

Reglas de Unificación del Consejo de Estado (2020-2023)
sobre contrato realidad en trabajadores vinculados a entes públicos en Colombia.

Gloria Daniela López Cancimance
Yamile Adriana Zambrano Izquierdo

Universidad CESMAG
Facultad de Ciencias Sociales y Humanas
Programa de Derecho
San Juan de Pasto
2025

Reglas de Unificación del Consejo de Estado (2020-2023)
sobre contrato realidad en trabajadores vinculados a entes públicos en Colombia.

Autoras:

Gloria Daniela López Cancimance
Yamile Adriana Zambrano Izquierdo

Informe final de trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Abogado

Asesor

Francisco Edmundo Paz Obando
Magíster en Derecho Administrativo

Universidad CESMAG
Facultad de Ciencias Sociales y Humanas
Programa de Derecho
San Juan de Pasto

2025

**Los conceptos, afirmaciones y opiniones emitidos en este proyecto de trabajo de grado son
responsabilidad única y exclusiva de las estudiantes.**

Nota de Aceptación

Firma del presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, abril de 2025.

Agradecimientos

En primer lugar, a Dios que siempre nos acompaña y es nuestra guía.

A nuestra Alma Mater por el aprendizaje obtenido durante toda la carrera.

Al Dr. Francisco Edmundo Paz Obando, por su colaboración, serenidad, apoyo y gran disposición durante todo el proceso de elaboración de esta investigación, para orientarnos hacia el desarrollo y culminación de un óptimo Trabajo de Grado.

A todos los Docentes que tomaron parte en nuestra formación académica, porque con sus conocimientos compartidos, hicieron posible la elaboración de nuestro Trabajo de Grado.

A las expertas lectoras, Dras. Geniferth Miranda Cadena y Johana Ortega Caicedo por su paciencia y aprecio hacia nuestra investigación y por sus valiosas enseñanzas en el campo del Derecho Laboral.

Y especialmente a nuestras familias por su apoyo incondicional y acompañamiento constante durante la aventura de todo nuestro proceso de formación en la retadora carrera de Derecho.

Dedicatorias

Dedico este Trabajo de Grado en primer lugar a Dios, por su infinita Misericordia y sus bendiciones.

A mis Padres, por darme la oportunidad de prepararme en una de las carreras más bonitas y brindarme todo su apoyo para lograr culminar mis estudios, además de forjar el carácter que se necesita para enfrentar la vida.

A mi Hij@ que llevo en el vientre que será mis alas para volar aún más alto de lo que tal vez algún día proyecté.

A mi Compañero de vida, por su apoyo y paciencia para alcanzar mis sueños.

A mi Compañera de tesis por encaminarse en el arduo trabajo de la investigación para desarrollar este Trabajo de Grado.

Gracias por ser los principales protagonistas de este sueño alcanzado.

Gloria Daniela López Cancimance

Esta investigación la dedico a mi Familia y sobre todo a mi Madre, quien estuvo en todo momento apoyándome, dándome ánimos y ofreciéndome sus consejos; los cuales son y seguirán siendo valiosos en mi vida.

Yamile Adriana Zambrano Izquierdo

Contenido

Resumen.....	11
Abstract.....	12
Glosario.....	14
INTRODUCCIÓN.....	16
RESUMEN ANALÍTICO DE ESTUDIO (RAE).....	19
1. Problema de investigación.....	19
1.2. Descripción del problema de investigación.....	19
1.3. Formulación del problema de investigación.....	20
1.4. Delimitación.....	20
1.4.1. Espacial.....	20
1.4.2. Temporal.....	21
2. Justificación.....	21
3. Objetivos.....	22
3.2. Objetivo general.....	22
3.3. Objetivos específicos.....	22
4. Línea de investigación.....	22
5. Metodología.....	23
5.2. Paradigma.....	23
5.3. Enfoque.....	23
5.4. Método.....	24
6. Técnicas e instrumentos de recolección de información.....	25
6.1. Revisión jurisprudencial.....	25
PREFACIO.....	26
PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	31
Capítulo 1. Criterios para identificar la existencia de una verdadera relación laboral con el Estado para el reconocimiento y pago de las acreencias laborales no devengadas.....	31
1.1. Sobre la función pública en Colombia.....	31
1.2. El funcionario o empleado público “de hecho”.....	32

1.3.	El contrato de prestación de servicios como forma de vinculación con el Estado.....	34
1.4.	El contrato laboral y el contrato de prestación de servicios y sus criterios diferenciadores.	36
1.5.	Principio de la primacía de la realidad sobre las formas.....	39
1.6.	Prestación personal del servicio.....	41
1.7.	El elemento de la subordinación como indicio para declarar un contrato realidad.....	42
1.8.	El salario como retribución del servicio.....	44
1.9.	Temporalidad	46
Capítulo 2. Reglas de Unificación del Consejo de Estado, que llevan al Juez a declarar una relación laboral (contrato realidad), en reemplazo del contrato de prestación de servicios.....		49
2.1.	Características de la relación laboral con el Estado, que llevan al Juez a declarar un contrato realidad.....	49
2.2.	¿Qué son las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado?	50
2.2.1.	Reglas de Unificación para identificar una relación laboral subyacente en un contrato de prestación de servicios, extraídas de la Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021.....	52
2.3.	Criterios auxiliares (internacionales) asumidos por el Consejo de Estado en la Sección Segunda en la Sentencia analizada.	60
2.4.	Comentarios y análisis finales sobre el anterior Fallo de Unificación.....	61
Capítulo 3. Principales alternativas legales que permiten a un contratista de prestación de servicios reclamar sus derechos laborales, prestacionales y a la seguridad social.....		66
3.1.	Controversias en la vinculación de los contratistas mediante un contrato de prestación de servicios	66
3.2.	La reclamación administrativa	67
3.3.	Demanda ordinaria laboral contra entidad pública	67
3.4.	El contrato de prestación de servicios como generador de daño antijurídico	69
3.5.	Solicitud de conciliación administrativa contra entidad pública.....	70
3.6.	Medios de control para reclamar el daño antijurídico causado al contratista.	72
3.6.1.	Nulidad y restablecimiento del derecho.....	72
3.6.2.	Reparación Directa.....	75
3.6.3.	Controversias Contractuales	77
3.7.	Realidades que enfrenta el contrato de prestación de servicios en la actualidad	78
CONCLUSIONES		81
RECOMENDACIONES		84
1.	Impulso de una política pública para las buenas prácticas dentro de la contratación con entes del Estado.....	84

2. Creación de un ente de control que tenga como principal objetivo velar porque los entes estatales cumplan con lo dispuesto en el objeto del contrato de prestación de servicios. 85

3. Creación de una Superintendencia del Trabajo que tenga como fin la inspección, vigilancia y control de los contratos de Prestación de Servicios como medio de contratación directa con el Estado.

85

ERRORES COMETIDOS Y APRENDIZAJE LOGRADO EN EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN 87

REFERENCIAS..... 89

ANEXOS 94

FICHAS DE ANÁLISIS DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO..... 94

Anexo 1. Ficha Jurisprudencial No. 1 Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021. 94

Anexo 2. Ficha Jurisprudencial No. 2 Sentencia 1296-14. 101

Anexo 3. Ficha Jurisprudencial No. 3 Sentencia 2143-19. 105

Índice de Tablas y Fichas

Tabla 1. Resumen y Análisis de las Reglas de Unificación estudiadas.	64
--	----

Resumen

Con la presente investigación se pretende realizar una revisión de las reglas contenidas en Sentencias de Unificación del Consejo de Estado, las cuales debe aplicar el juez al declarar la existencia de un contrato realidad entre la Administración y sus contratistas, esto en aquellas controversias que se suscitan entre las entidades públicas y un particular que le prestó sus servicios. Si bien es cierto que el contrato de prestación de servicios goza de amplia libertad de ejecución, se da la necesidad de evitar su uso abusivo por el detrimento que causa a los derechos laborales y prestacionales del contratista, independientemente del sector en el que se celebre el pacto. Por ello, es útil estudiar y comentar los preceptos contenidos en tales reglas, y apoyarse en la mención de precedentes jurisprudenciales de la jurisdicción Constitucional y Ordinaria, en razón de que los reclamantes con el propósito de hacer valer sus derechos, también han recurrido a otras Altas Cortes.

Este es un tema de tanta inquietud, que hasta el gobierno actual emitió la “*Circular Conjunta 01 de 2023*”, la cual ordena a las entidades de la Rama Ejecutiva, que el tiempo de contratación mediante prestación de servicios, debe ser de máximo cuatro (4) meses, restringiendo la vinculación por este medio y buscando que los contratistas ingresen a la planta global de las entidades y se conviertan en trabajadores oficiales que gocen de un contrato de trabajo, evitando así que sus derechos laborales sean vulnerados o que deban ser acudir a instancias judiciales para sólo ser declarados como meros funcionarios públicos de hecho e indemnizados. Los resultados de esta investigación indican que tanto el sector público como el privado hacen uso del contrato de prestación de servicios para ocultar la existencia de una relación laboral, desmejorando las condiciones de trabajo y afectando directamente la calidad de vida de quienes obtienen su sustento a través de estos contratos. Por ello al concluir esta monografía se realizan unas recomendaciones, para que las entidades públicas y sus contratistas las pongan en práctica y así tratar de superar los errores que se cometen a la hora de vincular talento especializado por la vía de la prestación de servicios.

Palabras clave: administración, contratos, contratista, subyacente, reglas.

Abstract

The present investigation aims to carry out a review of the rules contained in Unification Sentences of the Council of State, which the judge must apply when declaring the existence of a real contract between the Administration and its contractors, this in those controversies that arise between public entities and an individual who provided their services. Although it is true that the service provision contract enjoys wide freedom of execution, there is a need to avoid its abusive use due to the detriment it causes to the labor and benefit rights of the contractor, regardless of the sector in which the contract is held. Therefore, it is useful to study and comment on the precepts contained in such rules, and rely on the mention of jurisprudential precedents of the Constitutional and Ordinary jurisdiction, because the claimants, with the purpose of asserting their rights, have also resorted to other High Courts.

This is an issue of such concern that even the current government issued the “*Circular Conjunta 01 de 2023*”, which orders the entities of the Executive Branch that the contracting time for the service provision contract must be a maximum of four (4) months, restricting the connection by this means and seeking that contractors enter the global plant of the entities and become official workers who enjoy an employment contract, thus preventing their labor rights from being violated or from having to attend to judicial proceedings only to be declared as mere de facto public officials and compensated. The results of this research indicate that both the public and private sectors make use of the service provision contract to hide the existence of an employment relationship, deteriorating working conditions and directly affecting the quality of life of those who obtain their livelihood through of these contracts. Therefore, at the conclusion of this monograph, some recommendations are made for public entities and their contractors to put into practice and thus try to overcome the errors that are made when linking specialized talent through the provision of services.

Keywords: administration, contracts, contractor, underlying, rules.

"Cansados de aquel delirio hermenéutico, los trabajadores repudiaron a las autoridades de Macondo y subieron con sus quejas a los Tribunales Supremos. Fue allí donde los ilusionistas del derecho demostraron que las reclamaciones carecían de toda validez, simplemente porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni tendría jamás trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal"

(Gabriel García Márquez, Cien años de Soledad, 1967.)

Glosario

Contrato de prestación de servicios: son todos aquellos que celebran 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, 1993, art. 32, inciso 3).

Contratante: es la entidad pública de cualquier orden ya sea central, territorial, distrital o local, que para cumplir los fines esenciales del Estado vincula talento humano a través de la figura del contrato de prestación de servicios.

Contratista: persona natural, vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios a una entidad pública de cualquier nivel, con el fin de cumplir los fines esenciales del Estado.

Contrato de trabajo: es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración (Código Sustantivo del Trabajo, art. 22).

Empleado público: personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos (Decreto Ley 3135 de 1968, art. 5). Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Función pública: toda actividad desarrollada para realizar fines propios del Estado, aunque la ejerzan personas extrañas a la administración pública (particulares en ejercicio de funciones públicas). Referencia sitio web.

Intuitu personae: en torno y en consideración a la persona, expresión que indica que ciertos actos o contratos están constituidos a partir de las características de una persona en particular y que esta no puede ser sustituida por cualquier otra para cumplir con esa obligación. Referencia sitio web.

Órdenes de prestación de servicios (OPS): es un contrato de prestación de servicios ejecutado por un contratista independiente, en una entidad del estado que se denomina contratante. Esta relación no deriva en vinculación laboral.

Reglas de Unificación: aquellas “reglas jurisprudenciales” generales y abstractas adoptadas al proferir Autos y Sentencias de Unificación, en las cuales debe fijarse el alcance de la norma o normas pertinentes para la decisión (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Auto 2023-00857, 2023).

Sentencias de Unificación: son aquellas proferidas por el Consejo de Estado en los siguientes eventos: i) por importancia jurídica o trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia; ii) las que decidan los recursos extraordinarios y iii) las relativas al mecanismo de revisión eventual (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, Auto 2012-00297, 2014).

Solución de continuidad: “solución” es igual a interrupción. Cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios.

Sin solución de continuidad: la no (sin) solución de continuidad, equivale a la existencia de una unidad contractual, es decir cuando la relación (básicamente laboral) sigue causándose de forma ininterrumpida, así existan varios contratos.

Trabajador oficial: tipo de servidor público que está vinculado por una relación contractual laboral con una entidad pública. Aquí se incluye a todos aquellos trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas (Decreto Ley 3135, 1968, art. 5) vinculados por contrato de trabajo.

Vinculación legal y reglamentaria: es aquella que regula el empleo público. Para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida: nombramiento o elección, según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir, que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia 3091-13, 2016).

INTRODUCCIÓN

Actualmente, los contratos de prestación de servicios están en auge dentro de las entidades públicas, puesto que existe una amplia libertad de contratación siempre y cuando los mencionados estén sometidos al imperio de la ley. Este tipo de vinculaciones ha camuflado verdaderas relaciones laborales en las que los contratistas han estado cumpliendo con todos los elementos esenciales de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria, tales como la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, pero la diferencia es que en los contratos de prestación de servicios se le otorga total autonomía e independencia al contratista, siendo este el elemento esencial de la naturaleza de dicho contrato, permitiendo así un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la ejecución del objeto contractual y la realización de la labor dentro del plazo fijado por la administración.

Si bien es cierto la ejecución en Colombia de un contrato de trabajo formal o de un vínculo legal y reglamentario no goza de ese nivel de autonomía, éstos tienen unas particularidades especiales que los hacen muy favorables para su beneficiario y a la vez onerosos para el ente público. Entre tales características se encuentran, por ejemplo, el gozar de estabilidad y además de recibir un salario vital y móvil, el contar con pagos adicionales representados por prestaciones sociales, por descanso remunerado y el derecho a recibir apoyo del empleador en los aportes a la seguridad social entre muchas otras, desde luego ningún contrato de prestación de servicios cuenta con dichas ventajas.

No es un secreto que una relación de trabajo pública bien sea contractual o a través de nombramiento y posesión y el contrato de prestación de servicios están regulados por diferentes legislaciones. La primera es una figura laboral y la otra es eminentemente administrativa, de manera que en ésta las partes pueden llegar a acuerdos sobre obligaciones y derechos siempre y cuando las partes sean legalmente capaces, exista consentimiento, objeto y causa lícita, algo que no sucede dentro de la relación de trabajo, por cuanto la ley laboral impone unos derechos mínimos

que son ciertos e indiscutibles¹, los cuales son irrenunciables debido a sus características especiales, más si se trata del sector público.

En el año 2022, el gobierno del Presidente Gustavo Petro Urrego inicio una transición hacia la formalización del empleo público, pretendiendo limitar o restringir la vinculación de talento humano en entidades públicas por medio de contratos de prestación de servicios, buscando que los contratistas se conviertan en trabajadores oficiales y que se vinculen con la administración por medio de un contrato de trabajo, con el fin de que no sean sobreexplotados y evitar que sus derechos laborales sean vulnerados.

El primer paso que ha dado el Gobierno en la materia es la emisión de la **“Circular Conjunta 01 de 2023”** del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en la cual se ordena a las entidades de la Rama Ejecutiva, limitar el tiempo de contratación mediante contratos de prestación de servicios, a máximo cuatro (4) meses.

A su vez, el artículo 10 del CPACA, establece el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas, lo que para efectos de este trabajo indica que “al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.” (Ley 1437, 2011). Al mismo tiempo el Capítulo II, del Título IV de la parte segunda ibídem, establece en su art. 256 como finalidad del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia el “asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida.” (Ley 1437, 2011). Finalmente, el artículo 271 de la misma obra manifiesta que las providencias de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado, incluyen decisiones proferidas “por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia

¹ Los derechos ciertos e indiscutibles son aquellos que son suficientes con que se cumplan algunos presupuestos legales para que existan, pues resultan indisolubles de los principales beneficios de la persona que vende su fuerza de trabajo en una relación laboral. Al respecto ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que: “un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SP29332, 2007 y SP35157, 2011).

o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación.” (Ley 1437, 2011).

Las mencionadas Sentencias y las Reglas de unificación que incluyen, son relevantes para el tema desarrollado, toda vez que el párrafo único del artículo 257 del CPACA establece que “en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral y pensional procederá el recurso extraordinario (de unificación de la jurisprudencia) sin consideración de la cuantía.” (Ley 1437, 2011), situación que permite resaltar cómo el simplemente acudir a la aplicación de este mecanismo contencioso administrativo, permitiría solucionar de una forma más expedita aquellas controversias derivadas de la declaración de un contrato realidad, entre la administración y un particular que prestó sus servicios a ella.

Del mismo modo, este trabajo sólo toma las reglas de la Sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021, cuya interpretación fue tan polémica, que llevó a la Sección Segunda del Alto Tribunal a aclarar su posición el día 11 de noviembre del mismo año, informando que “esta corporación en ningún momento ha pretendido desestimular la utilización de este tipo de contratos”, precisando que “lo que se busca es neutralizar el uso abusivo de la figura del contrato de prestación de servicios, para burlar los derechos salariales y prestacionales en contra de quienes, en vez de contratistas, son verdaderos servidores del Estado.” (Consejo de Estado, Sección Segunda, 2021).

Conforme a ello, este trabajo es relevante para futuras investigaciones sobre el tema, ya que en este momento las Reglas de Unificación con que se cuenta, se refieren a la necesidad de evitar el uso abusivo de los contratos de prestación de servicios en detrimento de los derechos laborales y prestaciones, independientemente del sector en el que se celebre el pacto, siendo útil el estudiar y comentar los preceptos contenidos en tal fallo, apoyados en otros precedentes jurisprudenciales.

RESUMEN ANALÍTICO DE ESTUDIO (RAE)

1. Problema de investigación

1.2. Descripción del problema de investigación

Colombia atraviesa situaciones que desatan problemáticas al contratar a cientos de contratistas por contratos de prestación de servicios cuando en la realidad son contratos de trabajo. La contratación por prestación de servicios, es un fenómeno que en los últimos tiempos viene definiendo a las administraciones públicas en el país, a razón de que de múltiples formas se da cierta flexibilidad, en cuanto a lo que refiere acerca de quienes administran o gestionan los entes públicos, pues aquellos abusan de ciertos poderes en cuanto a la contratación y como se diría muy coloquialmente “contratan a dedo”, lo que implica riesgos de corrupción o clientelismo, quebrantando así nuestro ordenamiento jurídico.

Acerca del tema el Consejo de Estado y la Corte Constitucional se han pronunciado en reiteradas ocasiones respecto a estas prácticas fraudulentas que generan vulneración masiva a los derechos laborales, especialmente los encubiertos en los contratos de prestación de servicios, al no considerarlos como excepción, si no como una regla, pues este tipo de contratación según el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales, en cambio, una persona que se vincula con un contrato laboral, puede gozar de primas, cesantías, sus intereses, auxilio de transporte, vacaciones por año trabajado, afiliación de seguridad social, licencias e incapacidades remuneradas, el pago de las horas extras, bonos, comisiones y demás beneficios en pro del trabajador.

