores, igualmente se hace necesaria la garantía de derechos de los trabajadores, sin que se vean afectadas o disminuidas las condiciones por simples formalidades (CC, Sentencia C-665/98, Col.).

Esto se encuentra enmarcado en las definiciones antes dadas. Pero la Corte Constitucional va más allá, y en el mismo pronunciamiento profundiza al afirmar que, si se demuestra en la realidad que, aquel que está en ejercicio libre de una profesión o está desarrollando un contrato en apariencia civil o comercial, está subordinado o es dependiente de quien lo contrata para prestar el servicio, es está ante una relación laboral real. Lo anterior resulta, sin duda, desventajoso que para quien este en calidad de trabajador, deba demostrar la existencia de dicha subordinación (CC, Sentencia C-665/98, Col.).

Lo que se establece con este pronunciamiento, es que el Principio de Primacía de la Realidad: implica el reconocimiento cierto y efectivo de los derechos que contienen una verdadera actividad laboral. De lo expuesto, se desprende que ante la luz del principio citado se establece la relación laboral real, así en el contrato firmado se estipule lo contrario. De esto, nace el concepto de Contrato realidad.

1.1. Contrato realidad

El contrato realidad, como se ha descrito, es aquel que se configura cuando se demuestra una relación laboral encubierta al haber sido utilizadas diferentes formas jurídicas para ese fin. Sobre esto el Consejo de Estado establece que, eso que es denominado “Contrato Realidad” se da al demostrarse en un juicio que se prestó un servicio de continuado y remunerado, y que, estos servicios pertenecen a la misión de la entidad que contrata. Así mismo, si se demuestra que, los servicios fueron efectuados en las instalaciones propias de quien contrata y utilizando sus recursos, igualmente, se comprueba que el prestador de servicios estaba bajo órdenes y desempeñando labores fuera del objeto contractual (CE, Sentencia 2014-90305/20, Col.).

En el mismo sentido la Corte Constitucional afirma que, las necesidades que presenten las entidades estatales, no pueden ser una excusa para contratar personas que desempeñen funciones públicas de forma irregular y permanente. Debido a que estos vínculos irregulares son precarios e ilegales, ya que, desconocen las formas esenciales del derecho público, lo previsto en la Constitución y las leyes para darse la vinculación de servidores públicos. Esto quiere decir que, no existe entidad estatal que pueda ignorar o negar el carácter laboral de una relación de trabajo (CC, Sentencia T-388/20, Col.).

De estos pronunciamientos queda más que ratificado el principio en el cual la realidad prima sobre cualquier otro escenario, por lo tanto, cuando cumplan a cabalidad las características que configuran un vínculo laboral, se está ante un contrato realidad de trabajo, y deben ser reconocidos los derechos laborales del beneficiario del contrato. A continuación, se revisarán las características y diferencias entre el Contrato de Prestación de Servicios y el Contrato realidad.

2. Diferencias entre el Contrato Realidad y el Contrato de Prestación de Servicios

Para lograr profundizar en el análisis de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, realizar la diferenciación entre el Contrato de Prestación de servicios y el Contrato Realidad, es más que pertinente. La necesidad de esta diferenciación radica en lo delgada de la línea que separa estos tipos de contrato, y en lo concerniente a las interpretaciones particulares que se realizan de dichas características. Es claro, que la sentencia, como ya se ha revisado en los capítulos 1 y 2, busca unificar la jurisprudencia y los conceptos en tres temas específicos. Pero dentro de este análisis, resulta

enriquecedor para el entendimiento jurídico, identificar claramente todas las diferencias que presentan estas formas del contrato.

2.1. Características del contrato de prestación de servicios

En este punto, se retoman los conceptos vistos en el capítulo 1. Como se estableció, el contrato de prestación de servicios queda definido y delimitado por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Enriqueciendo lo estipulado en la ley, el Consejo de Estado ha emitido conceptos que aclaran y fortalecen su interpretación. Lo anterior es claro cuando se encuentra que, que el fin de la contratación por prestación de servicios, es el de cubrir necesidades de las entidades públicas, la prestación del servicio debe ser temporal, y el contratista debe tener autonomía y ser independiente al momento de ejecutar sus labores. También es claro que, las actividades que se requieran deben ser especializadas que no puedan llevar a cabo los empleados de planta (CE, Concepto 1693/05, *Col.*).