Prerrogativas de las que no goza una persona vinculada por contrato de prestación de servicios, por ejemplo, de la remuneración acordada en su contrato, le descontaran ciertos porcentajes de retención en la fuente, que dependerá si es declarante o no declarante de renta, también hay obligaciones de cotizar a pensión, salud, y la póliza de seguro laboral (ARL), asimismo, tampoco se le reconocerán sus horas extras y si el trabajador se enferma, el empleador no se hará cargo del pago de su incapacidad y tampoco tienen derecho a prima, cesantías, vacaciones, ni a licencias remuneradas.

Esta problemática que desata una relación laboral es muy latente en las entidades públicas, siendo más fácil la vinculación por contratos de prestación de servicios, que contratar a un trabajador oficial por medio de contrato de trabajo o vincular a un empleado público por relación legal y reglamentaria provisional, a quienes se les tendría que reconocer todas las prestaciones salariales y sociales, a diferencia del que se vincula como contratista, este último, al ser independiente recibirá honorarios, no tendrá acceso a prestaciones sociales y tendrá que encargarse de su seguridad social.

Además, se evidencia que las vinculaciones por contratos de prestación de servicios a una entidad pública muchas veces están contratadas por favores políticos, familiares o amistosos, a cargo de quienes se encuentran en cabeza de la administración pública. Igualmente, algunos de los nominadores del sector público ocultan verdaderas relaciones laborales en estos contratos y abusan de su poder sobre los contratistas, por su necesidad de conseguir un sustento, desbordando su poder como cuando les obligan a trabajar horas extras, olvidando las consecuencias legales que esto conlleva, tales como la configuración de un contrato realidad.

1.3. Formulación del problema de investigación

¿Cuáles son las Reglas de Unificación del Consejo de Estado entre los años 2020 a 2023 que son útiles para cambiar la práctica de encubrir relaciones laborales en contratos de prestación de servicios?

1.4. Delimitación

1.4.1. Espacial

La investigación está orientada a analizar las Reglas de Unificación del Consejo de Estado en los años 2020 a 2023 sobre contratos realidad de trabajadores vinculados a entes públicos en Colombia, en razón de que se presentan diversas prácticas irregulares y fraudulentas en la contratación que conlleva a la violación sistemática de derechos constitucionales y legales de los trabajadores.

1.4.2. Temporal

El desarrollo del proceso investigativo propuesto se efectúa dentro de los años 2020 a 2023, tiempo en el cual la administración del Gobierno Petro se dió a la tarea de comenzar un proceso de transición hacia la formalización del empleo público, pretendiendo limitar o restringir la vinculación de talento humano en entidades públicas por medio de contratos de prestación de servicios, tal como es el espíritu de la *“Circular Conjunta 01 de 2023”* del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

2. Justificación

La investigación que se pretende desarrollar está enfocada en analizar las Reglas de Unificación del Consejo de Estado en los años 2020 a 2023 sobre contratos realidad de trabajadores vinculados a entes públicos, puesto que, actualmente la vinculación por contrato laboral ha disminuido considerablemente y aumentado la contratación mediante figuras de vinculación civil, entre ellas los contratos de prestación de servicios teniendo como finalidad evadir las prestaciones sociales como lo son el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, a la prima de servicios, vacaciones, seguridad social, riesgos laborales, pensión, siendo así una forma de vincular a más personas, sin tanta regulaciones, formalidades y sin la obligación de comprometerse en dichas prestaciones.

Es de anotar que, el contrato de prestación de servicios según el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, tiene como fin desarrollar una actividad específica encargada por la entidad contratante, que será ejecutada de manera temporal y estipulando un monto para dicha actividad. El contratista no está obligado a cumplir un horario como tal, ni tampoco recibe órdenes específicas, por lo cual no está subordinado, por tanto, goza de plena autonomía. Sin embargo, en la realidad sucede todo lo contrario a raíz de que esta figura se usa de esa forma para simplemente evadir obligaciones laborales, pues son muchas las entidades que tratan de omitir una relación que constituye un verdadero “contrato realidad”, donde se ve flagelado el principio de primacía de la realidad, a causa de que la existencia de las labores que desempeña el contratista van a valer más que la forma en que fue vinculado, o que se pretenden en la prestación de servicios.

Siendo menester mencionar que esta modalidad de contratación ha generado diferentes vulneraciones frente al talento humano vinculado, siempre que en una relación laboral el o la trabajador(a) gozará de todas las prestaciones sociales y demás beneficios, lo que no pasa en los contratos de prestación de servicios. Es para evitar aquello, que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha determinado algunas reglas de unificación que serán objeto de análisis en este trabajo.

3. Objetivos

3.2. Objetivo general

Examinar las Reglas de Unificación sobre contratos realidad de trabajadores vinculados a entes públicos, contenidas en las Sentencias de unificación del Consejo de Estado, entre los años 2020 a 2023.

3.3. Objetivos específicos

1. Interpretar los criterios diferenciadores del contrato de prestación de servicios, del contrato laboral oficial y del concepto de empleado público "de hecho", los principios que permiten establecer la existencia de relación laboral oculta dentro de la figura de prestación de servicios.
2. Relacionar las actuales Reglas de Unificación del Consejo de Estado, que llevan al Juez a declarar una relación laboral, en reemplazo del contrato de prestación de servicios.
3. Identificar las principales alternativas legales que le permiten a un contratista de prestación de servicios reclamar sus derechos laborales, prestacionales y a la seguridad social.

4. Línea de investigación

El tema de investigación a desarrollar se concentrará en el grupo de investigación DIDS- Derecho, Innovación y Desarrollo Social; basado en un enfoque socio jurídico general, con el fin de estudiar el problema planteado, describirlo jurídicamente y ofrecer alternativas de solución a los temas a investigar, como por ejemplo las vulneraciones que causan controversias entre las entidades públicas

y un particular que le prestó sus servicios bien sea como trabajador o empleado público sin vínculo laboral, a causa de que no cuentan con garantías laborales básicas.

Este grupo tiene un enfoque amplio que permitirá que la temática de la investigación, se desarrolle de manera integral de tal forma que se pueda lograr alternativas que permitan dar solución a la problemática presentada, buscando siempre la reflexión y que a futuro se pueda generar una transformación social en el ámbito de la generalidad de las relaciones laborales en el sector público del país.

5. Metodología

5.2. Paradigma

El paradigma de la investigación será el socio-crítico, fundado en que se tiene como objeto, analizar las reglas de las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado entre los años 2020 a 2023 sobre la declaración de contratos realidad de contratistas vinculados a entes públicos de Colombia, para efectos de evaluar la utilidad de las reglas expuestas, permitiendo así analizar, reflexionar y aplicar los conocimientos necesarios con la finalidad de poder investigar la realidad del entorno, buscando resolver el conflicto a partir de los diferentes aspectos anteriormente expuestos.

5.3. Enfoque

El enfoque del respectivo tema de investigación será el histórico-hermenéutico, porque facilita crear un espacio de análisis que permitirá de cierto modo lograr una interpretación de la realidad social presentada, resultando importante este tipo de enfoque en esta investigación porque con aquella se procura estudiar, comprender las situaciones sociales que a menudo se vienen presentando. De igual manera a través de ello se puede objetar dichas problemáticas planteadas, en vista de que cuando se razona y argumenta, de alguna forma se está limitado por la sociedad en la que se habita. Entre tanto, no solo se pretende revisar el precedente expuesto en las reglas del

Consejo de Estado, sino también entender dicha jurisprudencia para así poder incidir positivamente en el estudio de la problemática planteada.

De hecho, lo que se pretende lograr en la investigación con tal enfoque es analizar si son útiles las reglas de unificación para solventar las problemáticas que las entidades públicas han creado a su talento humano que formalmente está vinculado a través de modalidades contractuales tales como la prestación de servicios, la cual los afecta directamente al no acceder a derechos tales como prestaciones sociales, descanso remunerado, comisiones de estudio, encargos, vivienda, compensación familiar y seguridad social, con el fin de reflexionar acerca de las vinculaciones que se presentan en el sector público, frente a la necesidad de la protección de las garantías laborales antes mencionadas.

5.4. Método

El método que se utilizará en la investigación es hermenéutico interpretativo e histórico analítico, pues, la sociedad es cambiante y de las múltiples transformaciones de su ordenamiento jurídico se adapta a nuevos sistemas que en principio pueden funcionar de una forma ágil y eficaz, pero que debido a su deformación conllevan a la inseguridad, desigualdad y malos usos, tal como ocurrió con la figura de la contratación pública por prestación de servicios. Al ser una investigación que busca entender y comprender el fondo histórico, cultural y social de la problemática planteada acerca de cómo se oculta las vinculaciones laborales que se dan con los entes públicos de Colombia. Así mismo se realizará con el método histórico analítico porque permite conocer aquellas situaciones desde las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos y cambios sufridos dentro de los contratos de prestación de servicios a través de la historia reciente.

En cuanto al método del estudio de caso, este permitirá analizar las reglas de unificación del Consejo de Estado en los años 2020 a 2023 sobre contratos realidad de trabajadores vinculados a entes públicos de Colombia, esto posibilitará definir si son útiles para identificar si existe o no un contrato realidad, si bien a través de estas se han resuelto diversas problemáticas, en la actualidad se logra evidenciar que aún se realiza un mal uso de las modalidades de vinculación a entes públicos, por la amplitud de las mismas logrando afectar verdaderos derechos laborales.

6. Técnicas e instrumentos de recolección de información

La información que permitirá desarrollar los objetivos planteados para esta investigación será obtenida a través de técnicas como: la investigación documental y jurisprudencial para poder definir la validez de las reglas de las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado sobre las vinculaciones a los entes públicos en Colombia. También se tendrá que recurrir a diferentes documentos que permitan comprender, analizar y diferenciar los casos que llevaron a plantear dichas reglas. La técnica de investigación bibliográfica nos da la posibilidad de ampliar las fuentes de obtención de información acerca de cada una de las modalidades de vinculación pública que existen en Colombia.

6.1. Revisión jurisprudencial

El análisis de sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en donde se han plasmado subreglas para esta oportunidad ayuda a resolver controversias entre las administraciones públicas y un particular que le prestó sus servicios aquella.

Por lo anterior, se analiza la jurisprudencia hito del año 2021 donde a través de las subreglas se garantiza la protección a los derechos laborales de un contratista que en la realidad tiene calidad de empleado público o trabajador oficial. Fue adecuado utilizar instrumentos como las fichas de jurisprudencia, que ayudarán a organizar y obtener información sobre los pronunciamientos que han tenido el Consejo de Estado acerca del tema mencionado, especialmente las reglas que se han generado por las sentencias de unificación.

PREFACIO

Los contratos de prestación de servicios a través de la historia colombiana han generado diferentes problemáticas para la Administración Pública, por la manera en que aquella ha camuflado verdaderas relaciones laborales, por tal razón esta investigación se da en aras de analizar Sentencias de Unificación del Consejo de Estado y las reglas que permiten solucionar de una forma técnica las controversias derivadas de la declaración de un contrato realidad, entre la administración y un particular que prestó sus servicios a ella.

Las reglas de la Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, estudiadas en este trabajo, buscan controlar el uso abusivo de los contratos de prestación de servicios, evitando quebrantar los derechos salariales y prestacionales de contratistas, que en la realidad son servidores del Estado. Aquella jurisprudencia tiene como antecedente la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, con radicado número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, que trata de una solicitud que Lucinda María Cordero Causil realizó al municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), para que se reconozca el pago de las prestaciones sociales por haber laborado 13 años y 1 mes como docente municipal, y que se incluyan en el acuerdo de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1999, al que se sometió dicho ente territorial.

El alcalde al no declarar la existencia de una relación laboral porque el derecho reclamado se encontraba prescrito, generó que la demandante interpusiera recurso de reposición. Aquí no se repone la decisión recurrida porque el municipio no cuenta con el presupuesto y es improcedente su reconocimiento dentro del marco de la Ley 550, ya que las acreencias a incluir son los pasivos liquidados hasta el 22 de junio de 2012, tal como fueron reconocidos en la Resolución 475 del 2012, en la cual fue aprobada la suscripción del mencionado Acuerdo de Reestructuración de Pasivos.

En enero de 2013 se certifica que la actora prestó sus servicios mediante contratos de prestación de servicios como “Maestro Municipal de Ciénaga de Oro”, por periodos de tiempo interrumpidos desde el año 1986 hasta 1997. En 1998 continuó vinculada, en los términos de las Leyes 60 y 115, a través del Decreto 057 del 31 de enero de 2002, y en febrero de 2002, pasó a formar parte de la nómina del Departamento.

La reclamante luego recurre ante la jurisdicción contenciosa-administrativa invocando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para se declare la nulidad de la resolución que negó la existencia de la relación laboral y el pago de los derechos laborales y prestacionales, pidiendo además que se reconozca y pague las sumas correspondientes a cesantías, primas de servicios y navidad, salario de vacaciones durante los años 1986 a 2002, dotaciones, auxilio de transporte e indemnización moratoria; y se condene en costas al demandado, quien guardó silencio.

El Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Tercera de Decisión, en Sentencia de 30 de septiembre de 2014, negó las súplicas de la demanda, por encontrar prescritos tales derechos. Luego, la accionante interpuso recurso de apelación ya que el Consejo de Estado no ha señalado ningún término prescriptivo para la reclamación de las prestaciones de un trabajador vinculado por contrato de prestación de servicios.

Entonces la Sección Segunda del Alto Tribunal consideró que existía una verdadera relación laboral, porque la demandante prestó sus servicios de manera personal, continua y subordinada como docente de tiempo completo y en las mismas condiciones de los demás docentes de planta. Sin embargo, el juez Ad Quem afirmó que para quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (si excede de los tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual) se extingue el derecho a solicitar las prestaciones, entendido como desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero que, en contratos de prestación de servicios, por un periodo determinado e interrumpidos, debe analizarse la prescripción desde las fechas de finalización de los mismos y el juez debe verificar si existió o no la interrupción contractual, para cada caso en particular.

En cuanto las reclamaciones de los aportes pensionales derivados del contrato realidad, por ser imprescriptibles y periódicos, se excluye la prescripción extintiva y no opera la caducidad del medio de control, es decir estos pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, para no afectar el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral. Dejando de tarea al juez contencioso estudiar si procede el reconocimiento de la relación laboral y en caso de no solicitarse, deberá pronunciarse en sentencia respecto a estos.

También precisó el Consejo de Estado que deberá tenerse en cuenta que la imprescriptibilidad no opera frente a la devolución de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio para él, sin influir en el derecho pensional, que incidirán al momento de liquidarse el monto pensional, por ello, la Administración mes a mes deberá determinar si existe diferencia entre los aportes que se debieron pagar y los realizados por el contratista, y cotizar al fondo de pensiones la suma faltante en el porcentaje que le correspondía como empleador.

De igual manera, se dejó claro que no es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados un contrato realidad y sus derechos laborales irrenunciables, ciertos e indiscutibles, estos no son conciliables.

Consecuencialmente la sala, dejó en claro que la contratación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no modifica el elemento de subordinación por estar sometidos permanentemente a las directrices educativas, careciendo de autonomía en el ejercicio de sus funciones, además cumplen órdenes por parte de sus superiores y realizan funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico. Finalmente, afirma la Sala que pese a hallarse probados los elementos de una relación laboral, ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no se configura una relación de carácter legal y reglamentaria, en armonía con el artículo 122 superior, quedando apenas con un status de “empleado público de hecho”.

Frente al anterior panorama jurisprudencial, se unifica el precedente con el fin de acoger el criterio más favorable a los particulares que acuden ante la justicia contencioso-administrativa para obtener el reconocimiento de los derechos derivados de una relación laboral disfrazada con un contrato de prestación de servicios, y se fijan las siguientes reglas jurisprudenciales:

- i. Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y el pago de sus prestaciones, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- ii. El fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión
- iii. No implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal.

- iv. Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control.
- v. No es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.
- vi. El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral.
- vii. El juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia CE-SUJ2, 2016).

Para el caso en concreto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la Sección Segunda del Consejo de Estado falló así:

1. Decretó la nulidad de los actos administrativos que le negaron el reconocimiento de la existencia de una relación laboral

2. Ordenó a la alcaldía demandada que, si hay diferencia en los aportes realizados al fondo de pensiones, aporte la suma faltante en el porcentaje que le correspondía como empleador, una vez acredite la actora las cotizaciones que realizó durante la contratación y no las hubiese hecho o existiese diferencia tendrá que cancelar o completar el porcentaje como trabajadora.

3. Negó las pretensiones frente al pago de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, pero por haber operado la prescripción de las mismas.

Por otro lado, si bien la supra mencionada Sentencia de Unificación CE-SUJ2-005-16, trató de armonizar la jurisprudencia del Consejo de Estado con el fin de identificar con mayor certeza una relación laboral subyacente en un contrato de prestación de servicios, cayó en varios yerros.

En efecto, la Sentencia del 25 de agosto de 2016 fue tan amplia, que dejó de lado aspectos básicos importantes como el sentido y alcance de la expresión “término estrictamente indispensable” (del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993), el término “de solución de continuidad” o la improcedencia de “devolución de aportes de Seguridad Social en Salud” efectuados por el contratista.

Esos elementos afortunadamente fueron abordados por la Sentencia de Unificación hito de la presente investigación, la SUJ-025-CE-S2-2021, que plantea criterios que serán útiles para que el operador judicial pueda observar la verdadera naturaleza de las relaciones. Este fallo al darle un sentido y alcance a la expresión “término estrictamente necesario” impide que el contratante requiera al contratista por más tiempo del necesario el cual fue estipulado en los estudios previos, disposición que se encontraba abierta y en continuo debate. Así mismo, otorga un término de 30 días hábiles entre la finalización de un contrato y el inicio del siguiente con el fin de observar si la relación o vínculo contractual sufrió una interrupción (solución de continuidad) o si por el contrario fue una relación ininterrumpida (sin solución de continuidad). Este término único diferentes criterios que variaba desde un (1) día hasta un (1) mes.

Finalmente, la decisión estudiada se pronunció sobre la improcedencia de la devolución de aportes a Seguridad Social en Salud efectuados por el contratista a pesar de ser declarada la existencia de una verdadera relación laboral debido a que son aportes parafiscales y tiene un fin específico de financiar el sistema de seguridad social integral. Este precepto era tratado con anterioridad a esta sentencia sólo como el deber del Juez de pronunciarse sobre los aportes al sistema de seguridad social en pensiones sin dar pautas o más consideraciones al respecto. Así las cosas, la Sentencia del 9 de septiembre de 2021 unificó provechosamente la jurisprudencia del Consejo de Estado y también consensuó, concretó y aclaró los vacíos jurídicos existentes dejados por el fallo de Unificación CE-SUJ2-005-16.

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Capítulo 1. Criterios para identificar la existencia de una verdadera relación laboral con el Estado para el reconocimiento y pago de las acreencias laborales no devengadas.

1.1. Sobre la función pública en Colombia.

La función pública, es una actividad gestionada por quienes representan al Estado, siendo el talento humano el principal instrumento de tal ejercicio, funciones que están encaminadas en favor del interés general y el bienestar social, por tanto, el objetivo del servidor público es realizar actividades eficientes, con el único propósito del bienestar general, pues dichos actuantes recaen sobre toda la sociedad. Del mismo modo regula todo lo relacionado con el empleo público en Colombia, en este entendido, se puede inferir que trata todas aquellas relaciones que se suscitan entre un servidor público y una entidad pública que lo contrata o vincula. Lo anterior, está respaldado por el artículo 122 de la Carta Política de 1991, que establece:

No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 122).

El legislador salvaguardó en el citado artículo el principio de legalidad, al especificar ciertos requisitos que son necesarios al momento de vincular un funcionario público con el Estado, pues no se puede hablar de la existencia de un empleo público que no tenga señaladas sus funciones, las cuales se deben desarrollar en el cargo asignado, convirtiéndose en una obligación de carácter general que será aplicable para todos los servidores públicos y asimismo a todas las entidades públicas; otorgando así validez al ordenamiento jurídico.

El Gobierno Nacional actual, en cabeza del Presidente Gustavo Petro Urrego, ha propuesto una transformación en cuanto a los contratos de prestación de servicios, buscando una manera de formalizar el empleo público en Colombia, considerando que es adecuado que se limite la contratación por contratos de prestación de servicios en las administraciones públicas, al convertir

los contratistas en trabajadores oficiales, para así evitar que sean sobreexplotados y que sus derechos dejen de ser vulnerados, porque no hay cierta coordinación de las entidades del Gobierno para la transición, además de dejar de lado las condiciones técnicas y jurídicas con las que cuenta el Estado. A pesar de ello, se emitió la Circular Conjunta 01 de 2023 del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), que ordena a las entidades de la Rama Ejecutiva contratar personal a través de este por un término máximo de cuatro (4) meses.

1.2. El funcionario o empleado público “de hecho”.

Como se ha manifestado previamente en el acápite anterior de esta investigación la función pública se encuentra a cargo por representantes del Estado, además es la reguladora del empleo público en Colombia, en razón de ello en el artículo 125 de la Constitución se han previsto tres (3) formas de vinculación con el Estado las cuales son: la relación legal y reglamentaria, (empleados públicos), la relación contractual laboral (trabajadores oficiales) y la relación contractual administrativa (mediante contratos de prestación de servicios).

Pese a estas formas de vinculación con la administración pública, existe una forma de vinculación con el Estado de carácter excepcional y atípica, denominada como "funcionario de hecho", lo que quiere decir que una persona natural se vincula a la administración pública para desempeñar funciones correspondientes al cargo, pero el tipo de vinculación no es la correspondiente. Esto es que, la persona vinculada desempeña las funciones correspondientes de un empleado público, pero el tipo de vinculación con la Entidad Estatal fue mediante contrato de prestación de servicios, por la naturaleza de funciones (criterio funcional) y la entidad contratante (criterio orgánico) el asunto corresponde al Juez Contencioso - Administrativo. Pero, si las funciones corresponden a un trabajador oficial será el Juez de lo Ordinario Laboral el competente de resolver el conflicto. Pero para que surja este tipo de relación es necesario que exista en debida forma el cargo, en cambio, son ejecutadas irregularmente. El Alto Tribunal de lo Contencioso - Administrativo en Sentencia con radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08),

del nueve (9) de junio de dos mil once (2011), y con ponencia de la Consejera Ruth Dorys Rodríguez Naranjo ha mencionado que:

La existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente. (Consejo de Estado, 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08), 2011).

El Consejo de Estado ha expresado en sus múltiples jurisprudencias que este tipo de vinculación se estructura a favor de la persona natural cuando se encuentra presentes los siguientes criterios: la existencia de un cargo público de planta dentro de la entidad, la práctica irregular de la labor y la ejecución de las funciones de forma semejante a las desarrolladas por los funcionarios públicos de la Entidad Estatal. Los funcionarios de hecho carecen como se puede observar de un acto administrativo de la asignación (nombramiento), posesión del cargo, presupuesto para prestar el servicio y de regulaciones generales.

En síntesis, el funcionario de hecho goza de la protección del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (artículo 53 constitucional), lo que le permitirá reclamar al Estado sus derechos y prestaciones a las que tenga derecho como si fuera un trabajador oficial. En los contratos de prestación de servicios con gran frecuencia subyace una verdadera relación laboral al configurarse los presupuestos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo en virtud de la aplicación del principio de realidad sobre las formas, dichos presupuestos se desarrollarán en los capítulos posteriores al estudio de las vinculación a entidades públicas mediante contratos de prestación de servicios y los criterios diferenciadores de un contrato de prestación de servicios y un contrato de trabajo con el fin de establecer el elemento diferenciador que dará indicio de una relación laboral.

1.3. El contrato de prestación de servicios como forma de vinculación con el Estado.

Aquí es importante, recordar cómo está regulada la vinculación de talento humano con el Estado mediante la figura del contrato de prestación de servicios, definido por la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, inciso 3 como:

Los que celebran 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, 1993, art. 32).

Es clara la norma al señalar que los contratos de prestación de servicios, siempre van a constituirse bajo la no existencia en la planta global de la entidad, del cargo necesario para llevar a cabo una función determinada de manera temporal, o cuando son insuficientes los medios para su realización, y todo con la finalidad de preservar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Otra circunstancia en dónde procede este contrato es cuando se requiere vincular personal con conocimientos especializados en un área determinada. La Corte Constitucional ha precisado las características esenciales del mencionado contrato, en la Sentencia C-154 de 1997, las cuales son:

(i) La actividad contratada no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando su ejecución requiere de conocimientos especializados; (ii) el objeto contractual está dado por la realización temporal de actividades propias del funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada; (iii) el contratista goza de autonomía e independencia para el cumplimiento de su labor (Corte Constitucional, Sala Plena, C-154, 1997).

Es más, en Sentencia C-614 de 2009, manifestó que solo se configura el contrato de prestación de servicios si concurren las siguientes circunstancias:

Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados (Corte Constitucional, Sala Plena, C-614, 2009).

El régimen jurídico aplicable a este tipo de contratos por excelencia es la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Administrativa)² y en cuanto a la jurisdicción para conocer de controversias derivadas de aquellos, será la Contenciosa - Administrativa, modalidad contractual de vinculación con el Estado que, otorga la calidad de contratista particular y no de empleado público o trabajador oficial.

Históricamente, la categoría contractual de prestación de servicios en lo público, tiene su auge desde 1983, en razón de que constituye una manera de aprovechar talento humano superando los límites legales fijados en las leyes sobre función pública. En efecto, ya desde el Capítulo 11 del Decreto 222 de 1983 (antiguo estatuto contractual) la excepcionalidad de este mecanismo queda en entre dicho, que se contrata para realizar gestiones que no se encuentran contempladas, convirtiéndolo así, en la forma más fácil para evadir las garantías laborales mínimas.

Conforme a ello es preciso manifestar que los contratos de prestaciones de servicios, cuando son permanentes, son una manera de disimular u ocultar, una relación laboral con el Estado, que tiene garantías y está protegida en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la Constitución, la ley y la jurisprudencia. Empero, lo pactado en la orden de prestación de servicios, esconde la realidad de las labores que realiza el mal llamado “contratista” y niega garantías mínimas a quien para todos los efectos es un servidor público de segunda categoría.

Para la época en que se redacta esta investigación, la figura del mencionado contrato sigue incluida en el comentado artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y resulta la más flagelada de todo el Estatuto Contractual vigente, dado el mal uso que se hace de la relación de prestación de servicios, aprovechando que es una forma de vinculación excepcional, que se ha convertido en uno de los tipos de contratos administrativos más complejos por las transgresiones que causa a nivel laboral y de seguridad social, por lo que ha quedado en manos de las recientes Reglas de Unificación del Máximo Tribunal Administrativo, el establecer pautas obligatorias que la distinguen de una vinculación contractual o legal y reglamentaria con el Estado, para evitar así mayores condenas

² Tampoco se puede pasar por alto que en el Libro 2, Parte 2, Título 1, del Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, se reúne hoy en día, la mayor parte de las disposiciones reglamentarias de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

contra entidades pertenecientes al sector central, al sector descentralizado territorialmente y por servicios y contra los entes autónomos de todos los niveles.

1.4. El contrato laboral y el contrato de prestación de servicios y sus criterios diferenciadores.

En primer lugar se debe aludir al concepto de trabajo como toda actividad humana libre, que puede ser material o intelectual, fija o temporal, llevada a cabo por una persona natural, prestando un servicio a otra que puede ser natural o jurídica, de hecho, es la actividad o labor que deberá realizarse por medio de un contrato laboral, para así lograr garantizar al trabajador todos sus derechos, en el mismo sentido, el Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 22 explica la definición de un contrato de trabajo:

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.
2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.” (Código Sustantivo del Trabajo, art. 22)

Seguidamente en su artículo 23 expresa que para que un contrato de trabajo se configure debe existir los siguientes elementos:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:
 - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
 - c. Un salario como retribución del servicio.
2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (Código Sustantivo del Trabajo, art. 23)

En segundo lugar, el contrato de prestación de servicios, es una figura contractual utilizada por entidades estatales, celebrados únicamente con personas naturales para llevar a cabo todas aquellas actividades de administración o funcionamiento, cuando no puedan ser resueltas por

funcionarios de planta o se requieran estudios especializados, los cuales no generan el pago de prestaciones sociales, ni mucho menos una relación laboral, su término de duración siempre será el estrictamente indispensable, y con respecto a las actividades en entidades estatales y las labores de los contratistas podían ostentar actos de poder, pero la jurisprudencia colombiana restringe esa calidad al contratista por lo que es necesario también conocer cuál es el objeto de los contratos de trabajo en las entidades públicas, pues la línea entre el contrato de prestación de servicios como el contrato de trabajo es muy delgada dada las similitudes entre estos dos tipos de contratación.

Las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral han sido caracterizadas de manera reiterada por la jurisprudencia. De los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo, esto es: la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador, los dos primeros son comunes al contrato de prestación de servicios, cuando el contratista es una persona natural. Por el contrario, el tercer elemento, la subordinación, constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación. El contratista de prestación de servicios ejecuta las tareas a él confiadas con la autonomía propia de un empresario o de un profesional independientes (Benavides et al., 2014, como se citó en Cárdenas, 2016, p. 16).

A raíz de ello, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-614 del 2009 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, reiteró los hitos o criterios más importantes para diferenciar entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, estableciendo las siguientes características:

- a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.
- b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Corte Constitucional. Sala Plena (2 de septiembre de 2009). sentencia C- 614 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt).

Siendo pautas diferenciadoras para identificar la existencia de un contrato de prestación de servicios frente a un contrato laboral, la Corte Constitucional reitera una vez más, dentro de sus lineamientos, que estos contratos se basan, conforme a la obligación de hacer, asumir y ejercer, las funciones asociadas con la administración y en el funcionamiento de los intereses generales del Estado. En efecto, dentro de las áreas de la entidad se necesitan conocimientos especializados para poder llevar a cabo las operaciones planteadas dentro de la misma administración, permitiendo que el contrato de prestación de servicios requiere personal idóneo o especializado, sin la necesidad de emplearlos a tiempo completo, lo que quiere decir que van a ser contratados únicamente en tiempo necesario, sin la obligación de mantener una relación con estos contratistas a largo plazo.

Por ende, este tipo de negociaciones resultan ser útiles, para proyectos o planes, con duración limitada o variable, asimismo la ejecución de las actividades se realizará de manera temporal y ocasional, evitando el ánimo de pertenencia, siendo esta una principal regla dentro de las regulaciones con el nexo de la contratación pública, de esta manera, los contratistas no se encuentran bajo el cumplimiento de horarios y órdenes constantemente del contratante, puesto que, ellos cuentan con autonomía e independencia para la realización de sus actividades, sin generar ningún vínculo laboral, ni de prestaciones sociales, solo deberán brindar resultados de alta calidad y de cumplimiento a la perfección con los términos estipulados dentro del contrato.

Así pues, identificada la principal diferencia entre un contrato de prestación de servicios y un contrato laboral, es necesario mencionar los criterios del artículo 23 del Código Sustantivo del trabajo que el Consejo de Estado tiene en cuenta para establecer una verdadera relación laboral, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, además de otro concepto que ayuda a determinar el carácter de las vinculaciones como es la temporalidad.

1.5. Principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades es de aplicación en todas las relaciones laborales, siendo un derecho y garantía laboral establecida por la Constitución Política en su artículo 53, en vista de la necesidad de proteger al trabajador. Este principio se aplica cuando existe una divergencia entre lo pactado y la práctica, al respecto la Corte Constitucional ha mencionado lo siguiente:

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-154, 1997).

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, este principio es de aplicación plena, cuando el Estado pretenda encubrir una verdadera relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios, lo que implica no solo desconocer los principios del funcionamiento de la función pública, sino también las prestaciones sociales del trabajador, para ser declarada por el Juez es necesario que concurren todos los elementos esenciales del contrato de trabajo, fijados en el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 23, esto es una actividad personal del trabajador; un salario como retribución del servicio y la continuada subordinación o dependencia.

La Corte Constitucional en sentencia hito C-154 del 19 de marzo de 1997, se dio a la tarea de realizar el análisis en la materia, marcando así el punto de partida sobre los derechos fundamentales respecto a la vinculación de personal mediante contratos de prestación de servicios en entidades públicas, además dio aplicación al principio de la primacía de la realidad y para ello estableció las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, como también identificó la subordinación en una relación laboral mediante contrato de prestación de servicios, asimismo la violación del principio de igualdad por parte de la administración pública

al contratar por contrato de prestación de servicios para realizar funciones desarrolladas por empleados públicos y trabajadores oficiales, jurisprudencia que posteriormente la desarrolla el Consejo de Estado en sus providencias.

El Consejo de Estado con base en múltiples pronunciamientos de los órganos de cierre reitero que el contrato de prestación de servicios es un instrumento que sirve para atender funciones públicas ocasionales, que no hagan parte del “giro ordinario” de la entidad, que no puedan ejecutarse por los empleados de planta o que se requieran conocimientos especializados, de igual modo, el contrato de prestación de servicios es un tipo de negocio jurídico que está acogido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993). El contrato de prestación de servicios tiene como elemento esencial la autonomía e independencia del contratista, además de tener una naturaleza temporal, por lo tanto, para que se configure una verdadera relación laboral es necesario reunir todos los elementos estructurales del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que quiere decir que exista una actividad personal del trabajador; un salario como retribución del servicio y la continuada subordinación o dependencia, este último elemento es diferenciador frente al contrato de prestación de servicios, pues si se logra acreditar la existencia de los anteriores elementos “se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 08001-23-33-000-2014-90305-01(2143-19), 2020), en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

El Alto Tribunal de lo Administrativo no solo reafirma dichas reglas jurisprudenciales sobre la diferencia de las dos formas de contratación, sino que también establece que, aunque se pruebe que existió una verdadera relación laboral conforme al artículo 23 ibídem, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, esto no significa que el contratista vinculado por prestación de servicios adquiera la condición de empleado público. Esto debido a que no accedió a la función pública mediante una relación de carácter legal y reglamentaria, siquiera provisional.

La prohibición legal del artículo 17 de la Ley 790 de 2002, es enfatizada por el Consejo de Estado en Sentencia 52001-23-33-000-2013-00103-01(1296-14), la cual hace referencia que, para desempeñar funciones administrativas públicas de carácter permanente, no se pueden realizar contrataciones a través de la modalidad de prestación de servicios. Lo anterior en razón de que para cubrir dichas funciones se deben crear los empleos tal y como lo exige la ley, porque esta prohibición es una medida de protección a la relación laboral. En el mismo sentido de la anterior ley, el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978 y el artículo 7 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, incluyen la misma prohibición, siendo así que la regla general del acceso a la función pública puede ser únicamente mediante el concurso de méritos y que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contratación excepcional con el Estado, como lo señala el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual limitó el uso del contrato de prestación de servicios para casos y circunstancias específicas. La finalidad de la anterior normativa es evitar que se oculten verdaderas relaciones laborales y se desnaturalice la contratación estatal.

La regla de unificación fijada por el Consejo de estado en la Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021, señala que cuando el juez declare la existencia de una relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, debe tener en cuenta que la devolución de aportes en salud y pensión no es posible, por ser recursos del Sistema Integral de Seguridad Social, los cuales no constituyen un crédito en favor del demandante, ni tampoco se deben pagar directamente a éste, su recaudo es obligatorio y cumplen un fin en específico.

1.6. Prestación personal del servicio.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo también establece la prestación personal del servicio como el primer elemento esencial de la relación laboral y al cual se hace referencia como aquel donde el trabajador es el responsable por la actividad, ya que, fue contratado por sus capacidades profesionales y elegido por esas cualidades y en razón de ello no puede delegar a terceros sus tareas, lo que quiere decir, es que se habla de un servicio personalizado donde la persona directamente realiza la función encomendada. El Consejo de Estado al respecto de la prestación personal del servicio ha mencionado lo siguiente:

Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021).

En los contratos de prestación de servicios, el contratista goza de total autonomía e independencia para desarrollar sus funciones, porque sus actividades no necesitan ser desarrolladas en un lugar o sitio físico de la entidad empleadora, ni mucho menos acatar órdenes por parte del empleador. A contrario sensu, en el contrato de trabajo es necesario y obligatorio la prestación personal del servicio por parte del trabajador, en vista, de que, para desarrollar las actividades o funciones, estas deben estar adecuadas a las órdenes y directrices del empleador (subordinación). En la misma sentencia antes relacionada, subraya que la prestación personal debe ejecutarse *intuitu personae*.

La prestación personal del servicio al ser un servicio *intuitu personae* implica que si el trabajador no se presenta a su lugar de trabajo o no realiza personalmente la actividad para la cual fue contratado se da la terminación del contrato, del mismo modo sucede cuando el trabajador o el contratista fallecen, es claro que la muerte del trabajador es una causal para dar por terminado el vínculo. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 781-2018 del 14 de marzo de 2018, ha mencionado que la acreditación de la prestación personal del servicio opera como presunción del contrato laboral, y en razón de ello no hay necesidad de verificar la existencia de otras modalidades de contratación.

1.7. El elemento de la subordinación como indicio para declarar un contrato realidad.

La subordinación o dependencia del trabajador según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo es el elemento clave para diferenciar una relación laboral frente a una relación prestacional de servicios, al, comprender las facultades que tiene el empleador para reclamar a sus empleados la ejecución de unas directrices, así como el cumplimiento de jornadas de trabajo, incluso, de acatar los reglamentos y protocolos internos de trabajo y del sometimiento a procesos disciplinarios. El Consejo de Estado en la mencionada Sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021

consolidó *los indicios de subordinación* que permiten establecer una verdadera relación laboral, los cuales son los siguientes:

i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que ésta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral: El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyen todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021).

Las circunstancias anteriores permiten que el juez valore las pruebas aportadas al proceso en relación con el funcionamiento de la entidad, es decir, valora las circunstancias en que el contratista desarrolló actividades con los trabajadores de planta, entonces, en un contrato de prestación de servicios el contratista realiza su actividad para la cual fue contratado por sus propios medios y herramientas, quedando a su libre autonomía el objeto de la contratación. Entre tanto, en el contrato de trabajo la subordinación del trabajador al empleador es tal que para el desarrollo de sus tareas es necesario que reciba directrices y órdenes de este último. Con el fin de dar aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe acreditarse la existencia del elemento subordinación el cual es entendido por el Consejo de Estado en la demostración de

algunos de los indicios citados (lugar del trabajo, horario de labores, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar y las actividades a desarrollar).

1.8. El salario como retribución del servicio.

El salario es la contraprestación y remuneración que recibe el trabajador en periodos (diario, semanal, quincenal, mensual) por la prestación personal de sus servicios en favor del empleador, el cual está regulado en los artículos 127 a 157 del Código Sustantivo del Trabajo, adicionalmente, es un emolumento que en sentido estricto solo es aplicable para quienes son vinculados por contrato de trabajo y tendrá el carácter de irrenunciable por ley. El pago en dinero que recibe el trabajador por sí solo no se considera salario, para identificar si el dinero o especie constituye salario, por ello, se debe adecuar a los siguientes criterios: 1) Retribuye directamente el servicio prestado por trabajador. 2) Ingresa al patrimonio del trabajador, además lo enriquece. 3) Es oneroso y que no nace de la mera liberalidad del contratante, a todo ello, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 127 establece las diferentes modalidades sobre lo que se constituye salario así:

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.], 1950)

El efecto importante del salario sobre el trabajador es que sirve como base para el reconocimiento de garantías adicionales como las prestaciones sociales y la seguridad social, a las cuales sólo tienen derecho los trabajadores, incluso se debe tener en cuenta que las partes en la relación laboral pueden pactar aquello que va a constituir salario, pero, las sumas ocasionales y de mera liberalidad que el empleador ofrece a su trabajador jamás constituirán salario, por ejemplo: propinas, primas extraordinarias y bonificaciones, etc. Así lo expresa el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros

semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el un{empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.], 1950)

La ley no restringe que el trabajador y empleador puedan pactar aquello que no constituye salario, es más les otorga voluntad en la decisión, libertad de la ley que conlleva en muchas ocasiones a que el empleador desconozca ciertos emolumentos de su naturaleza salarial, en consecuencia, sólo un Juez de la república puede decidir qué pagos constituyen o no salario, pero necesariamente tendrá que acudir a demandar al empleador.