Es más que claro que, en este tipo de contrato la principal característica es que las actividades que son contratadas, no las pueden realizar empleados de planta, y es esta, la que configura la necesidad de existencia de este tipo de contrato. Pero, para poder clarificar el cuerpo jurídico de este contrato, es necesario definir todas sus características. Menjura, Guerrero, Silva y Witt (2014), identifican que:

- La prestación de servicios se basa en el compromiso realizado por una persona para ejecutar labores específicas en donde intervienen la formación y la experiencia.

- El contratista debe tener total autonomía en la ejecución técnica del contrato, este es un requerimiento esencial en la prestación del servicio.
- La duración del contrato debe ser limitada.
- Su forma de remuneración es por honorarios.
- No existe relación laboral alguna, lo que significa el no reconocimiento de prestaciones sociales.
- La afiliación al sistema de seguridad social debe realizarse como trabajador independiente.

Dentro de este último punto, relacionado con la seguridad social, se debe hacer claridad en algunos aspectos. Ya está establecido que este tipo de contratos no está regulado por Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual, no está sujeto a la estipulación de un salario mínimo. Al no generar relación laboral, la entidad que requiere los servicios del contratista no tiene obligaciones relacionadas con pago de incapacidades, ni de licencias, ni primas, ni cesantías.

2.2. Características del Contrato Realidad

En el presente capítulo se han determinado las circunstancias que originan al Contrato Realidad. En el sentido revisado dentro de la sentencia de unificación, se genera cuando una relación laboral se encubre mediante un Contrato de Prestación de Servicios. Esto quiere decir que el contratista demuestra dicha relación laboral mediante la existencia fáctica de las características que rigen dicha relación. Estas características o elementos, al tratarse una relación laboral, están estipuladas en el CST. En este punto es importante

traerlos nuevamente a colación para referenciar y realizar adelante una comparación. Dichas características son: las actividades deben ser realizadas directamente por el trabajador, debe existir subordinación continua, la cual permite a quien emplea dictar ordenes cuando lo considere necesario en lo relacionado a la forma del trabajo, su cantidad y el tiempo que se requiera. Lo anterior no puede ir en contravía de la dignidad y derechos del trabajador. A las anteriores también se suma que el trabajador reciba un salario por el trabajo que realice (Decreto 2663 de 1950, art. 5, *Col.*).

En este mismo se establece que, al cumplirse estas tres características, se da la existencia de un contrato de trabajo, sin importar como se nombre. Respecto a la configuración del Contrato Realidad, la CC ha dejado en claro que, se debe decidir a quien se contrata basado en un proceso objetivo de selección y dentro de los eventos que la ley prevea. Estos contratos no pueden contemplar la realización de funciones públicas que sean de carácter permanente, de esta manera, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo (CC, Sentencia C-154/97, *Col.*).

De lo anterior se infiere que, aunque se utilice un Contrato de Prestación de Servicios, al violar las características que lo conforman y al cumplirse las características del contrato de trabajo, se debe dar por un hecho la existencia del Contrato Realidad. Pero la Corte en su pronunciamiento, hace la invitación a revisar las necesidades de la contratación para evitar que esto ocurra.

2.3. Diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato realidad

La sentencia de unificación que se ha venido analizando, y como ya se ha revisado, unifica los criterios jurisprudenciales en tres temas específicos, en lo relacionado con los derechos prestacionales de los contratistas estatales, esto son: lo relacionado con la temporalidad, la continuidad o sucesión de contratos y la devolución de los aportes a seguridad social (Consejo de Estado, Sentencia de Unificación 025-CE-S2-2021, Colombia). El Consejo de Estado unificó estos términos, como ya se vio, para sentar claridad tanto para los contratistas, como para las instituciones estatales, sobre las líneas divisorias entre estos dos tipos de contratación.

Por lo anterior, realizar una diferenciación puntual entre los elementos constitutivos de cada uno, es pertinente para entender el porqué de la Unificación jurisprudencia y los diferentes fallos emitidos en este sentido. Sumado a esto, dicha diferenciación ayudará a identificar las situaciones en las cuales se esté presentando un encubrimiento de una relación laboral. En este mismo sentido, Cortés (2018, p. 114) afirma que, Las circunstancias que crean diferencias entre lo pactado entre el trabajador y el empleador se dan como consecuencia de un entendimiento equivocado o mal intencionada de alguna de las partes con el fin de distorsionar la realidad del contrato de trabajo.