El trabajador y el empleador podrán llegar a un acuerdo en la formas y clases del pago, como también si éste se realizará en efectivo o en especie, siempre y cuando no sobrepase el 30% del salario. El trabajador vinculado por contrato formal nunca recibirá un salario por debajo del Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (SMMLV), a causa de la garantía constitucional del ingreso mínimo, vital y móvil, establecida en el artículo 53 de la Constitución, impidiendo que un trabajador reciba menos de esta asignación o que no se le reconozca y pague.

Los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo reciben como contraprestación de sus servicios un salario integral, teniendo pleno goce de los derechos y garantías laborales, al ser el empleador quien cubre la mayoría de las prestaciones sociales y acreencias laborales como trabajadores dependientes. Por el contrario, los contratistas vinculados por prestación de servicios son contratistas independientes, que realizan la actividad encomendada autónomamente, con sus propias herramientas y sus propios medios y no reciben el pago de un salario periódico, ni mucho menos el pago de prestaciones sociales y acreencias laborales, en razón de que asumen su propio riesgo, y en su lugar perciben honorarios y pagan su propia seguridad social.

El Ministerio del Trabajo ha aludido que el contratista vinculado por una orden de prestación de servicios no tiene una relación laboral, en cambio existe una relación de orden civil, comercial o de contratación estatal, que por ningún motivo el contratante tiene que pagar prestaciones sociales, vacaciones, ni cualquier otra acreencia, siendo así que finalizado este

contrato el contratista no tendrá el derecho al pago de una liquidación, sólo recibirá los honorarios pactados en dicho contrato por los servicios prestados.

1.9. Temporalidad

El legislador en aras de dar soluciones a las contingencias que las administraciones públicas podrían presentar estableció la celebración del contrato de prestación de servicios por un periodo temporal, quedando consagrado en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual señaló lo siguiente: “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable” (Ley 80,1993, art. 32). Por lo que, este tipo de contrato tiene por esencia la temporalidad y excepcionalidad. Las funciones que el contratista realizará no serán definitivas, sólo corresponden a funciones permanentes o misionales de las entidades a personal con vinculaciones legales y reglamentarias.

La Ley 80 de 1993 no señaló cual era el término estrictamente indispensable, dejando a la voluntad de la Administración decidir sobre cuál es el término que se ajustaba en un contrato de prestación de servicios y en consecuencia si lo que se contrató es una vinculación para satisfacer una necesidad temporal. Al dejar este término en la voluntad en los distintos órganos del Estado para realizar las contrataciones indefinidamente ha permitido que personas naturales cubren funciones que no son transitorias que hacen parte del giro ordinario y que deberían ser cubiertas por personal de planta.

Bajo la teoría del contrato realidad la Sección Segunda del Consejo de Estado determinó el alcance y delimitó del concepto término estrictamente indispensable del contrato de prestación de servicios en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas estableciendo así que será entendido por término estrictamente indispensable como:

Aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021).

El término indispensable para el Consejo de Estado es el término suficiente y razonable para que el contratista termine la actividad para la cual fue contratado, sin perjuicio de prórrogas que podrán acordarse entre contratante y contratista en el momento de la celebración del contrato de prestación de servicios como la ocurrencia de circunstancias ajenas al contratista. La temporalidad es un aspecto diferenciador entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios, el primero es indefinido mientras que el último se realiza por un término corto de tiempo. La delimitación realizada por el Consejo de la temporalidad permitirá que las funciones del giro ordinario de la entidad no sean realizadas por personas ajenas a un vínculo legal y reglamentario.

El Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo al resolver conflictos que tengan como referencia contratos realidad entre funcionarios de hecho y entidades estatales ha dado aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y bajo la configuración de los lineamientos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (prestación personal del servicio, subordinación y salario) ha declarado una verdadera relación laboral, encubierta o subyacente en un contrato de prestación personal del servicio. Pero además de lo anterior este Alto Tribunal se ha visto en la necesidad de acudir a otro concepto necesario para determinar el carácter temporal de la vinculación, esta última noción es la que se ha tenido en cuenta en la primera regla de la sentencia de unificación de Consejo de Estado del nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas.

Capítulo 2. Reglas de Unificación del Consejo de Estado, que llevan al Juez a declarar una relación laboral (contrato realidad), en reemplazo del contrato de prestación de servicios.

2.1. Características de la relación laboral con el Estado, que llevan al Juez a declarar un contrato realidad

Visto lo anterior, se pueden exponer ciertas características de la relación laboral entre un particular y el Estado, que llevan según las reglas de competencia al Juez Laboral o Administrativo, a declarar la existencia de un contrato realidad. Esto sin importar la ausencia de una resolución de nombramiento, la denominación que las partes le hayan dado a dicha relación, o incluso la presencia de sendas cláusulas excepcionales. En el caso particular de este trabajo, se deben estudiar dos eventos: cuando se vincula al Estado a través de otra forma contractual distinta al contrato de trabajo a quien claramente es un trabajador oficial y cuando quien sirve a un ente oficial a través de un contrato de prestación de servicios, claramente cumple las funciones de un empleado público. A continuación, se desarrollan tales hipótesis:

1. Cuando un contrato de prestación de servicios, oculta el contrato de trabajo oficial.

El o la Juez Ordinario Laboral tendrá en cuenta las características de las vinculaciones laborales contractuales que se dan entre los trabajadores oficiales y el Estado, donde principalmente se configura una relación laboral contractual de carácter bilateral, cuya prestación personal del servicio será llevada a cabo por los trabajadores oficiales, que adquieren características especiales de servidores públicos. Es así como el Decreto Ley 3135 de 1968, en su artículo 5 define que “los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales”; así pues, por extensión lo serán todos aquellos vinculados con una entidad pública, por medio de un contrato de trabajo.

El régimen jurídico aplicable para aquellos vinculados por una relación contractual laboral, será en primer lugar el del contrato de trabajo contenido en el Código Sustantivo del Trabajo, seguidamente lo establecido en el reglamento interno de trabajo o en las convenciones o pactos colectivos y además cuentan con su propia legislación y sus derechos están consagrados en normas

públicas, como pueden ser los Decretos 3135 de 1968 y 1336 de 1986 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia 3091-13, 2016). En cuanto a la jurisdicción aplicable, la competencia será de la ordinaria laboral, tanto para sus conflictos laborales como para los casos de fuero sindical.

2. Cuando un contrato de prestación de servicios oculta lo que debería ser una vinculación legal y reglamentaria.

Por otro lado, es menester mencionar que la vinculación legal y reglamentaria siempre será una característica que solo es aplicable para los servidores que tienen fuero de empleados públicos y que se definen así por tomar posesión provisional o permanente de un empleo público. En consecuencia, por medio de este tipo de vinculación, siempre la función estatal se va a ejecutar por medio de una persona natural, con vínculo jurídico reglamentario que implica la subordinación laboral.

Las funciones más comunes que los empleados públicos desempeñan son de naturaleza administrativa congénitas al Estado, bien sean cargos de elección popular o no; de tipo jurisdiccional fijadas específicamente en la Ley o en sus reglamentos y todas aquellas tareas debidamente reservadas para las y los miembros de las fuerzas militares. Por causa de lo anterior, todas aquellas controversias que se generen en el desarrollo de su función, serán resueltas por el régimen jurídico de derecho público, teniendo específica competencia la jurisdicción de lo contencioso administrativo, excepto para controversias relacionadas con el fuero sindical y con la seguridad social (que no involucre entidades administradoras ídem de derecho público), que serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral.

2.2. ¿Qué son las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado?

Frente a las referidas, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo las ha definido como el instrumento jurídico que condensa la jurisprudencia de su jurisdicción, otorgándole un carácter obligatorio y excepcional, con el objetivo de dar garantías a la aplicación de la Constitución, la Ley y los Reglamentos (Decretos), de una manera uniforme en casos que

contengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Esta herramienta, además de concentrarse en unificar criterios de interpretación y aplicación normativa, también se dedica a coordinar de una mejor manera el ordenamiento jurídico. Ahora bien, en este punto cabe recordar que las Sentencias de Unificación estudiadas en este trabajo, surgen como derivadas del ejercicio del recurso extraordinario ídem, contenido en el artículo 256 de la Ley 1437 de 2011, que las define como:

Aquellas proferidas por el Consejo de Estado en los siguientes eventos: i) por importancia jurídica o trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia; ii) las que decidan los recursos extraordinarios y iii) las relativas al mecanismo de revisión eventual (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Auto 2012-00297, 2014).

Igualmente, la Corte Constitucional al definir sus características mencionó:

Resulta razonable que el Legislador, al regular los Procedimientos Administrativos, haya querido limitar el mecanismo de extensión administrativa de sentencias, a un tipo especial de ellas, las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, de las que por su naturaleza se deriva un alto grado de seguridad y certeza. En efecto, es este órgano el definido por la Constitución como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo y órgano de cierre del mismo (CP, 237), y como tal, ostenta el mandato de unificación jurisprudencial en su jurisdicción, condición que le imprime fuerza vinculante a determinadas decisiones que profiere (Corte Constitucional, Sala Plena, C-588, 2012).

Así pues, en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 establece que los efectos de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo serán: "Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación" [...]. Con plena seguridad el Consejo de Estado podrá asumir todos aquellos asuntos que se encuentren pendientes de ser fallados o no tienen una decisión interlocutoria. Casos que podrá asumir de oficio, ya sea por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, como también de los tribunales administrativos siempre y cuando sean única o de segunda instancia, a solicitud de parte, o por solicitud del Ministerio Público o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La decisión sobre el recurso extraordinario de unificación, será asumida por la Sección especializada en el conocimiento del medio de control donde se expresó la controversia con base a lo consignado en el artículo 259 de la Ley 1437 de 2011 y además en los artículos 14 y 17 del

Acuerdo 080 de 12 de marzo de 2019 o Reglamento del Consejo de Estado, siendo entonces claro que las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Alto Tribunal dictaminarán las sentencias y autos de unificación, que procedan de sus subsecciones, de los despachos o tribunales administrativos. Todas aquellas decisiones que se proyecten a unificar o sentar jurisprudenciales referentes a temas procesales relevantes a de todas las secciones del Consejo de Estado, sólo podrán ser pronunciadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

2.2.1. Reglas de Unificación para identificar una relación laboral subyacente en un contrato de prestación de servicios, extraídas de la Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021.

Complementando lo anterior, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 271 del CPACA, la Sección Segunda del Consejo de Estado, tiene la competencia para proferir sentencias de unificación por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Ahora bien, frente a las notas que permiten diferenciar entre un verdadero vínculo de prestación de servicios y una relación laboral contractual o reglamentaria oculta, en la Sentencia de Unificación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16) CE-SUJ2-025-21, del 9 de septiembre de dos mil veintiuno (2021) y con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, se han fijado las siguientes reglas, es decir se ha unificado la jurisprudencia en torno a éstos temas: sentido y alcance de la expresión “término estrictamente indispensable” contenida en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; delimitación del término de solución de continuidad en los contratos estatales de prestación de servicios que hayan ocultado la existencia de una relación laboral que se declara por el juez; e improcedencia de la devolución de los aportes a la Seguridad Social en Salud efectuados por el contratista.

A. La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021).

En concordancia con la primera regla, el ordenamiento jurídico colombiano, ha prohibido la celebración de contratos de prestación de servicios para realizar funciones estipuladas en los

reglamentos de las entidades, estableciendo conjuntamente normas y mecanismos que definen condiciones suficientes para las funciones de los servidores públicos, pero dejará de ser aplicable lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 que establece que este contrato no es una fuente de una relación laboral, ni genera el deber de reconocer y pagar prestaciones sociales, al lograr demostrar los elementos esenciales de una relación laboral del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas. En razón de ello, el Consejo de Estado ha dispuesto de ciertos criterios o indicios para identificar la verdadera naturaleza oculta en una vinculación contractual, siendo el primero de ellos determinar el sentido y alcance del señalado “término estrictamente indispensable” dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la ley anteriormente mencionada.

Para definir el “término estrictamente indispensable” es necesario manifestar que la Administración Pública escoge a sus contratistas según las modalidades previstas en la Ley 1150 de 2007 entre las que se encuentran la selección abreviada, mínima cuantía, licitación pública, concurso de méritos y la contratación directa. Estas entidades deben realizar estudios previos antes de realizar los procesos de selección y posterior contratación en cada una de estas modalidades, en especial cuando se trata de contratación directa, siendo esta la modalidad por la cual se celebran contratos de prestación de servicios conforme a lo fijado en el literal h), numeral 4, del artículo 2, de la Ley 1150 de 2007, regulado a su vez por el Decreto 1082 de 2015, cuya naturaleza es diferente a la consultoría o de actividades permanentes de la entidad. En razón de que son funciones que por regla general deben realizarse por concurso de méritos.

Las Entidades Estatales deben implementar requisitos habilitantes suficientes que garanticen la idoneidad de los contratistas en relación al objeto ofrecido y a las condiciones del contrato, en otras palabras, esos requisitos tienen que ser proporcionales a la naturaleza y precio del contrato según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150. Estas entidades están obligadas a conocer el sector del objeto de contratación desde el punto de vista “legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo” (Decreto 1082, 2015, artículo 2.2.1.1.1.6.1), además de atender a los parámetros del artículo 2.2.1.1.1.6.2. del mencionado decreto que indica lo siguiente:

Para fijar estos requisitos la Entidad Estatal debe tener como parámetros: (i) el Riesgo del Proceso de Contratación; (ii) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (iii) el análisis del sector económico respectivo; y (iv) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial (Decreto 1082, 2015)

Las entidades públicas tienen la necesidad de realizar un estudio de mercado, determinando la demanda (bienes o servicios a satisfacer) y la oferta (insumos) disponibles en el mercado, aspecto que darán a conocer el contexto de mercado y visibilizar los riesgos a enfrentar, por otra parte, este estudio permitirá delimitar los parámetros a tener en cuenta antes de la contratación. Los estudios del sector en la contratación directa tendrán en cuenta el objeto del contrato, condiciones, plazos, forma de entrega y la retribución, justificando así el proceder de la entidad en los procesos de contratación vistos desde el enfoque de la economía, utilidad y efectividad.

Los contratos de prestación de servicios al adelantarse por la modalidad de contratación directa, el estudio del sector debe supeditarse al objeto del contrato y a todas sus condiciones. En este tipo de modalidad la administración debe verificar si el aspirante es idóneo, tiene capacidad jurídica, cuenta con la experiencia y con la capacidad organizativa y financiera para comprometerse con el objeto del contrato. Siendo la planeación contractual un instrumento que tiene la administración pública que le permitirá a través de los estudios previos tener el conocimiento suficiente sobre el tipo de bien o servicios que necesita, las características, costos, tiempo de duración, riesgos, garantías entre otras circunstancias.

El Consejo de Estado ha manifestado que la administración pública está en la obligación de realizar los estudios previos antes de realizar procesos de selección y más cuando se trata de contrataciones directas. Por ello, en los contratos de prestación de servicios el término indispensable de las contrataciones debe estar estipulado en los estudios previos, en especial dentro del objeto contractual, debido a su naturaleza temporal. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el “término estrictamente indispensable” de este tipo de contrato así:

El objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. (Corte Constitucional, como se citó por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021)

Lo anteriormente mencionado por la Corte permite concluir que quien pretenda demandar para obtener la declaración de un contrato realidad deberá probar con base en los estudios previos y demás documentos que permitan soportar sus afirmaciones, que tanto el objeto del contrato, la necesidad de este, las condiciones pactadas y las circunstancias al momento de la ejecución revelan la existencia de una verdadera relación laboral encubierta bajo contratos de prestación de servicios continuados, sucesivos, de igual identidad, similitud o equiparación, convirtiéndolos en contratos de tracto sucesivo, continuado y permanente que sobrepasa el término estrictamente necesario como lo evidencia el Alto Tribunal en la reiterada Sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021.

El Consejo de Estado ha afirmado que los contratos de prestación de servicios no deben ser sucesivos cuando se realiza con una persona natural, dado que el “término estrictamente necesario” fijado en los estudios previos es el término máximo para llevar a cabo la ejecución del objeto contractual, sin perjuicio de existir prórrogas las cuales también deben estar justificadas en dichos estudios. La Ley del mismo modo que establece parámetros a tener en cuenta en la contratación también establece unas sanciones para quienes lleven a cabo dicha contratación de manera distinta a la contemplada en el Estatuto de Contratación, tales como las contempladas en la Ley 599 de 2000:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses (Código Penal [C.PEN.], 2000, art. 410)

Finalmente, la Sección Segunda del Máximo Tribunal Administrativo, reiteró que el contrato de prestación de servicios, siempre será una forma de vinculación excepcional, con el objetivo de suplir tareas del funcionamiento o administración de la entidad pública o para realizar labores especiales que no se pueden estar a cargo del personal de planta, sin dar lugar a configurar el elemento de subordinación y cumpliendo el término estrictamente indispensable.

B. La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad; el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias

que el Juez encuentre probadas dentro del plenario (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021).

Esta regla pretende determinar el término de solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios que tienen interrupciones entre la finalización y la ejecución del siguiente contrato. El Consejo de Estado en la supra mencionada sentencia del 9 de septiembre del 2021 señaló la definición sobre solución de continuidad así:

Conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021).

El Tribunal de Cierre de lo Administrativo manifiesta que a lo largo de los años se ha tenido diferentes criterios sin tener un acuerdo sobre el término de interrupción (solución de continuidad) entre los contratos de prestación de servicios, las cuales varían de un (1) día hasta más de un (1) mes, en razón de ello unificó el criterio para identificar si se produjo interrupción en la unidad contractual, pero este no será camisa de fuerza para el juez, el contratista y la entidad, podrán considerar un término mayor. La Sección segunda del Consejo acogió el término de treinta (30) días hábiles con base en las siguientes razones:

En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.(Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021)

Este término de interrupción resulta importante para la Jurisdicción de lo Contencioso - Administrativo, más precisamente para la declaración de un contrato realidad oculto en contratos de prestación de servicios. El término acogido por lo Contencioso no es el mismo acogido por la

Jurisdicción Ordinaria Laboral, dado que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL del 15 de febrero de 2011 con número de radicado 40273-2011 ha tomado términos menores a un (1) mes³. Lo que se refiere, si entre el tiempo en lo contencioso entre la finalización de un contrato y el inicio del siguiente e inferior a los treinta (30) días no se puede inferir que se configure un contrato realidad, en razón de que como se ha dicho en el capítulo anterior se necesite que se configure los elementos esenciales de un contrato de trabajo (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo).

Así las cosas, el término de los treinta (30) días sirve para fijar la solución de continuidad de los procesos llevados en sede Contencioso - Administrativo, con el fin de obtener la declaración de un contrato realidad subyacente en contratos de prestación de servicios. Este criterio es el término de referencia que tanto el juez como las partes del proceso (entidad contratante y contratista) tendrán en cuenta en sus aseveraciones. Este término no configura la prescripción de derechos que pudieron originar durante la relación contractual, dado que, la prescripción es de tres (3) años contados a partir desde el momento que fueron exigibles.

Para el Consejo no hay solución de continuidad cuando entre partes (contratista- entidad) los contratos de prestación de servicios se realizan de forma sucesiva y concurren todos los elementos de la relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación). Pese a que las entidades públicas utilicen dentro de su metodología la interrupción por un intervalo de treinta (30) días hábiles que se excluya de la responsabilidad si se lograr acreditar los elementos configurativos de una relación laboral, ni tampoco libra de ser demandada por derechos laborales.

En esta oportunidad, lo que establece la honorable Sección Segunda, es que se debe cumplir estrictamente el término inter-pactos, que para todo caso siempre será un periodo de 30 días hábiles, señalando ese tiempo para evitar la continuidad en los contratos de prestación de servicios, tal evento no estaría permitido en ningún caso, ya que tales convenios no se caracterizan por ser sucesivos, o contar con cláusulas de renovación automática. De esta manera, se deja la tarea al Juez Contencioso Administrativo para que en los eventos en que se presenten los elementos que configuran un contrato realidad, determine la verdadera esencia laboral de la relación.

³ “Las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 40273, 2011).

C. La tercera regla determina que, frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir aquellos unos aportes obligatorios con naturaleza parafiscal (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021).