Es por esta razón que tener claridad sobre las diferencias de estos contratos se hace necesario. A lo largo de esta investigación se han revisado y clarificado los conceptos tanto del Contrato de Prestación de Servicios, como, del Contrato Realidad. Conociendo las características de cada uno se pueden establecer sus diferencias, en el

ámbito jurídico y a la luz del Principio de Primacía de la Realidad, que es el centro de la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado. Según Cuesta y Zota (2018) las principales diferencias entre estos contratos son:

- El contrato de prestación de servicios puede efectuarse con personas naturales o jurídicas, un contrato de trabajo no solo puede efectuarse con una persona natural.
- En el contrato de prestación de servicios, el contratista posee autonomía de su tiempo en el desarrollo del objeto contractual, sin embargo, pueden ser fijados horarios específicos coordinar las actividades objeto del contrato. En el caso del trabajador existe subordinación y está sujeto al cumplimiento de horarios.
- En el contrato de trabajo, el empleador tiene exclusividad de quien labora. El contratista puede prestar varios servicios simultáneamente.
- Para el contrato de prestación de servicios reciben honorarios como contraprestación. En el contrato de trabajo existen salarios, aportes de prestaciones sociales por parte del empleador y está protegido por régimen laboral vigente.
- Si existiera un conflicto entre el contratista y el contratante, un juez contencioso administrativo es el encargado de resolverlo. En el caso de los conflictos entre un trabajador y un empleador un juez laboral es el encargado de dirimir dichos conflictos.
- En la prestación de servicios, es responsabilidad de los contratistas afiliarse de manera independiente al Sistema Seguridad Social. Para el caso del trabajador,

es el empleador el encargado de la afiliación y el pago de los aportes correspondientes.

Al revisar estos elementos, se identifican los motivos por los cuales las líneas de diferenciación son tan delgadas, debido a que, en estos tipos de contratación se cumplen, aparentemente, dos de los elementos que estipula el CST para que haya un contrato de trabajo. Sobre esto encontramos que, en estos tipos de contratos se encuentra dos elementos constitutivos semejantes: la prestación personal del servicio y el recibo de una contraprestación por las labores realizadas, pero en el contrato de prestación de servicios no existe subordinación.

A pesar de la aparente igualdad de los dos elementos mencionados (la prestación personal del servicio y la retribución), en estos dos elementos hay diferencias claras, que ya se han mencionados. En cuanto a la prestación personal del servicio, se debe recalcar, que en el contrato laboral el trabajador debe cumplir un horario, y este se encuentra enmarcado en el cumplimiento de no menos de 44 horas semanales, el contratista no, aunque se pueden establecer horarios para actividades de coordinación del contrato. Y en lo relacionado con la retribución, el trabajador tiene un salario, sobre el cual también se generan prestaciones sociales, el contratista no las tiene.

3. Elementos para decidir si es pertinente utilizar el contrato de prestación de servicios

Después de revisar la sentencia de unificación 025-CE-S2-2021, y los conceptos a los que en ella se referencian. Queda en claro que, la utilización del Contrato de Prestación de Servicios para encubrir relaciones laborales, es un problema extendido en las

entidades administrativas estatales. Dicha problemática, como ya se ha dejado en claro, ha sido atendida por la Corte Constitucional, cuando afirma que, existe una violación sistemática de la constitución por parte de la Administración, cuando se utiliza excesivamente este tipo de contratos, porque se desconocen las garantías especiales de la relación laboral consagradas en la Constitución (CE, Sentencia 2013-01143/21, Col.).

Un elemento que requiere particular atención, en lo relacionado con el tiempo necesario para que se presente una interrupción de contrato, el término que unifico el Consejo de Estado, como se vio en el Capítulo 2, fue de treinta (30) días hábiles entre la terminación de un contrato y el inicio de otro, pero también se deja en claro que ese lapso puede ser mayor, teniendo en cuenta las características particulares de cada situación (CE, Sentencia 2013-01143/21, Col.). En este punto es importante revisar si ¿este término contribuye a evitar que se utilice la contratación de servicios para llevar a cabo labores continuadas?, en el papel la respuesta es sí, debido a que, antes de la unificación, no se tenía un tiempo determinado como referencia, al ser establecida esta referencia, las entidades que requieran contratar tienen un elemento más de claridad a tener en cuenta para no caer en el encubrimiento de una relación laboral real.