Dentro de las prestaciones sociales obligatorias para el empleador se encuentran las ordinarias que son las primas, las cesantías, sus intereses y la entrega de calzado y vestido de labor y las prestaciones sociales especiales que actualmente están a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social, las cuales son acceso a salud, pensión y riesgos profesionales, siempre que se cotice por cada sistema, haciendo la salvedad de que si existe un contrato oficial de trabajo o se adquiere la característica de servidor público, la cotización está exclusivamente a cargo del empleador para el caso de riesgos profesionales, de subsidio familiar y otros parafiscales.

En este punto cabe recordar que las cotizaciones a los sistemas de pensión y salud de trabajadores subordinados o dependientes, serán pagadas por el empleador y el empleado de manera compartida en los porcentajes establecidos en la Ley según el caso. Entonces, para pensiones el valor de la cotización es del 16% del ingreso laboral, donde el 75% corresponde al empleador y un 25% al trabajador, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Por su parte, en el sistema de salud, la cotización representa el 12.5% de lo neto devengado, donde al empleador le corresponde el aportar el 8.5 % y al empleado colocar el 4%, tal como lo establece el artículo 204 ibídem.

Para el estudio de la hipotética devolución de aportes al sistema de seguridad social que el contratista efectuó por su parte y que dentro de una relación laboral (bien sea contractual o legal y reglamentaria) le hubiera correspondido efectuarlos a la entidad contratante, la jurisprudencia del Consejo de Estado, se apoyó en varias consideraciones de índole tributario y parafiscal, para dar solución a las discusiones que surgen del propósito de evitar el pago de cotizaciones a la seguridad social y ocultar auténticas relaciones de trabajo acudiendo a contratos de prestación de servicios. Al respecto menciona la Sección Segunda:

Las contribuciones parafiscales son una institución intermedia entre la tasa administrativa y el impuesto; o lo que es lo mismo, exacciones obligatorias, realizadas en beneficio de organismos públicos distintos de las entidades territoriales, o de asociaciones de interés general, sobre usuarios o aforados, por medio de los mismos organismos o de la Administración, pues al no ser integradas al presupuesto general del Estado, se destinan a financiar gastos de dichos organismos. (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021)

Luego, en el fallo comentado del 9 de septiembre de 2021, se recuerda en atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, que: “es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos, unos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal” (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021).

Del mismo modo, el Alto Tribunal, recuerda que tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. De la misma manera, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, por su naturaleza parafiscal está establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional, que prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella. (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021)

En ese orden de ideas, la Sección Segunda unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, ante la no afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud por parte de las entidades contratantes, no procede el reintegro de las sumas de dinero que asumió el contratista, muy a pesar de que se declare por el Juez (laboral o administrativo) la existencia de una verdadera relación de trabajo. Y que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos, unos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.

Para concluir, se establece que en ningún caso el no reembolso de dichos aportes constituye un abuso del derecho, pues eso sería ir en contra de lo establecido por el legislador, siendo el espíritu de la Ley 100 de 1993, que aquellos recaudos parafiscales recaigan de manera directa a las administradoras de salud y riesgos laborales, ya que son contribuciones obligatorias con una destinación específica.

2.3. Criterios auxiliares (internacionales) asumidos por el Consejo de Estado en la Sección Segunda en la Sentencia analizada.

La legislación ha permitido enfatizar en aspectos primordiales frente a los elementos propios de la materia a estudiar, tanto desde, el ordenamiento jurídico colombiano como el internacional, basta al respecto citar el Convenio 151 de la OIT sobre las relaciones de trabajo en la administración pública:

1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo (Organización Internacional del Trabajo [OIT], Convenio núm. 151, 1978).

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en esta oportunidad ha determinado que el contrato estatal de prestación de servicios, permite satisfacer necesidades que pueda presentar la entidad contratante a lo largo del tiempo, aunque, las entidades estatales al caer en un uso indebido de esta modalidad han ocasionado graves afectaciones a los derechos de los trabajadores, como también transgreden la Constitución Política, lo cual, ha generado que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) efectúe recomendaciones en relación a la protección de los trabajadores de la administración y se les garantice laborar en igualdad de condiciones, como un salario igual por un trabajo de igual valor, igualmente, el Alto Tribunal Administrativo, recomienda que los entes estatales deben acudir de manera preferente, a la figura de los empleos temporales del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y, de forma subsidiaria al artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 que menciona a los supernumerarios, así, las entidades mejoraran en el desarrollo de los oficios inherentes a las administraciones, garantizando los derechos prestacionales para los contratistas que se vinculan a tales entidades.

Es por este motivo que el Estado colombiano, debe suscitar nuevas legislaciones enfocadas a la prevención y sanción para las entidades que ocultan la realidad de la modalidad de contrato mencionada para evadir responsabilidades. Si bien es cierto el contratista cuenta con la capacidad de brindar acompañamiento y servicio profesional conforme a los estudios previos enfatizados en justificar la necesidad del desarrollo de estas actividades, dado que, el contrato típico, le permite realizar su labor de manera independiente sin la necesidad de que este cumpla con un horario establecido, no obstante, debe hacerlo dentro del periodo en el cual ha sido requerido.

En el mismo sentido, la entidad contratante podrá volver a requerir al mismo contratista siempre y cuando el objeto del trabajo cambie, por consiguiente, si el objeto contractual es el mismo, estaría configurando uno de los elementos del contrato laboral, y para evitar tal consecuencia, como mínimo tendrá que disponer de un periodo de treinta (30) días hábiles para generar un nuevo contrato.

Sin duda, si se presentan las recapituladas reglas, el Juez Administrativo e incluso el Laboral, están en la obligación de declarar la existencia de una relación laboral apoyados en el principio de la primacía de la realidad, sin importar que dicho vínculo se origine de un contrato de prestación de servicios o de una orden de prestación de servicios, todo por la simple configuración del hecho cumplido. Las consecuencias del mal uso de este tipo contractual también serán desfavorables para los entes estatales, frente a los cuales el presunto contratista siempre tendrá pleno derecho para decidir si iniciar o no un proceso judicial, por medio del cual puede reclamar sus posibles derechos laborales vulnerados.

Afirmando que el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios son dos contratos de diferente naturaleza, considerando que el primero es laboral y el segundo es eminentemente administrativo, de modo que cuando se pretende hacer valer los derechos de las personas naturales involucradas, se acude a Jueces con diferentes competencias, pero cuando la realidad sobrepasa lo que está escrito se configura un contrato de diferente naturaleza, por lo que en consecuencia hay que entender la diferenciación presentada antes de acudir a demandar, para así no enfrentar conflictos de competencias.

2.4. Comentarios y análisis finales sobre el anterior Fallo de Unificación.

La Sala de lo Contencioso Administrativo dispuso que el contrato de prestación de servicios es uno de los instrumentos más fundamentales en las administraciones de todo nivel, para cumplir con las tareas de gestión pública y de ejecución presupuestal, en vista de que, satisface, garantiza y/o asegura el cumplimiento de los objetivos esenciales del Estado. No obstante, los entes estatales han acudido al uso indiscriminado de esta modalidad, por ende, han vulnerado continuamente la Constitución Política y los principios de la Nación enfocados en el trabajo, la justicia social y la igualdad, transgrediendo los afianzamientos especiales que acogen al vínculo laboral.

En el artículo 53 de la Constitución Política, se estipulan como derechos fundamentales de los trabajadores la igualdad de oportunidades, la remuneración, las prestaciones sociales, el acceso a la seguridad social, garantías que permiten exigir al juzgador materializar el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, debido a algunas ocasiones y enmascarada en un contrato de naturaleza administrativa, subyace una auténtica relación de trabajo, dando lugar al surgimiento del deber de aplicación de principios tales como salario igual por un trabajo igual, del reconocimiento de las prestaciones sociales y de los respectivos aportes a la seguridad social, todos a cargo de la entidad.

Ahora bien, en cuanto al contrato de prestación de servicios se conoce su definición a partir del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el entendido que son acuerdos celebrados con personas naturales o jurídicas, donde los entes públicos deben justificar la necesidad del cumplimiento de estas funciones esporádicas, cuyo puntual desarrollo no puede ser ejecutado por los trabajadores de planta y que como corolario requieren de conocimientos especializados. A su vez, el contratista debe conservar un alto grado de autonomía para la ejecución de la actividad, por la cual, se ha requerido de su especial servicio. De la misma manera, se debe estipular expresamente el término de duración del contrato y las fechas de inicio y fin de la ejecución del mismo. Lo anterior sin dejar de lado que el tiempo que debe transcurrir entre la celebración de uno y otro contrato con la misma persona natural acogerá un término de no menos de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la no solución de continuidad. Cumplidos los mencionados requisitos, este tipo de contrato no genera algún tipo de relación laboral ni derecho a prestaciones sociales o al pago de la seguridad social por parte de la entidad contratante (excepto en labores con nivel de riesgo IV y V, tal como lo dispone el inciso tercero, del artículo 13, del Decreto 723 de 2013).

Otra de las consecuencias de que el Juez (laboral o administrativo) reconozca que un pretendido contrato realidad, no es más que un auténtico contrato de prestación de servicios, es que los aportes realizados por los afiliados al régimen de Seguridad Social en Salud son auténticas contribuciones parafiscales y, por lo tanto, no pueden ser utilizados con una finalidad distinta de la que establece el marco funcional de las instituciones de la Seguridad Social, siendo improcedente ordenar la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista, al Sistema de Seguridad Social en Salud.

En definitiva, los contratistas son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la administración, que brindan acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia. El Estado puede celebrar contratos de prestación de servicios que tengan como objeto atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública y de manera excepcional y temporal el cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, cuando no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Por más que, la propia jurisprudencia del Consejo de Estado ha dispuesto que la disposición comentada deja de ser aplicable cuando se demuestra la configuración de los elementos de la relación laboral, estipulados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo un factor determinante la subordinación para dar cabida a la primacía de la realidad sobre las formalidades. Esto ha permitido distinguir la relación laboral de cualquier otra relación administrativa, porque, faculta al contratante para requerir al contratista el cumplimiento de las órdenes impartidas.

Para el caso concreto de estudio, la Sección Segunda del Consejo de Estado determina que no hubo configuración del contrato de prestación de servicios, debido a que la relación cumple con los elementos que hacen parte del contrato realidad, considerando que las funciones del contratista fueron realizadas en un horario fijado por la entidad y según la necesidad y que de igual forma la labor fue supervisada y dirigida por el personero delegado a cargo, quien le impartía órdenes de manera habitual.

Finalmente, en lo atinente al fenómeno de la prescripción de los derechos laborales en el orden administrativo, la mencionada Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucra períodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Perdomo Cuéter, C.], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios; manifestando que ésta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

Tabla 1. Resumen y Análisis de las Reglas de Unificación estudiadas.

Reglas de Unificación del Consejo de Estado sobre contratos realidad de trabajadores vinculados a entes públicos.	
Reglas	Análisis
<p>A. La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021).</p>	<p>El término indispensable es una disposición altamente abierta a diferentes interpretaciones y debe ser analizado desde de los principios y fines de la contratación estatal, bajo el principio de planeación, es decir, dentro de la fase precontractual.</p> <p>Por otra parte, las entidades estatales deberán presentar un estudio minucioso, en donde identificarán y explicarán la necesidad de requerir a personal diferente a la de los trabajadores de planta, también se deberá justificar el tiempo para la realización del mismo, manifestando los medios para satisfacer la necesidad planteada, con el fin de evitar la permanencia y un vínculo laboral con los efectos y consecuencias que ello conlleva.</p> <p>En resumen, lo que se quiere lograr con esta regla es que durante un lapso el contratista cumpla y termine con las obligaciones y el objeto del contrato, sin perjuicio de la solicitud de prórrogas para velar el cumplimiento del contrato.</p>
<p>B. La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario. (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021)</p>	<p>Esta regla refiere que, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente con el mismo contratista, debe existir un periodo de 30 días hábiles (más o menos 45 calendario) con el fin de evitar una relación ininterrumpida (sin solución de continuidad).</p> <p>Este término podrá ser evaluado por un juez contencioso cuando se presenten contratos sucesivos de prestación de servicios a la luz de los elementos de juicio y determinará si existía una ruptura del vínculo contractual.</p>

	<p>Este plazo es orientador en procesos contencioso - administrativos para establecer si existe o no solución de continuidad.</p>
<p>C. La tercera regla determina que, frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal. (Consejo de Estado, Sección Segunda, SUJ-025-CE-S2-2021, 2021)</p>	<p>Esta disposición establece que frente a la devolución de aportes a seguridad social que el contratista realizó, no es posible su reintegro a pesar de que se declare la existencia de una verdadera relación laboral.</p> <p>Esto debido a que los aportes son considerados obligatorios al ser de naturaleza parafiscal, entendido esto como contribuciones divergentes al presupuesto del estado, encaminadas a sufragar programas o servicios específicos de la sociedad, correspondientes a los derechos y beneficios de los ciudadanos, es decir, financiar el sistema de salud, el sistema de pensiones y el sistema de riesgos laborales, entre otros.</p>

Capítulo 3. Principales alternativas legales que permiten a un contratista de prestación de servicios reclamar sus derechos laborales, prestacionales y a la seguridad social.

3.1. Controversias en la vinculación de los contratistas mediante un contrato de prestación de servicios

Es menester resaltar que las controversias que suscitan en la mencionada vinculación, se dan por cuanto la figura del contrato de prestación de servicios se transforma en un contrato realidad al comprobar los elementos de una verdadera relación laboral, los cuales son la prestación personal del servicio, salario y la subordinación laboral. Por ello el Consejo de Estado, por medio de las líneas jurisprudenciales, ha abarcado el tema de la función pública y de su ejecución, estipuladas dentro del objeto principal de los contratos de prestación de servicios, que tienen como designio llevar a cabo las funciones de la entidad estatal contratante que no pueden ser relevadas por el personal de planta.

Incluso, siendo la modalidad de contratación de personal más empleada dentro de las entidades públicas, la cual cada vez aumenta de una manera considerable, permitiendo evidenciar una forma de evadir la obligaciones y responsabilidades por parte del Estado frente a los trabajadores al no garantizar el derecho fundamental de la estabilidad laboral como también sus prestaciones sociales, causando vulneraciones a los derechos de los trabajadores. Los contratos de prestación de servicios eventualmente están dirigidos a prestar su asistencia a las entidades públicas tales como lo son: las gobernaciones, alcaldías, ministerios, secretarías, y demás entidades, por lo tanto, es necesario realizar un eficaz uso de las reglamentaciones del contrato laboral con el objetivo de proteger los derechos laborales, para así minimizar y evitar el abuso de esta modalidad.

La inconformidad de los contratistas, lejos de percibir garantías laborales que estuvieren conforme a su trabajo, trasladaron la controversia al campo de la vía judicial, ya sea en sede ordinaria o contenciosa administrativa, logrando que a través de la jurisprudencia investigada, se unifique y establezca algunos parámetros para identificar y darle fin a las irregularidades presentadas en el momento de concertar las obligaciones con el contratista venido a empleado público o trabajador oficial, a través del vínculo realidad, rechazando a toda costa la modalidad de

vinculación laboral tanto en el sector oficial como también las empresas de carácter particular, teniendo como objetivo entonces que las reglas de unificación delimitadas por el Consejo de Estado, permitan esclarecer la existencia de una relación laboral encubierta por un contrato de prestación de servicios.

3.2. La reclamación administrativa

Es una figura jurídica de cumplimiento obligatorio para los casos en que se encuentren inmersos los trabajadores oficiales o aquellos contratistas vinculados por un contrato de prestación de servicios. Herramienta creada para que en caso de que al trabajador se le vulneren sus derechos acuda en primer lugar ante la entidad para que sea esta quien se pronuncie al respecto y puedan lograr una solución, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral (auto-tutela), en caso de que no haya solución, se deberá acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar sus derechos. El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en su artículo 6° define la Reclamación administrativa, así:

“Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta. [...]” (Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, art. 6)

Reclamación que consiste en el simple escrito sobre el derecho que se pretenda, el cual se agota toda vez que se decidida o cuando no se resuelve en el término de un mes contado su presentación. Convirtiéndose en un requisito de procedibilidad o agotamiento para recurrir a la justicia ordinaria laboral o contenciosa administrativa. Para el caso en que la entidad no contesta la petición dentro de un mes siguiente a la solicitud realizada puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral. En otro orden, se ha previsto la figura del silencio administrativo negativo, que al transcurrir cierto tiempo sin que la Administración responda, se deduce que la solicitud ha sido denegada y a partir de ese momento se puede acudir ante los tribunales.

3.3. Demanda ordinaria laboral contra entidad pública

La jurisdicción ordinaria laboral según el Código Procesal del trabajo y la Seguridad Social conoce de los conflictos que se presenten entre particulares, entidades públicas y privadas y asuntos sobre

el sistema de seguridad social. Esta jurisdicción tiene la competencia para conocer de las controversias donde se pretende la declaración de un contrato realidad de un trabajador oficial que ha sido vinculado por varios contratos de prestación de servicios lo que la diferencia de la jurisdicción Contenciosa administrativa que le compete cuando son empleados públicos.

El numeral 1 del artículo 2 del C.P.T.S.S. fijó la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de: “*Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo*”. Por su parte, el numeral 2 del artículo 155 del C.P.A.C.A. establece que a los Jueces Administrativos les corresponde conocer los asuntos de: “(...) nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral *que no provengan de un contrato de trabajo*, en los cuales se controvierta actos administrativos de cualquier autoridad, sin atención a su cuantía.” (Negrita, cursiva y subrayado fuera del original).

En ese mismo sentido, el numeral 4 del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 manda que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no conocerá de “*los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales*”. (Negrita, cursiva y subrayado fuera del original).

El Consejo de Estado, mediante providencia del 28 de marzo de 2019, aclaró que son competencia de la jurisdicción ordinaria laboral las controversias que se generen:

(...) sobre el reconocimiento de prestaciones o liquidación laboral que realiza cualquier entidad pública frente a un trabajador oficial, porque independientemente de que aquel o aquella se haga a través de acto administrativo, *el litigio lo resuelve el juez especializado del contrato de trabajo*. (Consejo de Estado, 11001-03-25-000-2017-00910-00 (4857), 2019) (Negrita, cursiva y subrayado fuera del original).

Esta postura guarda unidad de sentido con lo previsto por la Corte Constitucional, que en **Auto 491 de 2021** indicó:

(ii) Se le concede una competencia residual a la jurisdicción ordinaria laboral para aquellos procesos que involucran a trabajadores oficiales, pues se trata de personas que “*suscriben un contrato laboral con el Estado y se desempeñan en actividades que realizan o pueden desarrollar los particulares, como la construcción y el sostenimiento de obras públicas, entre otras*”. (Corte Constitucional, A491, 2021)

Los procesos de los contratistas que tengan características de los trabajadores oficiales deberán, seguir lo establecido en el artículo 144 del CPTSS: Las controversias que no tengan

señalado un procedimiento especial, (...) se tramitarán conforme al procedimiento ordinario señalado en este Decreto, que para el caso específico son los artículos 74 y siguientes de la misma norma, siguiendo las normas de las competencias estipulados en los artículos 7 al 10 del código ídem, donde siempre será competente el Juez Laboral del circuito o excepcionalmente el Juez Civil del Circuito en el caso donde no existiera un Juez Laboral. Respecto al grado jurisdiccional de consulta será obligatoria cuando las sentencias de primera instancia sean adversas a la Nación, a los Departamentos, Distritos, Municipios, o aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, tal como lo ordena el artículo 69 CPTSS.

3.4. El contrato de prestación de servicios como generador de daño antijurídico

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 90 es clara al reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado, señalando que responderá patrimonialmente por todos aquellos daños antijurídicos que le sean atribuibles, originados por la acción u omisión de las autoridades públicas, en cualquier actividad que lleve a cabo, inclusive la contractual para que así responde por los daños que se pudieren llegar a causar a los contratistas. Por otro lado, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 26, estipulo el Principio de Responsabilidad, atribuido a todos los servidores públicos para que respondan por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, y la posible indemnización a causa de los daños.

Entre tanto se puede inferir que el daño antijurídico como cláusula general de la responsabilidad civil del Estado comprende todas aquellas actuaciones en los contratos estatales, también en las omisiones netamente administrativas que corresponden a contraer la responsabilidad extracontractual, a raíz que dicha contratación puede generar daños a los contratistas de carácter particular que quieran contratar con el Estado. La responsabilidad del Estado puede estar presente en todas las etapas del proceso de contratación, pues su estructura está conformada por: el daño, el nexo de causalidad y los hechos u omisiones que generen un daño a quien no tiene el deber jurídico de soportarlo.

En este sentido, la responsabilidad patrimonial del Estado debe cumplir con requisitos o elementos, entre los más comunes están que la Administración esté a cargo de un acto administrativo, un hecho o una omisión, antijurídica e imputable a la Administración y que cause

un daño al contratista. La Ley 80 de 1993 en el artículo 50, prevé que cuando se cause un daño antijurídico se deberá indemnizar la disminución patrimonial que puede llegar a ocasionarse, dado a la continuación de la misma, la ganancia, los beneficios dejados de percibir por el contratista, siendo casos particulares los siguientes: la existencia de prueba idónea en manos del contratista que se le informa que fue seleccionado debido a su experiencia, y nunca se realice la suscripción del contrato, o cuando la entidad evade pagar al contratista los honorarios en la forma y plazo convenido, o ejerza actos de subordinación, sometiendo al contratista al cumplimiento de horario.

Así las cosas, al existir un reconocimiento judicial de un contrato real y su respectiva indemnización a favor del contratista, también se da la existencia de un daño antijurídico imputable únicamente al Estado, donde estará a cargo de la entidad dependiendo del caso en concreto, donde causó vulneraciones a los derechos fundamentales y por estar expuesto a situaciones ya mencionadas, el cual para recurrir a la mayoría de los medios de control, debe agotar el trámite obligatorio de la conciliación.

3.5. Solicitud de conciliación administrativa contra entidad pública

Menciona el último párrafo del artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social:

Quando la ley exija la conciliación extrajudicial en derecho, como requisito de procedibilidad, ésta reemplazará la reclamación administrativa de que trata el presente artículo. (Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, art. 6)

La conciliación extrajudicial en asuntos contencioso-administrativos se presenta como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, siendo, además, un requisito necesario por mandato legal para la aplicación de los medios de control contemplados en los artículos 138, 140 y 141, en concordancia con el numeral primero del artículo 161 del CPACA (Ley 1437 de 2011), modificado por la Ley 2080 de 2021.

Desde la implementación de la Ley 23 de 1991, cuyo propósito era aliviar la carga de los Tribunales, se promovió el discurso de resolver pacíficamente los conflictos mediante la introducción de mecanismos como la mediación, la amigable composición, el arbitraje y la conciliación. En el contexto normativo, la Ley 446 de 1998, en su Parte III, dedicó cinco capítulos

a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, incluyendo la conciliación extrajudicial. Estas disposiciones recogen normativas anteriores, algunas de carácter transitorio y otras de índole procesal, todas orientadas a fortalecer la justicia alternativa y facilitar el acceso de los ciudadanos a la administración de justicia.

Incluso la Ley 640 de 2001 buscó facilitar el acceso de los colombianos a la conciliación y, en consecuencia, regula la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso-administrativos, estableciéndose como requisito previo para acudir a diversas jurisdicciones, incluyendo la contencioso-administrativa.

La Ley 1285 de 2009, reformadora de la "Ley Estatutaria de la Administración de la Justicia", determinó en su artículo 13 la obligatoriedad de recurrir a la conciliación como requisito previo para instaurar un medio de control según los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, excepto en casos establecidos por la ley. Esto implica que, antes de presentar una demanda ante la jurisdicción, se debe intentar la conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Delegada de la Conciliación Administrativa de la Procuraduría General de la Nación.

Esta función fue asignada a las Procuradurías Judiciales I y II para asuntos administrativos, bajo la coordinación de la Procuraduría Delegada para la Conciliación. Esta entidad, en el ámbito de su competencia, tiene como objetivo principal la gestión de la Conciliación Extrajudicial. Por su parte, el artículo 3 de la Ley 2220 de 2022, establece que la Conciliación en materia contencioso administrativa, además tiene como finalidad la salvaguarda y protección del patrimonio público y el interés general.

Del mismo modo, el Parágrafo 2 del artículo 4 de la norma *ibídem*, ha fijado que la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos se guiará por los principios generales previstos en dicha ley, los cuales deben ser interpretados de acuerdo con la naturaleza e intervinientes en la misma, así como el principio de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución Política. Igualmente, serán aplicables los principios de que trata el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cuanto resulten

compatibles con la naturaleza y características de este mecanismo alternativo de solución de controversias. (Ley 2220, 2022, art. 4)

En breve, el artículo 89 del último Estatuto de la Conciliación, establece cuales son los asuntos susceptibles de conciliación en materia de lo contencioso administrativo: “En materia de lo contencioso administrativo serán conciliables todos los conflictos que puedan ser conocidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que la conciliación no esté expresamente prohibida por la ley” [...]. Aclarando que en asuntos de naturaleza laboral y de la seguridad social podrá conciliarse si con el acuerdo no se afectan derechos ciertos e indiscutibles. Agotado este requisito de procedibilidad, se puede continuar con los siguientes medios de control.

3.6. Medios de control para reclamar el daño antijurídico causado al contratista.

3.6.1. Nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por regla general está dirigido a atacar los actos administrativos de contenido particular y concreto, es decir actos que tienen un destinatario definido. El restablecimiento del derecho es consecuencia del éxito de la nulidad del acto administrativo, este medio está establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), el cual refiere lo siguiente:

Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel. (Ley 1437, 2011, art. 138).

El legitimado según este medio de control para acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativo son las personas destinatarias del acto, siendo en este sentido una actividad restringida para efectos de seguridad jurídica. La ley establece un término de caducidad restringido de cuatro (4) meses a partir de la publicación del acto para reclamar derechos que consideren vulnerados. Con este medio se busca que se restablezcan derechos y que las cosas queden como

antes de proferirse el acto, este es un medio indemnizatorio con el cual se puede pedir en la demanda la indemnización de los perjuicios ocasionados, para que proceda es necesario invocar las causales del inciso segundo del artículo 137 del CPACA.

Para acudir a la jurisdicción es necesario realizar trámites que se consideran requisitos de procedibilidad, como actuaciones previas a la demanda, pero obligatorias para poder demandar, entre los que se encuentran el agotamiento de la vía gubernativa, caducidad (causal de rechazo de la demanda) y conciliación extrajudicial. En ese orden de ideas, el agotamiento de la vía gubernativa según el artículo 161 numeral 2 del CPACA, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto deberá formular los recursos obligatorios y para ello debe acudir a las normas del procedimiento administrativo, agregando a lo anterior el artículo 76 del mismo código señala que para demandar es obligatorio formular el recurso de apelación contra el acto administrativo ante la máxima autoridad jerárquica de quien profirió el acto, pero si contra dicho acto la entidad no permite interponer (formular- tramitar) recurso alguno no es necesario el agotamiento de este requisito.

En segundo lugar, la caducidad de la acción es una institución jurídico procesal que permite ejercer el derecho de acción, en otras palabras, es el derecho que tiene el interesado en demandar para ejercer la acción dentro de los términos establecidos en la ley. El término de caducidad a los que se hace referencia son los establecidos en el artículo 164 del CPACA, el cual se mencionó líneas atrás, el término de caducidad para presentar la acción es diferente al término de prescripción que opera al respecto del derecho sustancial y no procesal, siendo este último tres (3) años contados desde la terminación del vínculo contractual para este tipo de controversias (contrato realidad).

Al respecto de la conciliación extrajudicial el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación, de la Sección Segunda de la sala de los Contencioso - Administrativo, con radicación número: 52001-23-33-000-2013-00103-01(1296-14), del dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), y con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas ha mencionado que no será indispensable el agotamiento de este requisito para demandar por medio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en vista de que se encuentran implicados derechos laborales que tienen el carácter de ciertos e irrenunciables y sobre ellos no es posible

conciliar en controversias en donde se pretende el reconocimiento de un contrato realidad en virtud del principio del principio de la realidad sobre las formalidades.

Aludiendo que a través de este medio de control se busca el restablecimiento de derechos propios de una relación laboral para quienes lograran demostrar, que fue disfrazada por la administración en un contrato estatal. Añadiendo que el restablecimiento del derecho es el resultado de la nulidad del acto administrativo una vez se haya ejecutoriado la sentencia que declare dicha situación y desaparezca del mundo jurídico el acto administrativo, teniendo como efecto que se reconozca y pague las prestaciones sociales que el contratista dejó de percibir, igualmente a la indemnización a la que haya lugar. Pues en la ejecución del contrato estatal se produjo elementos constitutivos de un contrato de trabajo teniendo así derecho a las mismas prestaciones que percibe el personal de planta cuando este fue vinculado como empleado público. En virtud de ello unificar jurisprudencia en la materia para reconocer prestaciones sociales y salariales, con el fin de brindar reglas más ventajosas para quienes acudan a este tipo de jurisdicción.

El Consejo de Estado en la mencionada sentencia fijó unas reglas jurisprudenciales que se deben tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho al momento de acceder a las pretensiones de la demanda, las cuales son las siguientes:

- i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y el pago de las prestaciones derivadas de ésta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.
- iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.
- iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).
- v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.
- vi) El estudio de la prescripción en cada

caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. viii) El consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho. ix) El ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados. (Consejo de Estado, 52001-23-33-000-2013-00103-01(1296-14), 2021).

La Sección Segunda de este Tribunal destacó que las prestaciones sociales y salariales dejadas de percibir por el contratista no son posibles ser reconocidas a título de reparación integral de perjuicios, debido a que como se ha dicho se admiten como efecto de la nulidad del acto administrativo que negó dicho reconocimiento, esto es que la situación y derechos cercenados vuelven a su estado inicial, en igualdad de condiciones que quienes fueron vinculados por una relación legal y reglamentaria, en vista de la práctica fraudulenta de la administración.

En resumen, la nulidad y restablecimiento del derecho es el principal medio que el Consejo de Estado ha puesto a disposición del actor (demandante) para solicitar el restablecimiento de derechos y el pago de perjuicios ocasionados por actos administrativos ilegales, a pesar de que las prestaciones no sean reconocidas a título de reparación integral. Para accionar esta herramienta no hay necesidad de agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, pero se debe tener en cuenta que para ser uso de ella sólo podrá invocarse dentro de los cuatro (4) meses a partir de la publicación del acto y no tiene nada que ver con el término de prescripción de derechos subjetivos de tres (3) años contados a partir de la terminación del vínculo contractual.

3.6.2. Reparación Directa

Por su parte, la reparación directa es el medio de control para perseguir la responsabilidad extracontractual del estado, es decir que se escoge cuando el daño es proveniente de un hecho, acción, omisión, operación administrativa, ocupación temporal o permanente de obra pública o cualquier otra acción estatal diferente a las realizadas en un acto administrativo o contrato estatal. El fin de esta herramienta es la declaración de responsabilidad del Estado y la indemnización de

perjuicios. El fundamento constitucional de este instrumento es el artículo 90, que indica que el Estado será responsable patrimonialmente por daños antijurídicos derivados de la acción u omisión de sus instituciones públicas y podrá repetir contra el agente que con su conducta dolosa o culposa produjo la responsabilidad y posterior pago de los daños. Este mecanismo está establecido en el artículo 140 del CPACA, haciendo referencia a lo siguiente:

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño. (Ley 1437, 2011, art. 140).

La Ley ha establecido para este medio un término de caducidad de 2 años acaecidos a partir del día siguiente al acontecimiento. La legitimación de la acción es restringida, solo acuden los interesados por lo que nadie excepto este puede interponerlo. El juez al momento de evaluar el caso en concreto tiene que tener en cuenta el daño, la falla en el servicio (hecho, acción, omisión, operación administrativa, ocupación) y el nexo causal. La Sección tercera de la corporación en mención en Sentencia con radicado número: 25000-23-26-000-2011-01507-01(48464), del diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020) y con ponencia de la Consejera María Adriana Marín se manifestó que la reparación directa tiene el propósito de indemnizar perjuicios procedentes de las siguientes situaciones:

i) un acto administrativo particular que haya sido objeto de revocatoria directa o ii) de uno de carácter general que hubiese sido anulado, con todo, “si la causa directa del perjuicio no es el acto administrativo anulado, sino un acto administrativo particular expedido a su amparo, debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debido [a] que sólo a través de ella puede destruirse la presunción de ilegalidad que lo caracteriza”. (Consejo de Estado, 25000-23-26-000-2011-01507-01(48464), 2020).

Este mecanismo para la Sección Tercera es una acción procesal adecuada para lograr la reparación del daño sufrido por la nulidad de un acto administrativo que era beneficioso para el accionante. En la Sentencia anteriormente citada se advierte que esta acción sólo procederá siempre y cuando no se controvierta la legalidad de acto administrativo. El Consejo de Estado en múltiples jurisprudencias ha manifestado que no es procedente la reparación directa para reclamar

indemnizaciones provenientes de los efectos jurídicos del acto que negó el pago prestaciones provenientes de desvirtuar una relación laboral, pero la Sala tercera de esta misma corporación dejó de precedente⁴ al analizar la situación de una accionante quien demandó a la Nación - Ministerio de Salud y de la Protección social por perjuicios derivados de una acto administrativo de carácter general que contenía la supresión y liquidación de la ESE para la cual prestó sus servicios por varios años de forma continua y bajo subordinación. El acto de liquidación de la ESE impidió que la demandante reclamara el pago de prestaciones sociales e indemnización a la que tenía derecho. La Sala pone de presente que la acción de reparación directa si era procedente puesto que, el daño si provenía de un acto administrativo general que impidió en sede judicial adelantar la reclamación a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.6.3. Controversias Contractuales

El medio de control de controversias contractuales tiene como presupuesto la existencia de un contrato estatal, este instrumento permite demandar por cumplimiento, incumplimiento, restitución, ejecución, liquidación, inexistencia del contrato y la terminación de un contrato estatal. En esencia quien puede demandar por este medio son las partes del contrato, sin perjuicio que se amplió la legitimación en la causa cuando se busque la nulidad absoluta del contrato. Este mecanismo está establecido en el artículo 141 del CPACA, haciendo referencia a lo siguiente:

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes. (Ley 1437, 2011, art. 141).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 2020, Radicado número: 25000-23-26-000-2011-01507-01(48464), C.P. María Adriana Marín. Igualmente, en Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de julio de 2020, Radicado número: 25000-23-26-000-2011-01442-01(53238).

El tiempo de caducidad para presentar esta herramienta es de dos (2) años de caducidad contados a partir del día siguiente de los hechos como lo señala el inciso 1 del literal J numeral 2 del artículo 164 del CPACA. El órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo ha señalado que las controversias que no provienen de un contrato de trabajo y que se encuentren presentes entidades públicas deben tramitarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por lo que quedaba excluida la posibilidad de interponer el medio de controversias contractuales. A pesar de esto la Corte Constitucional recuerda cómo la Sección Segunda del Consejo de Estado, en oscuro fallo de Tutela contra providencia judicial de 25 de febrero de 2016, Expediente 1001031500020160014000, dejó sin efectos un fallo del Tribunal Administrativo del Huila, donde aquel se inhibió al considerar que la acción propuesta por el accionante no era la idónea para reclamar la existencia de un contrato realidad y los efectos que conlleva. En la decisión comentada se menciona que la Subsección A de dicha Sección, afirmó que la acción era procedente en razón de que si se puede declarar la existencia de contratos estatales como también la nulidad de estos entre otras circunstancias.⁵

3.7. Realidades que enfrenta el contrato de prestación de servicios en la actualidad

La realidad social del contrato de prestación frente al abuso que padece en su mayoría son por parte del Estado, a pesar de que en La Carta Política de 1991 estableció en su artículo 1; que Colombia es un Estado Social de Derecho el cual a través de sus principios de manera específica protegen los derechos fundamentales, ligados al respeto de la dignidad humana y para el caso especialmente de los derechos del trabajador, en su artículo 53, dispuso:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la

⁵ Al respecto menciona la Corte Constitucional que “Las decisiones proferidas por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado referenciadas en los puntos 48, 49 y 50 de esta providencia no constituyen el criterio unificado por la Sala Plena de esa Corporación (...) empero, al tratarse de pronunciamientos del órgano de cierre y especializado en la materia, son relevantes para el presente estudio en la medida que evidencian que no existe una postura única y unificada sobre la materia y, por tanto, es viable resolver de fondo las reclamaciones relacionadas con prestaciones sociales, aun cuando fueron formuladas a través de la acción de controversias contractuales.” (Corte Constitucional, T-031, 2018)

maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 53)”

El Estado siempre tiene el deber de asumir los roles más complejos, el que más destaca es el de ser empleador de un grupo de extenso de talento humano, lo que lo convierte en los empleadores más relevantes dentro de una zona específica, siendo aplicables así los principios y leyes laborales como a cualquier otro empleador, encontrando una marcada diferencia con una relación laboral, ya que su generalidad se conforma a partir de diferentes vinculaciones contractuales, pudiendo el Estado admitir otras. Por lo que es objeto de mayores discusiones la vigencia de la relación jurídica de los principios generales del derecho del trabajo que se protegen desde un plano nacional e internacional.

Si bien existen principios constitucionales, en la materialización se han ocasionado una serie de dificultades y vulneraciones en cuanto a los derechos del trabajador pasando por alto este amparo constitucional, que tienen protección especial, donde podrán reclamar sus derechos por medio de la Acción de Tutela, cuando considere vulneración de sus intereses por parte del empleador derivados de una relación de trabajo. Tales garantías no producen efectos jurídicos cuando se da trámite a su juzgamiento a pesar de que es una realidad jurídica e histórica, que no proviene de una postura legislativa reciente, sino que expresa tradiciones jurídico-administrativas de los profundos cambios políticos y sociales vividos hasta el día de hoy.

Las mencionadas vulneraciones traen consecuencias negativas para el talento humano contratado por dicha modalidad, denotando de manera latente la desigualdad que enfrentan con respecto a los demás funcionarios, en razón de todas las diferencias expuestas anteriormente, pues solo dan uso del contrato de prestación de servicios como una forma de huir del derecho del trabajo y así evadir realidades económicas que una verdadera relación laboral implica.

Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha referido que los contratos de prestación de servicios, siendo una figura legal, empleada tanto por empresas públicas como privadas, ha generado una verdadera vulneración frente a los derechos de los trabajadores, ocasionando un vacío legal que permite que se abuse y se haga caso omiso a un verdadero contrato laboral, contrato que consiste en desarrollar actividades relacionadas conforme al funcionamiento o con la administración de las entidades que requieren de conocimientos cualificados en áreas específicas, donde solo se pueden realizar con personas naturales y para actividades que el personal

de planta no puede llevar a cabo por no contar con los conocimientos, sin generar relación laboral ni prestaciones sociales, por consiguiente, este convenio genera una simulación al estipular un contrato de prestación de servicios, dando lugar al trabajador a exigir sus derechos vulnerados.

Figura de contratación que presenta muchas desventajas, al encubrir verdaderas relaciones laborales; siempre que existirán más garantías en un contrato laboral, que, en un contrato de prestación de servicios, si bien es cierto los contratistas gozan de autonomía, pero de igual manera no se puede comparar a las garantías que accede el personal de planta, como lo son los créditos para vivienda, estudio, libre inversión; estabilidad laboral entre otras.

Por último, el ordenamiento jurídico colombiano debe centrar su potestad en la validez y eficacia de las normas estipuladas, debido a que, en el desarrollo de la aplicación y exigencia del mismo procedimiento se queda corto. En ese sentido, el Estado como principal garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos debe considerar minuciosamente el control y la prevención de la adaptación de los contratos de prestación de servicios, y evitar su mal uso, para así dejar de seguir desatando desequilibrios entre lo dispuesto frente a la teoría y la práctica, siendo recomendable constituir un ente de control específico que tenga como principal objetivo velar porque los entes gubernamentales cumplan con lo dispuesto en el objeto del contrato de prestación de servicios, con el ánimo de evitar vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores dispuestos en la legislación, las convenciones o tratados que Colombia haya ratificado con el mismo objetivo.