Por esto, elaborar un cuadro de revisión donde se identifiquen claramente los elementos jurídicos que van a intervenir a la hora de requerir los servicios especializados de un contratista, de esta manera se evitará que los contratos de prestación de servicios se configuren como un contrato realidad. Igualmente, este cuadro, facilitará el trabajo para quienes elaboran dichos contratos.

CUADRO DE REVISIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS

Entidad:

Perfil solicitado:

Funciones del Contratista:

Objeto del Contrato:

ELEMENTOS A TENER EN CUENTA PARA DETERMINAR EL TIPO DE CONTRATO

CARACTERÍSTICA	CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	SI	CONTRATO DE TRABAJO	SI
Actividad personal	Actividad independiente (si se presentara solicitud de prestación personal que implique una relación de exclusividad en el desarrollo de las actividades, se constituiría en un elemento para configurar la relación laboral, según el Art. 23 del CST).		Prestación personal y exclusiva del servicio	
Naturaleza Jurídica	Efectuada por la Administración para contratar personas Naturales y/o Jurídicas		Se realiza entre la Administración que contrata una persona Natural.	
Exclusividad	No existe exclusividad de servicios		Se exige exclusividad	
Subordinación dependencia	No existe subordinación (si se presentara subordinación en el desarrollo de las actividades, se constituiría en un elemento para configurar la relación laboral, según el Art. 23 del CST).		Existe subordinación y dependencia de las órdenes que imparta el empleador.	

Duración	se celebrarán por el término estrictamente indispensable (este tema es materia de unificación jurisprudencial en la sentencia 025-CE-S2-2021 del Consejo de Estado)		Terminó fijo o indefinido.	
Retribución Remuneración	Se reciben honorarios como contraprestación a sus servicios. (si se presentara subordinación en el desarrollo de las actividades, se constituiría en un elemento para configurar la relación laboral, según el Art. 23 del CST).		Se recibe un salario o remuneración, la cual consisten en la contraprestación que el empleador entrega por su trabajo.	
Especialización del tema	La actividad a realizarse es especializada y por tanto no se cuenta con el personal idóneo en la planta de personal		La profesión permite efectuar la labor encomendada	
Jornada	No existe una jornada laboral. Aunque se pueden establecer horarios específicos de coordinación (como queda establecido en la sentencia 79216 del 25 de septiembre de 2016, de la Corte Suprema de Justicia)		El empleado debe cumplir un horario no menor a 44 horas semanales	
Pago de prestaciones Sociales	Este tipo de contratos no general pago de prestaciones sociales		Es un derecho del trabajador el pago de horas extras y recargos. esto está estipulado en la Ley 50 de 1990 (art. 24, Col.). Igualmente tiene derecho a vacaciones CST (art. 186, Col.). Así mismo, al pago de cesantías (art. 249, Col.). Del mismo al pago de prima de servicios (art. 306, Col.).	
Seguridad Social	El contratista paga los aportes a salud, pensión y riesgos Laborales.		Los pagos son compartidos entre el trabajador y el empleador.	

Regulación Legal	La prestación de servicios inherentes a profesiones liberales se regirá por la legislación civil. Igualmente, regulados por el Estatuto General de la Contratación Administrativa.		Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, la Ley 50 del 1990 y sus reglamentarios, Ley 909 de 2004 y sus reglamentarios.	
-------------------------	--	--	--	--

Conclusiones

El contrato ha tenido una serie de reconfiguraciones, primero su surgimiento se limitó a la necesidad de supervivencia y de vida en comunidad, enmarcado dentro del consentimiento y la voluntad, luego con un carácter más conciliador y de negociación, el contrato dentro de un marco público empezó a garantizar los intereses colectivos a través de la gestión y vigilancia. Asimismo, el contrato es la medida y mecanismo de control en sí de los empleados públicos, aquellos trabajadores que comisionan el orden público y que representan al Estado.

El concepto de contrato es ampliamente aceptado, además aplicado, aun así, existen diferentes aproximaciones que pueden ser a veces irreconocibles si comparamos la noción de obligatoriedad dentro de ella. Con lo anterior se puede concluir, que el contrato es un acuerdo voluntario que posibilita la mediación de un intercambio, donde si bien hay obligaciones, estas se pueden exonerar o modificar y para que se lleve a cabo debe haber una demanda o necesidad de prestación de alguna de las dos partes, sin esta solicitud o mutua voluntad no se puede llevar a cabo.

Por otro lado, la autonomía de la voluntad tiene límites, por una parte, en lo que respecta al contenido del contrato este debe limitarse a lo indicado por los contratantes fundamentándose en lo mencionado anteriormente, el orden público y la buena fe. Lo que no se acuerde entre partes debe basarse en lo que la ley regule sobre tipos contractuales que respondan a los contenidos del contrato deseado por ambas partes.

Si bien la contratación por prestación de servicios ha desarrollado una reglamentación que intenta controlar la tergiversación que se pudiera dar y que no se

normalice la sustitución de empleados públicos por prestadores de servicios, se percibe lo contrario según diferentes pronunciamientos, que en este sentido han dado las Altas Cortes. De hecho, la sustitución de empleos de carrera administrativa por empleos temporales, estuvo sustentada por la necesidad de reducir gastos públicos de funcionamiento, resulta problemático revisar que, al día de hoy, dicha sustitución no ha mostrado resultados en este sentido, pero si ha contribuido a la inestabilidad e informalidad laboral y deteriorado la calidad de la función pública y así la implementación de esta contratación se transformó de lo que debía ser un instrumento de colaboración para las actividades relacionadas con la Administración y con la intención de racionalizar el gasto público a pasar a configurarse como una manera tradicional de contratación pública que sustituye vínculos y obligaciones laborales, por tanto, evitar el reconocimiento de las prestaciones deforma la relación laboral, de esta manera, esta tipología de contrato se instala como reemplazo de empleados públicos rehusando la elección por mérito que, además de lo anterior, supone la imposibilidad de permanencia laboral y por consiguiente la estabilidad del trabajador

El uso en aumento de las contrataciones por prestación de servicios para el Estado crea una discrepancia en la función en sí del Estado como protector o asegurador de los intereses de los habitantes del territorio, el Estado debería mantener una vigilancia y control para poder garantizar el bienestar e integridad de sus habitantes, no obstante , usa un marco contractual que no otorga garantías, estabilidad a sus funcionarios, sin olvidar que puede incentivar una serie de problemáticas sociales

La anterior exposición y problematización de las diferencias prestacionales y el marco de garantías que otorga la vinculación laboral frente a la contratación por

prestación de servicio permite problematizar los principios que deberían orientar la función como lo es la igualdad, celeridad e imparcialidad. En este apartado se puede evidenciar los beneficios exclusivos que tienen las personas vinculadas al Estado, además de las bonificaciones, auxilios y primas que ofrece esta tipología contractual otro aspecto importante a destacar, y que fue expuesto anteriormente, es el de la independencia y libertad que tiene un contratista por prestación de servicios de un trabajador de carrera administrativa. El Estado se ha servido de estos argumentos para el uso indiscriminado de esta contratación que ha empezado a resultar ambiguo y arbitrario para muchos trabajadores, puesto que las condiciones de temporalidad y de libre ejecución del objeto del contrato en ocasiones se ven limitadas y controladas, resultando un vínculo laboral donde el trabajador irremediamente es subordinado dentro de la relación laboral pero sigue desprotegido y sin derechos prestaciones que son de naturaleza, que surgieron históricamente como garantes de estabilidad y tranquilidad física, económica y mental para el trabajador.

Así mismo, es mester decantar que con el ánimo de que cesen este tipo de conflictos es el Estado el que debe empezar por dar ejemplo del buen uso del mecanismo de contratación de servicios públicos, que sirve como excepción y no se puede convertir en la regla aplicable en términos de contratación. Pues ello conlleva entre otras a que por intermedio de estos se perpetúen sistemáticamente las relaciones laborales encubiertas en que los directores de entidades abusen de los contratistas y los subyuguen a cumplir objetivos por fuera de las motivaciones propias de la prestación de servicio, lo que a la postre termina convirtiéndose en relaciones laborales mediadas por la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración. Así esta mala

práctica lleva a que este tipo de contratos sean propensos a convertirse en baluartes y focos de corrupción debido a que distintos sectores políticos disponen arbitrariamente y abusan de esta figura contractual en la medida que se evidencian casos en los que una misma persona tiene indiscriminadamente demasiados contratos por prestación de servicios a su nombre sin que se ejecute y gestione en debida forma los pilares, principios y fines para los que está constituida y proyectada la función pública, pues es humanamente imposible cubrir las obligaciones que estos requieren. Finalmente, es evidente que se requiere de iniciativas legislativas que hagan ajustes a la regulación de los contratos por prestación de servicios para evitar que se sigan incurriendo en vacíos, yerros y ambigüedades de esta índole, que terminan por congestionar el aparato jurisdiccional de lo contencioso administrativo con demandas de toda índole que tienen en común tener como objeto de controversia la figura de los contratos de prestación de servicios mal ejecutados y utilizados de manera desgastante e ineficiente.