CONCLUSIONES

Fue eficaz examinar las Reglas de Unificación del Consejo de Estado entre los años 2020 a 2023, al resultar útiles para impulsar a futuro, un cambio en la práctica de encubrir relaciones laborales a través de contratos de prestación de servicios, pues la jurisprudencia estudiada frente al vínculo laboral creado por medio de este tipo de contratos en el sector público, indica que se debe ejercer un control idóneo que proteja los derechos salariales y prestacionales de tales trabajadores.

Por las reglas estudiadas, el Juez, está en la obligación de declarar la existencia de una relación laboral apoyado en el principio de la primacía de la realidad, sin importar que dicho vínculo se origine en un contrato de prestación de servicios, solo por la simple configuración del hecho cumplido. El Consejo de Estado ha aludido que al declarar una relación laboral no implica que el contratista adquiera la condición de trabajador oficial u empleado público.

Las reglas de unificación del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo tienen por objetivo principal garantizar la correcta aplicación e interpretación de la Constitución, la Ley y los reglamentos en situaciones con los mismos supuestos fácticos y jurídicos, tales esfuerzos aún no han resultado eficaces para cambiar la actual realidad, por más de establecer criterios para identificar una verdadera relación laboral, e incluso proferir repetidas condenas a entidades públicas por sobrepasar los límites de la Ley 80 de 1993, sin dejar de lado los pronunciamientos que han realizado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral respecto al mismo tema.

El contrato de prestación de servicios tiene como principal característica ejecutar actividades especializadas conforme al objeto del contrato y bajo el término indispensable pactado para cumplir la acción. El contratista goza de plena voluntad e independencia para desarrollar sus tareas las cuales no tienen ánimo de permanencia, pero bajo la lupa del principio de la primacía de la realidad, en algunos eventos este tipo de contratación pretende encubrir una verdadera relación laboral que tiene como consecuencia omitir el pago de factores salariales y prestacionales.

Al señalar la dualidad de las jurisdicciones estudiadas, tanto la laboral como la administrativa, según la clasificación que la Constitución hace de los servidores públicos, algunos tendrán calidad de empleados públicos con vinculación legal y reglamentaria y otra calidad de

trabajadores oficiales con relación contractual, siendo diferentes la forma de ingresar al servicio, el régimen jurídico laboral aplicable, y el derecho a la negociación colectiva y a la huelga. Por lo anterior si se presentan eventos de conflicto laboral derivados de una vinculación contractual, serán entonces de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral, propia de los trabajadores oficiales.

El artículo 2 del C.P.T.S.S. establece que la jurisdicción ordinaria laboral tiene competencia sobre los conflictos derivados directa o indirectamente del contrato de trabajo. En contraste, el artículo 155 del Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), asigna a los Jueces Administrativos la responsabilidad de casos de nulidad y restablecimiento del derecho laboral no vinculados a un contrato de trabajo.

Para los procesos de contratistas con características de trabajadores oficiales, deben seguir el trámite del procedimiento ordinario del artículo 144, 74 y siguientes del CPTSS, con competencia general del Juez Laboral del circuito o excepcionalmente el Juez Civil del Circuito en ausencia de un Juez Laboral. La consulta obligatoria se aplicará cuando las sentencias de primera instancia sean desfavorables a la Nación, Departamentos, Distritos, Municipios u otras entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, conforme al artículo 69 del CPTSS. Y en los conflictos de una vinculación legal y reglamentaria, cuando se trata de empleados públicos, la competencia será la de la jurisdicción contenciosa - administrativa.

A causa de la responsabilidad contractual del Estado, el contratista afectado puede acudir ante el aparato judicial, mediante los medios de control, en primer lugar, podrá recurrir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, según el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, para impugnar actos administrativos particulares y concretos, cualquier persona afectada en sus derechos puede solicitar la nulidad de un acto administrativo y el restablecimiento de sus derechos, así como la reparación del daño causado. El agotamiento de la vía gubernativa, la caducidad y la conciliación extrajudicial son requisitos de procedibilidad, pero, en casos de contratos realidad, la conciliación no es obligatoria, y la caducidad no aplica a la reclamación de los aportes pensionales, por ser imprescriptibles.

En segundo lugar, podrá acudir al medio de reparación directa, regulada por el artículo 140 del CPACA, para reclamar la responsabilidad extracontractual del Estado por daños antijurídicos derivados de acciones u omisiones de sus agentes, este medio no procederá cuando el daño

proviene de la nulidad de un acto administrativo, a pesar de que el Consejo de Estado ha reconocido la reparación directa en casos de actos administrativos que afectan derechos laborales. Para recurrir a este medio se deberá demostrar la falla en el servicio, el daño antijurídico, y el nexo causal, que no es fácil de probar o en algunos casos conseguir.

En cuanto a las controversias contractuales, reguladas por el artículo 141 CPACA, resuelve conflictos relacionados con la existencia, nulidad, cumplimiento, incumplimiento, restitución, ejecución, liquidación, inexistencia o terminación de contratos estatales, la Corte Constitucional en sede de Tutela en Sentencia T-031 de 2018, señaló que este medio para contratos realidad es procedente, a pesar de que no es procedente según la posición del Consejo de Estado.

Con respecto al gobierno actual, encabezado por el Presidente Gustavo Petro Urrego tiene un reto enorme frente a los contratos de prestación de servicios que encubren una verdadera relación laboral. Si bien es cierto, ha propuesto una transición a la formalización del empleo público para limitar la contratación por contratos de prestación de servicios en entidades públicas, para que aquellos se conviertan en trabajadores oficiales y empleados públicos, con el fin de que sus derechos no sean vulnerados.

Resaltando la emisión de la Circular Conjunta 01 de 2023 del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, que ordena a la Rama Ejecutiva limitar el tiempo de contratación mediante contratos de prestación de servicios a solo cuatro meses. A raíz de que es deber del Estado garantizar la estabilidad y la seguridad laboral de los derechos fundamentales de los trabajadores, además de tomar medidas adecuadas para la vinculación del talento humano con la finalidad de disminuir la tasa de desempleo que ha venido aumentando hasta el día de hoy.

RECOMENDACIONES

Frente al problema planteado dentro de la presente investigación sobre las reglas de Unificación expuestas por el Consejo de Estado, con respecto a las formas de vinculación laboral en el sector público subyacentes a los contratos de prestación de servicios, se logra demostrar que las posturas de los organismos de control y jurisdiccionales que tienen como fin dar solución a este tipo de controversias, no han sido viables ni eficaces, debido a que, al desarrollar y aplicar las exigencias de los mismos procedimientos junto a la normas y las reglas mencionadas, se quedan cortas.

En este sentido, para llegar a aportar las siguientes recomendaciones se ha partido desde el punto de vista fáctico y jurídico de los resultados obtenidos de este análisis, los cuales permitieron comprender la situación en la que muchos contratistas se encuentran dentro de las entidades públicas donde se realizan el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales a través de contratos de prestación de servicios, dichas prácticas son repudiadas tanto por el Consejo de Estado, como por la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al considerarlas una violación sistemática de los derechos consagrados en la Constitución.

Por lo expuesto previamente, se efectúan las siguientes recomendaciones:

1. Impulso de una política pública para las buenas prácticas dentro de la contratación con entes del Estado.

El Gobierno tiene como principal finalidad cumplir con los fines del estado y entre estos se encuentran garantizar los derechos consagrados en la Constitución. Por ende, para solucionar la problemática planteada es necesario que el Gobierno realice no sólo la formulación de una circular, sino una política pública con la intervención y coordinación de todos los actores para el desarrollo y promoción de buenas prácticas dentro de la administración pública.

Una política pública idónea y eficaz para abordar temas como la subyacencia u ocultamiento de relaciones laborales a través de otras formas de vinculación con el Estado es necesaria, puesto que señalaría una hoja de ruta que atenderá pautas, realizará acciones, implementará instrumentos y procedimientos apoyados en recursos suficientes para evitar prácticas engañosas, caprichosas e intolerables en la administración pública.

Este tipo de herramienta no debe perseguir que sea transitoria como otros instrumentos que buscaron dignificar el empleo que solo abarcan una parte de la administración pública, por el contrario, debe ser una política que aborde todos los sectores del Estado, dado que no únicamente se encuentra en un sector en específico y por lo tanto sería la primera respuesta del Gobierno para acabar con estas prácticas que violan sistemáticamente derechos laborales.

2. Creación de un ente de control que tenga como principal objetivo velar porque los entes estatales cumplan con lo dispuesto en el objeto del contrato de prestación de servicios.

El Estado como principal garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos debe considerar el control, vigilancia, supervisión y prevención en la adaptación de los contratos de prestación de servicios como modalidad directa de contratación, siendo recomendable constituir un ente de control específico que tenga como objetivo velar porque las entidades públicas ejecuten lo dispuesto en el objeto del contrato de prestación de servicios, con el ánimo de evitar vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Para que el Gobierno realice la creación de un nuevo ente de control público es necesario que se inviertan recursos del Estado, que al final no solo será una inversión sino un beneficio, que evitara la disminución de actuaciones y condenas judiciales que llevan un gran desgaste en tiempo y recursos económicos para las entidades públicas, los contratistas y los contribuyentes. Recomendando así que las Entidades Públicas con el objetivo de evitar la mala praxis que hasta el momento vienen realizando tendrán que crear dependencias que se encarguen del análisis, evaluación, necesidad del servicio, las características, especificaciones, riesgos, garantías, condiciones, temporalidad, funciones, pago, plazos y formas de entrega, como el seguimiento a anomalías y demás requerimientos.

3. Creación de una Superintendencia del Trabajo que tenga como fin la inspección, vigilancia y control de los contratos de Prestación de Servicios como medio de contratación directa con el Estado.

El contrato de prestación de servicios representa aproximadamente el 85,95% dentro de la administración pública según el reporte de datos obtenidos por Colombia Compra Eficiente del

Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) durante los tres primeros meses del año 2023.⁶ Al ser la administración pública una de las mayores fuentes de empleo en Colombia mediante este tipo de modalidad, resulta claro que no está exenta de irregularidades, por lo que se tiene que acudir a un Juez a resolver la controversia para reclamar derechos adquiridos en virtud del contrato de prestación de servicios. Por lo tanto, es indispensable la supervisión de aquellos con el fin de cotejar y prevenir que se oculten verdaderas relaciones laborales.

El Gobierno Nacional tiene la obligación de inspeccionar y vigilar ciertas actividades, en consecuencia, debería atender este tipo de conflictos a través de la creación legal de un organismo público que ayude a inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades públicas cuando se realicen contrataciones de personas naturales mediante órdenes de prestación de servicios. Lo anterior se podría realizar por medio de una superintendencia atendiendo lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales de las Altas Cortes. Al lograr la estrategia técnica y jurídica planteada, además de obtener costos, proyecciones oportunas y eficientes, se podría superar los conflictos frente a los principios, reglas, derechos y necesidades laborales que enfrentan los contratistas, las entidades públicas y la justicia, hoy en día.

⁶ “Según Stalin Ballesteros, quien en la fecha fungía como Director General de la agencia, en el año 2023 las entidades del estado han contratado por medio de prestación de servicios a 85.952 personas naturales, de las cuales 49.377 han sido mujeres y 36.575 hombres”. No se disponen de datos más recientes. (Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, 2023)

ERRORES COMETIDOS Y APRENDIZAJE LOGRADO EN EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

En esta investigación se tuvieron que corregir varios errores, el primero de ellos fue la estructura del problema de investigación teniendo en cuenta los efectos primarios y secundarios de la problemática en relación con la realidad que se pretendía investigar, así como darle una coherencia y cohesión, en razón de que la obtención de información más actual, permitió definir que las bases del análisis se encontraban limitadas y algunas de ellas eran poco confiables.

El segundo de los errores cometidos durante el desarrollo del análisis fue la delimitación temporal y espacial la cual en un principio no contaba con esta y en consecuencia desbordaba el presente estudio. Este tipo de información es importante en cualquier investigación y principalmente en esta monografía, enfocada en el estudio más fácilmente en circunstancias específicas de la realidad a investigar, la delimitación temporal, espacial y la información a recolectar.

El tercer error cometido fue atinente a las técnicas e instrumentos para la recolección de información, considerando que inicialmente se proponía adelantar una encuesta de una muestra poblacional de contratistas vinculados al sector público local y regional. Este instrumento que al inicio de la investigación lucía pertinente a raíz de que la aplicación de las mismas si bien son importantes porque a través de estas reúne y modera la información de una forma más organizada, confiable para cumplir los objetivos planteados, obtener respuestas, evaluar resultados y tomar decisiones de una manera hábil y eficaz, desbordaba los objetivos planteados, entre las necesidades de estas técnicas es poder desarrollar la investigación de forma clara y específica.

El aprendizaje logrado con el desarrollo de la investigación no solo fue a nivel académico sino también personal, al permitirnos profundizar en conceptos adquiridos en la academia y lograr aclarar dudas, errores, evaluar el progreso de nuestro conocimiento, transformándose en nuevas habilidades que nos servirán tanto en la vida profesional como personal. pero que también nos permite evaluarnos como personas conscientes de la problemática que muchos contratistas viven diariamente y que tenemos la posibilidad en nuestras manos como futuras abogadas de cambiar y transformar las situaciones o vivencias que padece el talento humano dándole la oportunidad de defender sus derechos y proponiendo alternativas para evitar graves quebrantamientos de sus

derechos, siendo satisfactorio el deber de poder ayudar a todos aquellos que padecen y cargan esa cruz a costas, también nos posibilita entrar a hacer parte de la solución desde los dos lados del conflicto y no solo quedarnos viendo desde la línea final.

REFERENCIAS

- Acceso a la Justicia. (s.f.). *Intuitu Personae*. <https://accesoalajusticia.org/glossary/intuitu-personae/>
- Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. (2023). <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/las-mujeres-tienen-el-5744-de-la-contratacion-estatal-en-prestacion-de>
- Cárdenas Vargas, J. (2016). *Desarrollo actual del contrato de prestación de servicios por parte de las entidades públicas en Colombia a la luz de la normativa que lo regula*. [Trabajo de Especialización]. Universidad La Gran Colombia. https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3781/Prestaci%C3%B3n_servicios_entidades_p%C3%ABlicas.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (17 de julio de 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (23 de septiembre de 2004). Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. [Ley 909 de 2004]. DO: 45.680. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0909_2004.html
- Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Congreso de la República de Colombia. (27 de diciembre de 2002). Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se

otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República. [Ley 790 de 2002]. DO: 45.046. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0790_2002.html

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de la República de Colombia. (30 de junio de 2022). Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones. [Ley 2220 de 2022]. DO: 52.081. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2220_2022.html

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. (12 de septiembre de 2023). Auto Expediente 11001-03-15-000-2023-00857 [C.P.: Giraldo López O.] [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/271/11001-03-15-000-2023-00857-00\(B\)U%20SV%20RAO%20Y%20MBM.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/271/11001-03-15-000-2023-00857-00(B)U%20SV%20RAO%20Y%20MBM.pdf)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (9 de junio de 2011). Sentencia 85001-23-31-000-2005-00571-01 (1457-08) [C.P.: Rodríguez Naranjo, R.] [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/85001-23-31-000-2005-00571-01\(1457-08\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).pdf)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, (3 de diciembre de 2014). Auto 2012-00297, Radicado 51195 [C.P.: Gil Botero, E.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (26 de mayo de 2016). Sentencia 68001-23-31-000-2000-01400-01 (3091-13) [C.P.: Valbuena Hernández, G.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (25 de agosto de 2016). Sentencia 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16 [C.P.: Perdomo Cuéter, C.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (20 de septiembre de 2018). Sentencia 20001-23-33-000-2012-00222-01 (1160-15) [C.P.: Hernández Gómez, W.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. (28 de marzo de 2019). Sentencia 11001-03-25-000-2017-00910-00 (4857) [C.P.: Hernández Gómez, W.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (19 de junio de 2020). Sentencia 25000-23-26-000-2011-01507-01 (48464) [C.P.: Marín, M.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (31 de julio de 2020). Sentencia 25000-23-26-000-2011-01442-01 (53238) [C.P.: Marín, M.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (8 de octubre de 2020). Sentencia 08001-23-33-000-2014-90305-01 (2143-19) [C.P.: Perdomo Cuéter, C.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (9 de septiembre de 2021). Sentencia 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) CE-SUJ2-025-21 [C.P.: Suárez Vargas, R.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (18 de noviembre de 2021). Sentencia 52001-23-33-000-2013-00103-01 (1296-14) [C.P.: Suarez Vargas, R.] <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, Sección Segunda. (11 de noviembre de 2021). *Unificación de jurisprudencia sobre contratos de prestación de servicios no prohíbe ni restringe su celebración, aclaró la Sección Segunda del Consejo de Estado.* <https://www.consejodeestado.gov.co/news/index-16.htm>

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Gaceta Constitucional No. 116, 20 de julio. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (12 de febrero de 2018). Sentencia T-031 [M.P.: Reyes Cuartas, J.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-031-18.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de mayo de 2018). Sentencia SU-040 [M.P.: Pardo Schlesinger, C.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU040-18.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de agosto de 2021). Auto 491 [M.P.: Ortiz Delgado, G.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2021/A491-21.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (19 de marzo de 1997). Sentencia C-154 [M.P.: Herrera Vergara, H.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-154-97.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (2 de septiembre de 2009). Sentencia C-614 [M.P.: Pretelt Chaljub, J.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-614-09.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de julio de 2012). Sentencia C-588 [M.P.: González Cuervo, M.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-588-12.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (14 de diciembre de 2007). Sentencia SP 29332 [M.P: Gnecco Mendoza, G.]. <https://cortesuprema.gov.co/sala-laboral-relatoria/>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (14 de marzo de 2018). Sentencia SL 781-2018. Radicación 47852. [M.P: Dix Ponnefz, D.]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/reiteraciones%20DL/SL781-2018.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (15 de febrero de 2011). Sentencia SL 40273 [M.P: Molina Monsalve, C.]. <https://cortesuprema.gov.co/sala-laboral-relatoria/>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (25 de marzo de 2015). Sentencia SL 4816-2015. Radicación 45303. [M.P. Dueñas Quevedo, C.] <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bjun2015/SL4816-2015.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (8 de junio de 2011). Sentencia SP 35157 [M.P: Gnecco, G.]. <https://cortesuprema.gov.co/sala-laboral-relatoria/>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (18 de agosto de 2020). Función Pública - Generalidades. [Concepto 469331 de 2020]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=146698>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (5 de enero de 2023). Lineamientos para la celebración de contratos de prestación de servicios previstos en el artículo 2, numeral 4, literal H, de la Ley 1150 de 2007 - Vigencia 2023. [Circular Conjunta 01 de 2023]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=200243>

García Márquez, G. (1967). *Cien años de soledad*. Editorial Sudamericana.

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 1978. C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C151

Presidencia de la República. (15 de abril de 2013). Por el cual se reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo y se dictan otras disposiciones. [Decreto 723 de 2013]. DO: 48.762.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=52627>

Presidencia de la República. (2 de febrero de 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. [Decreto 222 de 1983]. DO: 36.189.
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=140438>

Presidencia de la República. (24 de junio de 1948). Sobre los procedimientos en los juicios del Trabajo. Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. [Decreto Ley 2158 de 1948]. DO: 26.773.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimental_laboral.html

Presidencia de la República. (26 de diciembre de 1968). Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. [Decreto Ley 3135 de 1968]. DO: 32.689.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1567>

Presidencia de la República. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. [Decreto 1082 de 2015]. DO: 49.523.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653>

Presidencia de la República. (5 de agosto de 1950). Sobre el Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto Ley 2663 de 1950]. DO: 27.407.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Presidencia de la República. (7 de junio de 1978). Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones. [Decreto 1042 de 1978]. DO: 35.035.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66581>

ANEXOS
FICHAS DE ANÁLISIS DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE
ESTADO.

Anexo 1. Ficha Jurisprudencial No. 1 Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021.