Referencias

Constitución Política. Julio 20 de 1991. Colombia

Consejo de Estado. 1991. Concepto 855. Colombia

Corte Constitucional. 1998. Sentencia C-563/98. M.P.: A. Barrera & C. Gaviria.

Congreso de la República. Ley 909 de 2004. Colombia. Sitio web:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861>

Ceballos, B. 2005. El contrato estatal de prestación de servicios personales y el principio de la primacía de la realidad. Sitio web:

<https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/562/1068>

Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto

General de Contratación de la Administración Pública. Colombia. Sitio web:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>

Hernández, C. 2009. Neoliberalismo y flexibilización de las relaciones laborales en América Latina. Sitio web: <https://www.redalyc.org/pdf/904/90411687011.pdf>

Sánchez, D & Vergara, H. 2020. Las condiciones de trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia. Revista de Derecho, núm. 53, pp. 205-231. Sitio web: <https://www.redalyc.org/journal/851/85170148010/html/>

Consejo de Estado. Sentencia 2014-90305 de 2020. Sitio web:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167509>

Sánchez, D & Vergara, H. 2020. Las condiciones de trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia. Revista de Derecho, núm. 53, pp. 205-231. Sitio web: <https://www.redalyc.org/journal/851/85170148010/html/>

Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. D.O. núm. 47956. Colombia.

Sánchez, D & Vergara, H. 2020. Las condiciones de trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia. Revista de Derecho, núm. 53, pp. 205-231. Sitio web: <https://www.redalyc.org/journal/851/85170148010/html/>

Aguilar, L. 2004. La hermenéutica filosófica de Gadamer. Revista Electrónica Sinéctica, núm. 24, febrero-julio. pp. 61-64 Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Jalisco. México.

Figuroa, L. 2007. Contratos civiles. Editorial, Porrúa. México.

Sanromán, R. 2013. La teoría general del contrato y la autonomía de la voluntad.

Sitio web: <http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2602/1/-178-121-A.pdf>

Guevara, V y Mufdi, M. 2017. La evolución del concepto de contrato y su incidencia en los principales mecanismos de protección del acreedor insatisfecho. Universidad de Chile. Sitio web:

<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/143963/La-evoluci%C3%B3n-del-concepto-de-contrato-y-su-incidencia-en-los-principales-mecanismos-de-protecci%C3%B3n-del-acreedor-insatisfecho.pdf?sequence=1#:~:text=La%20justicia%2C%20entendida%20en%20t%C3%A9rminos,los%20tratos%20mutuos%20entre%20individuos>

Sanromán, R. 2013. La teoría general del contrato y la autonomía de la voluntad.

Sitio web: <http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2602/1/-178-121-A.pdf>

Vaca, C. 2019. Fundamentos de la contratación pública. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Sitio web:

<https://elibro.net/es/ereader/usta/171990?page=10>.

Ferrero, R. 1959. El contrato de trabajo. Caja Nacional de Seguro social. Perú.

Villalba, F. Arana, E. & Castillo, F. 2014. Nociones básicas de contratación pública. Difusora Larousse - Editorial Tecnos. Sitio web:

<https://elibro.net/es/ereader/usta/115363?page=4>

Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. D.O. núm. 41094. Colombia.

Martínez, E y Ramírez, J. 2008. El régimen del Servidor Público. Escuela Superior de Administración Pública. Sitio web: <http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/2-Regimen-del-Servidor-Publico.pdf>

Presidencia de la República. Decreto 2663 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo. Colombia.

Vallecilla, L. 2018. La relación laboral y el contrato de trabajo. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Presidencia de la República. Decreto 2663 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo. Colombia.

Anaya, E., Andrade, M., Herazo, C. y Sánchez, L. 2014. El contrato de prestación de servicios en la legislación colombiana. Universidad Sergio Arboleda. Sitio web:

<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/989/EI%20cont>

[rato%20de%20prestaci%c3%b3n%20de%20servicios%20en%20la%20legislaci%c3%b3n%20colombiana.pdf?sequence=4&isAllowed=y](#)

Colombia. Código Civil. 2023

Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971. Código del Comercio.

Colombia.

Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto

General de Contratación de la Administración Pública. Colombia. Sitio web:

[https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304](#)

Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. M.P.: Hernando Herrera

Vergara.

Anaya, E., Andrade, M., Herazo, C. y Sánchez, L. 2014. El contrato de prestación de servicios en la legislación colombiana. Universidad Sergio

Arboleda. Sitio web:

[https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/989/El%20contrato%20de%20prestaci%c3%b3n%20de%20servicios%20en%20la%20legislaci%c3%b3n%20colombiana.pdf?sequence=4&isAllowed=y](#)

Schiele, C. 2017. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO: El papel de la jurisprudencia. Monografía presentada para aprobar el Doctorado en Derecho. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile. Disponible en

[https://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf](#)

Constitución Política. Julio 20 de 1991. Colombia

Corte Constitucional. Sentencia T-723 de 2016. M.P.: Aquiles Arrieta Gómez.

Colombia.

Organización Internacional del Trabajo. Recomendación 198 de 2006.

Constitución Política. Julio 20 de 1991. Colombia.

Consejo de Estado. Sentencia de Unificación 025-CE-S2 de 2021. Colombia.

Constitución Política. Julio 20 de 1991. Colombia.

Presidencia de la República. Decreto 3074 de 1968. Colombia.

Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. D.O. núm. 41094. Colombia.

Consejo de Estado. Sentencia de Unificación 025-CE-S2 de 2021. Colombia.

Consejo de Estado. Sentencia 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). Colombia.

Consejo de Estado. Sentencia de Unificación 025-CE-S2 de 2021. Colombia.

Constitución Política. Julio 20 de 1991. Colombia.

Consejo de Estado. Sentencia de Unificación 025-CE-S2 de 2021. Colombia.

Cortés, M. 2018. El Principio de la primacía de la realidad como garante de los derechos laborales de los trabajadores oficiales. *Revista Verba Iuris*, 13(40), pp. 111-127.

Obando, J. (2010). *Tratado de derecho administrativo laboral*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Corte Constitucional. Sentencia C-665/98. M.P.: Hernado Herrera Vergara. Colombia.

Consejo de Estado. sentencia 85001-23-31-000-2003-00015-01. marzo de 2010. Colombia.

Consejo de Estado. Sentencia 2014-90305 de 2020. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-388/20. M.P.: Diana Fajardo Rivera. Colombia.

Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. D.O. núm. 41094. Colombia.

Menjura, D., Guerrero, M., Silva, A. y Witt, S. 2014. Contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. Tratamiento jurisprudencial 2011 a 2014. Recuperado de: <https://hdl.handle.net/10901/7715>

Corte Constitucional. Sentencia C-154/97. M.P.: Hernando Herrera Vergara. Colombia

Consejo de Estado. Sentencia de Unificación 025-CE-S2 de 2021. Colombia.

Cortés, M. 2018. El Principio de la primacía de la realidad como garante de los derechos laborales de los trabajadores oficiales. Revista Verba Iuris, 13(40), pp. 111-127.

Cuesta, H. y Zota, E. SF. Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo. Recuperado de: <https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/752/Contrato%20realidad%20%20factor%20de%20vulneraci%C3%B3n%20de%20acceso%20a%20los%20elementos%20del%20derecho%20fundamental%20al%20trabajo%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Consejo de Estado. Sentencia de Unificación 025-CE-S2 de 2021. Colombia.

Bibliografía

Aguilar, L. 2004. La hermenéutica filosófica de Gadamer. Revista Electrónica Sinéctica, núm. 24, febrero-julio. pp. 61-64 Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Jalisco. México.

Anaya, E., Andrade, M., Herazo, C. y Sánchez, L. 2014. El contrato de prestación de servicios en la legislación colombiana. Universidad Sergio

Arboleda. Sitio web:

<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/989/El%20contrato%20de%20prestaci%c3%b3n%20de%20servicios%20en%20la%20legislaci%c3%b3n%20colombiana.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Ceballos, B. 2005. El contrato estatal de prestación de servicios personales y el principio de la primacía de la realidad. Sitio web:

<https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/562/1068>

Colombia. Código Civil. 2023

Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. D.O. núm. 47956. Colombia.

Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Colombia. Sitio web:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>

Congreso de la República. Ley 909 de 2004. Colombia. Sitio web:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861>

Consejo de Estado. 1991. Concepto 855. Colombia

Consejo de Estado. Sentencia 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).
Colombia.

Consejo de Estado. Sentencia 2014-90305 de 2020. Colombia.

Consejo de Estado. Sentencia 2014-90305 de 2020. Sitio web:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167509>

Consejo de Estado. Sentencia 85001-23-31-000-2003-00015-01. marzo de
2010. Colombia.

Consejo de Estado. Sentencia de Unificación 025-CE-S2 de 2021. Colombia.

Constitución Política. Julio 20 de 1991. Colombia

Corte Constitucional. 1998. Sentencia C-563/98. M.P.: A. Barrera & C. Gaviria.

Corte Constitucional. Sentencia C-154/97. M.P.: Hernando Herrera Vergara.
Colombia

Corte Constitucional. Sentencia C-665/98. M.P.: Hernado Herrera Vergara.
Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-388/20. M.P.: Diana Fajardo Rivera. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-723/16. M.P.: Aquiles Arrieta Gómez.
Colombia.

Cortés, M. 2018. El Principio de la primacía de la realidad como garante de los
derechos laborales de los trabajadores oficiales. Revista Verba Iuris, 13(40), pp.
111-127.

Cuesta, H. y Zota, E. SF. Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a
los elementos del derecho fundamental al trabajo. Recuperado de:

<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/752/Contrato%20realidad%20%20factor%20de%20vulneraci%C3%B3n%20de%20acceso%20a%20los%20elementos%20del%20derecho%20fundamental%20al%20trabajo%200.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ferrero, R. 1959. El contrato de trabajo. Caja Nacional de Seguro social. Perú.

Figueroa, L. 2007. Contratos civiles. Editorial, Porrúa. México.

Guevara, V y Mufdi, M. 2017. La evolución del concepto de contrato y su incidencia en los principales mecanismos de protección del acreedor insatisfecho. Universidad de Chile. Sitio web:

<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/143963/La-evoluci%C3%B3n-del-concepto-de-contrato-y-su-incidencia-en-los-principales-mecanismos-de-protecci%C3%B3n-del-acreedor-insatisfecho.pdf?sequence=1#:~:text=La%20justicia%2C%20entendida%20en%20t%C3%A9rminos,los%20tratos%20mutuos%20entre%20individuos>

Hernández, C. 2009. Neoliberalismo y flexibilización de las relaciones laborales en América Latina. Sitio web: <https://www.redalyc.org/pdf/904/90411687011.pdf>

Martínez, E y Ramírez, J. 2008. El régimen del Servidor Público. Escuela Superior de Administración Pública. Sitio web: <http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/2-Regimen-del-Servidor-Publico.pdf>

Menjura, D., Guerrero, M., Silva, A. y Witt, S. 2014. Contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. Tratamiento jurisprudencial 2011 a 2014. Recuperado de: <https://hdl.handle.net/10901/7715>

Obando, J. (2010). Tratado de derecho administrativo laboral. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Organización Internacional del Trabajo. Recomendación 198 de 2006.

Presidencia de la República. Decreto 2663 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo. Colombia.

Presidencia de la República. Decreto 3074 de 1968. Colombia.

Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971. Código del Comercio. Colombia.

Sánchez, D & Vergara, H. 2020. Las condiciones de trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia. Revista de Derecho, núm. 53, pp. 205-231. Sitio web: <https://www.redalyc.org/journal/851/85170148010/html/>

Sanromán, R. 2013. La teoría general del contrato y la autonomía de la voluntad. Sitio web: <http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2602/1/-178-121-A.pdf>

Schiele, C. 2017. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO: El papel de la jurisprudencia. Monografía presentada para aprobar el Doctorado en Derecho. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile. Disponible en <https://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>

Vaca, C. 2019. Fundamentos de la contratación pública. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Sitio web:

<https://elibro.net/es/ereader/usta/171990?page=10>.

Vallecilla, L. 2018. La relación laboral y el contrato de trabajo. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Villalba, F. Arana, E. & Castillo, F. 2014. Nociones básicas de contratación pública. Difusora Larousse - Editorial Tecnos. Sitio web:

<https://elibro.net/es/ereader/usta/115363?page=4>