1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN	
Número	05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) SUJ-025-CE-S2-2021
Fecha	9 de Septiembre de 2021
Consejero Ponente	Rafael Francisco Suárez Vargas
Sala de Decisión	Sala de lo Contencioso - Administrativo - Sección Segunda
1.2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES (HJR)	
<ol style="list-style-type: none">1. La demandante trabajó como abogada al servicio de la Personería de Medellín (Unidad Permanente para los Derechos Humanos) desde el día 29 de diciembre de 2005 hasta el 2 de enero de 2012, las funciones que adujo fueron permanentes.2. Fue contratada a través del Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM), con el cual celebró múltiples y sucesivos contratos de prestación de servicios. No obstante, dicho instituto no guarda ninguna relación con las actividades de la Personería, este solo fue un mero intermediario.3. Ejerció sus funciones en horario fijado por la Personería de Medellín, dentro de los tres turnos establecidos para garantizar la prestación del servicio durante las 24 horas del día, además de trabajar, según la necesidad, los sábados, domingos y festivos4. Fue supervisada, dirigida, controlada y vigilada por el personero delegado a cargo, quien fungía como su jefe inmediato, impartiendo órdenes de forma habitual y autorizando los permisos que solicitaba. Además, la entidad le exigía tener disponibilidad permanente para la prestación del servicio.5. El 7 de noviembre de 2012, la demandante solicitó a la Personería de Medellín y al Instituto Tecnológico Metropolitano el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones que se derivaran de este; sin embargo, ambas entidades, negaron dicha petición.	

6. El 14 de febrero de 2013, la demandante volvió a insistir ante ambas entidades y de la misma forma respondieron nuevamente de forma negativa.
7. El apoderado del organismo se opuso a todas las pretensiones de la demanda, para lo cual alegó que la demandante no desempeñó funciones permanentes como abogada a su vez propuso como excepciones: Falta de legitimación en la causa por pasiva, Ausencia de causa para demandar, Buena fe, No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, Inexistencia de la obligación, Legalidad de los actos administrativos, Compensación, Prescripción y caducidad.
8. Con base a lo anterior la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia condena a la Personería de Medellín reconocer y pagar a la demandante las prestaciones sociales dejadas de percibir dentro de los periodos que se ejecutaron los contratos, de la misma manera la entidad demandada debe pagar a la demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios debidamente indexado y niega las demás pretensiones.
9. Tanto la parte demandante como la parte demanda interpusieron recurso de apelación argumentado; el apoderado de la demandante solicitó la modificación del numeral tercero de la sentencia, al considerar que debe condenarse a la entidad al pago de las prestaciones sociales causadas entre el 29 de diciembre de 2005 y el 2 de enero de 2012 al existir una relación única laboral, de la misma el apoderado del organismo insistió en la falta de legitimación en la causa por pasiva de su representado y en la necesidad de vincular al municipio de Medellín.

1.3. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA CORTE (PJC)

1. ¿Entre la demandante y la Personería de Medellín-municipio de Medellín existió una relación laboral encubierta o subyacente mediante contratos estatales de prestación de servicios? ¿De ser así, si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales?
2. ¿En caso de comprobarse la relación laboral, determinar, conforme a la ley y a la jurisprudencia del Consejo de Estado, sí debe declararse la prescripción extintiva frente a alguno o todos los periodos de vinculación de la demandante?

3. ¿Si resulta procedente ordenar la devolución de los aportes efectuados por la demandante, como contratista, al sistema de la Seguridad Social en salud?

1.4. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA EL CASO

1. Constitución Política de 1991
2. Ley 80 de 1993
3. Ley 1150 de 2007
4. Decreto 1082 de 2015

1.5. DECISIÓN

PRIMERO. Unifica la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con precisión en las reglas conforme a las actividades laborales encubiertas o subyacentes;

- La primera regla está relacionada con la función del contratista la cual deberá estar estrictamente justificada la necesidad con la prestación de servicios, a favor de la entidad de manera específica conforme con los estudios previos y el objeto contractual; que justifique el término de la obligación con el contratista la cual deberá ser temporal, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993.
- La segunda regla está relacionada con la ejecución y con la solución de continuidad del contrato, es decir que debe establecerse un periodo de (30) días hábiles, para dar comienzo a un nuevo contrato.
- La tercera regla está relacionada con los aportes que el contratista realizó al sistema de la seguridad social en salud, cuando a la administración le corresponde la afiliación y realizar los respectivos aportes los respectivos aportes, con respecto a ello no procede la devolución de los montos aportados al sistema dado a que los recursos son de naturaleza parafiscal.

SEGUNDO. Modifica los ordinales tercero y cuarto de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, quedarán de la siguiente manera:

- **TERCERO:** la personería de Medellín deberá reconocer y pagar a la demandante las prestaciones sociales dejadas de percibir entre el 29 de diciembre de 2005 y el 30 de

diciembre de 2011, conforme al valor pactado en los contratos suscritos, la totalidad del tiempo laborado se computará para efectos pensionales.

- **CUARTO:** Condena a la entidad demandada, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional 144 de la demandante, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la demandante y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, en el porcentaje que le correspondía como empleador. La demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, deberá cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora.

TERCERO. Niega las pretensiones subsidiarias presentadas en la apelación.

CUARTO. Confirma en todo lo demás la sentencia recurrida, por las razones expuestas en esta providencia.

QUINTO. Sin condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. Advierte a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente vinculante en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 270 y 271 ibídem, para todos los casos en estudio, tanto en vía administrativa como judicial, excepto los que hayan hecho tránsito a la cosa juzgada.

2. ARGUMENTOS JURÍDICOS

2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE REALMENTE RESUELVE LA CORTE (PJR)

¿Las entidades estatales dan cumplimiento a lo concertado en la normatividad dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico colombiano con respecto a los elementos propios de contrato típico de prestación de servicios, por ende, cuando el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades se reconoce, es viable efectuar la devolución de los aportes realizados por el contratista al sistema de salud?

2.2. RATIO DECIDENDI (RD)

La sala de lo contencioso administrativo ha predispuesto que el contrato de prestación de servicios, es uno de los instrumentos más fundamentales en la Administración de la gestión pública y de la ejecución presupuestal, en vista de que, satisface, garantiza, asegura el cumplimiento de los objetivos esenciales del Estado. No obstante, los entes estatales han concurrido al uso indiscriminado de esta modalidad, por ende, ha vulnerado continuamente la Constitución Política y los principios de la Nación enfocados en el trabajo, la justicia y la igualdad, transgrediendo los afianzamientos especiales que acogen al vínculo laboral.

Asimismo, si, en el artículo 53 de la constitución política estipula como derechos fundamentales de los trabajadores la igualdad de oportunidades, la remuneración las, prestaciones sociales establecidos en las normas laborales, lo anterior, permite exigir al legislador materializar el principio conducido en la primacía de la realidad sobre formalidades, entendida desde la perspectiva de conformidad de condiciones como salario igual por un trabajo de igual, de tal manera esta formalidad en algunas ocasiones subyace en una auténtica relación de trabajo, dando lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la entidad.

El contrato de prestación de servicio se encuentra definido en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estos acuerdos son celebrados con personas naturales o jurídicas, dentro del mismo, deben justificar la necesidad del cumplimiento de estas funciones laborales, cuyo desarrollo no pueden ser ejecutados por los trabajadores de planta, y requieren de conocimientos especializados, a su vez, el contratista debe conservar un alto grado de autonomía para la ejecución de la actividad, por la cual, se ha requerido de su servicio, de la misma manera, se debe estipular el término de prescripción y momento a partir de la fecha de iniciación laboral, el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Con respecto a esto, la ley ha señalado que este tipo de contratos no generan ningún tipo de relación laboral ni prestaciones sociales.

Sin embargo, la jurisprudencia ha dispuesto que la disposición deja de ser aplicable cuando se demuestra la configuración de los elementos de la relación laboral, estipulados en el artículo 23 del Código sustantivo de Trabajo, siendo un factor determinante la subordinación para dar cavidad la primacía de la realidad sobre las formalidades, esto ha permitido distinguir la relación

laboral de las demás prestaciones, puesto que, faculta al empleador para requerir al trabajador el cumplimiento de órdenes de este modo, la legislación ha considerado que el desarrollo de las actividades a ejecutar, corresponden a las que tienen asignadas los servidores de planta, efectuando los elementos configurativos de la relación laboral, como la actividad personal del trabajador, continua subordinación y remuneración.

Por consiguiente, al reconocer un contrato de realidad bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, los aportes realizados por los afiliados al régimen la Seguridad Social en salud son contribuciones parafiscales y, por lo tanto, no pueden ser utilizados con una finalidad distinta de la que establece el marco funcional de las instituciones de la Seguridad Social, por cuanto a ello es improcedente realizar de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que brindan apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública, de manera excepcional y temporal con cumplir con funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, cuando no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Es importante mencionar que esta disposición ha sido complementada por otras disposiciones legales y reglamentarias, entre las cuales se destacan las contenidas en el Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional, cuyo Libro 2, Parte 2, Título 1, reúne, hoy en día, la mayor parte de las disposiciones reglamentarias de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así mismo, los ententes estatales debe acudir de manera preferente, a la figura de los empleos temporales artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y, de forma subsidiaria a la de los supernumerarios artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, así las cosas, las entidades mediante estos instrumentos jurídicos deben mejorar el desarrollo de las funciones propias de las entidades y garantizan los derechos prestacionales para cada sujeto vinculado.

En el caso concreto la sala determina que no hubo configuración del contrato de prestación de servicio debido a que cumple con los elementos que hacen parte del contrato realidad,

considerando que sus funciones fueron realizadas por un horario fijado por la entidad, y la según la necesidad, de igual forma fue supervisada y dirigida por el personero delegado a cargo, quien le impartía órdenes de manera habitual

3. ARGUMENTOS NO VINCULANTES

3.1 COMENTARIO (C):

Con base a lo anterior, la legislación ha permitido enfatizar en aspectos primordiales en relación a los elementos propios de la materia a estudiar, desde, el ordenamiento jurídico colombiano como el internacional, dentro de ello, la Sala en esta oportunidad ha determinado que el contrato estatal de prestación de servicios, permite satisfacer necesidades que pueda presentar la entidad contratante a lo largo del tiempo. Sin embargo, las entidades estatales, al caer en un uso indebido de esta modalidad ha ocasionado grave afectaciones a los derechos de los trabajadores, como también transgreden la Constitución Política, lo cual, ha generado que la OIT efectúe recomendaciones en relación a la protección de los trabajadores e igualdad de condiciones; salario igual por un trabajo de igual valor. De la misma manera, los entes estatales deben acudir de manera preferente, a la figura de los empleos temporales del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y, de forma subsidiaria al artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, así, las entidades mejoraran en el desarrollo de las funciones propias de las entidades y garantizan los derechos prestacionales para cada sujeto vinculado a la administración.

Así las cosas, el Estado Colombiano, debe suscitar nuevas legislaciones enfocadas, a la prevención y sanción para las entidades que subyacen la realidad del contrato para evadir responsabilidades.

Es importante resaltar que el contratista cuenta con la capacidad de brindar acompañamiento y servicio profesional conforme a los estudios previos; enfatizados en justificar la necesidad del desarrollo de estas actividades, el contrato típico, le permite realizar su labor de manera independiente sin la necesidad de que este cumpla con un horario establecido, no obstante, debe hacerlo dentro del periodo en el cual ha sido requerido. En el mismo sentido, el empleador podrá volver a requerir al mismo contratista siempre y cuando el objeto del trabajo cambie, por consiguiente, a esto si el objeto es el mismo podrá incurrir a uno de los elementos del contrato

laboral, como mínimo tendrá un periodo de treinta (30) días hábiles para generar un nuevo contrato.

Anexo 2. Ficha Jurisprudencial No. 2 Sentencia 52001-23-33-000-2013-00103-01(1296-14)

1. MARCO DECISIONAL

1.1. IDENTIFICACIÓN

Número	52001-23-33-000-2013-00103-01(1296-14)
Fecha	18 de noviembre de dos mil veintiuno (2021)
Consejero Ponente	Rafael Francisco Suárez Vargas
Sala de Decisión	Sala de lo Contencioso - Administrativo - Sección Segunda

1.2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES (HJR)

La accionante trabajó como administradora de empresas en el departamento de Nariño, Secretaría de Educación y Cultura entre el periodo comprendido entre el 4 de mayo de 2005 hasta el 30 de diciembre de 2010, prestó sus servicios de manera personal en las instalaciones de dicha entidad, bajo constante subordinación, desempeñando las mismas actividades que funcionarios de planta del departamento que ostentan cargos similares, como contraprestación de sus servicios recibió una remuneración mensual la cual se contabilizaba bajo el título de honorarios. El 30 de diciembre de 2010 sin justificación alguna le es informado la culminación de su relación laboral con la Secretaría de Educación de Nariño por lo que la accionante decidió presentar un derecho de petición a la entidad el 25 de enero de 2012, solicitando se declare la existencia de una relación laboral con la entidad, petición que fue resuelta negativamente mediante Resolución 0277 del 15 de febrero de 2012, en vista de la negativa interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación y como consecuencia fue negada mediante las Resoluciones 1316 del 11 de mayo y 1021 del 30 de julio de 2012.

1.3. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA CORTE (PJC)

Se circunscribe a establecer si entre la señora Nelcy Dany Escobar Melo y la entidad demandada, existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devenga durante el tiempo en que permaneció vinculada contractualmente.

1.4. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA EL CASO

Constitución Política de 1991:

1. Artículo 13
2. Artículo 25
3. Artículo 53: el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales
4. Artículo 122
5. Artículo 123: servidores públicos.
6. Artículo 17 de la Ley 790 de 2002
7. Artículo 7 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973
8. Artículo 2 del Decreto 1042 de 1978
9. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993
10. Código Sustantivo del Trabajo, artículos 23 y 24
11. Numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)
12. Ley 1150 de 2007,10 que en su artículo 2, numeral 4, literal h)
13. Artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993

1.5. DECISIÓN

Primero. - Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 19 de noviembre de 2015, en la cual se negó las pretensiones de la actora.

Segundo. - No condenar en costas a la parte demandante.

2. ARGUMENTOS JURÍDICOS

2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE REALMENTE RESUELVE LA CORTE (PJR)

Establecer si entre la señora Nelcy Dany Escobar Melo y la entidad demandada, existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devenga durante el tiempo en que permaneció vinculada contractualmente.

2.2. RATIO DECIDENDI (RD)

El Consejo de Estado reiteró la regla jurisprudencial y prohibición legal del artículo 17 de la Ley 790 de 2002, la cual hace referencia que para desempeñar funciones administrativas públicas de carácter permanente no se pueden realizar contrataciones a través de la modalidad de contratos de prestación de servicios, en razón de que para cubrir dichas funciones se debe crear los empleos tal y como lo exige la ley, además de que esta prohibición es una medida de protección a la relación laboral. En el mismo sentido de la anterior ley el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978 y artículo 7 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 se incluyen la misma prohibición. Siendo así que la regla general del acceso a la función pública puede ser únicamente mediante el concurso de méritos y que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contratación excepcional con el Estado como lo señala el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual limitó el uso del contrato de prestación de servicios para casos y circunstancias específicas. La finalidad de la anterior normativa es evitar se oculten verdaderas relaciones laborales y se desnaturalice la contratación estatal.

Por otro lado, el Consejo mencionó que el contrato de prestación de servicios es un instrumento que sirve para atender funciones públicas: ocasionales, que no hagan parte del “giro ordinario” de la entidad, que no puedan ejecutarse por los empleados de planta o que se requieran conocimientos especializados. Asimismo, que el contrato de prestación de servicios es un tipo de negocio jurídico que es acogido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley 80 de 1993. El contrato de prestación de servicios tiene como elemento esencial la autonomía e independencia del contratista además de que tiene una naturaleza temporal, por lo tanto para que se configure una verdadera relación laboral cuando se configuren los elementos estructurales de esta los cuales están contenidos en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir que exista una actividad personal del trabajador; un salario como retribución del servicio y la continuada subordinación o dependencia, este último elemento como elemento diferenciador frente al contrato de prestación de servicios, si se logra acreditar la existencia de los anteriores elementos “se tipifica el contrato de trabajo con derecho

al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente” (Consejo de estado, 2021).

El Consejo de Estado enfatizó en las reglas jurisprudenciales que se deben tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho al momento de acceder a las pretensiones de la demanda, las cuales son las siguientes:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y el pago de las prestaciones derivadas de ésta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables. vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. viii) El consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho. ix) El ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados. (Consejo de Estado, 52001-23-33-000-2013-00103-01(1296-14), 2021).

Finalmente el Consejo frente al caso en concreto mencionó que si bien la accionante logró demostrar la prestación personal del servicio y la remuneración de las actividades, no demostró

la existencia de la subordinación a un superior jerárquico, ni tampoco el carácter permanente de los cargos ocupados en las dependencias, al revisar los contratos las funciones asignadas a la demandante eran diversas en cada cargo, debido a que el objeto contractual de los contratos celebrados entre la actora y la entidad demandada eran diferentes, además de que el ejercicio de su labor se dio de manera independiente.

3. ARGUMENTOS NO VINCULANTES

3.1. COMENTARIO (C):

El Consejo de Estado ha manifestado que es deber de los operadores judiciales tomar una decisión de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades cuando avisaren la existencia de una verdadera relación laboral oculta en un contrato de prestación de servicios, reconozcan y protejan los derechos del trabajador y se tomen las medidas para mitigar el daño sufrido, además de tomar las correspondientes sanciones atribuibles al empleador. Dando así una solución a las controversias de una manera pronta, oportuna y eficaz.

Anexo 3. Ficha Jurisprudencial No. 3 Sentencia 2143-19.

1. MARCO DECISIONAL

1.1. IDENTIFICACIÓN

Número	08001-23-33-000-2014-90305-01(2143-19)
Fecha	8 de octubre de 2020
Consejero Ponente	Carmelo Perdomo Cueter
Sala de Decisión	Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.

1.2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES (HJR)

1. El demandante acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con la finalidad de que le reconozcan pretendiendo el reconocimiento del control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra el entonces Departamento Administrativo de Seguridad.
2. Relata el actor que se vinculó como escolta con el DAS, en forma continua e ininterrumpida desde el 16 de marzo de 2005 hasta el 31 de agosto de 2011 y prestó servicios en forma personal, bajo la subordinación y dependencia de sus superiores.
3. Se declare la nulidad del acto administrativo del 22 de octubre de 2013 por medio del cual desconoce la existencia de una relación laboral legal y reglamentaria
4. Contestación de la demanda. La UNP guardó silencio en esta oportunidad procesal, según lo indicó el a quo en la audiencia inicial celebrada el 10 de noviembre de 2016

1.3. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA CORTE (PJC)

¿Le asiste razón jurídica o no para reclamar del extinguido DAS el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como escolta?

1.4. NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES PARA EL CASO

1. Constitución Política de 1991
2. Decreto 644 de 200410, que modificó el Decreto 2759 de 20001
3. Decreto ley 1045 de 1978
4. Ley 995 de 200
5. Ley 2663 del 5 de agosto de 1950

1.5. DECISIÓN

Confirmase la sentencia de 18 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda incoada por el señor Francisco Javier Díaz Verdeza contra la Unidad Nacional de Protección, por las razones expuestas en la parte motiva.

2. ARGUMENTOS JURÍDICOS

2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE REALMENTE RESUELVE LA CORTE (PJR)

¿Qué criterios Jurídicos se tienen en cuenta en los contratos de trabajo realidad de trabajadores vinculados a entes públicos para configurar un contrato de trabajo?

2.2. RATIO DECIDENDI (RD)

En este caso se determinará si al demandante le asiste o no el principio de contrato realidad, conforme a ello, la sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, decide conforme a los siguientes parámetros:

- Los contratos de prestación de servicios se desfiguran cuando se logra comprobar los tres elementos constitutivos de una relación laboral, que son la prestación personal del servicio, la remuneración y la continua subordinación, conforme a ello surge el derecho a reclamar el pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, estipulado en el artículo 53 de la Constitución Política que garantiza los derechos mínimos de los trabajadores. Por lo tanto, esto es aplicable cuando se verifica en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.
- Para el caso la subsección B de esta sección segunda determinó la configuración de los 3 elementos de la relación laboral antes descritos, en especial el de subordinación, es importante enfatizar la situación que se exige al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo, por otra parte se reconoce la existencia de la relación laboral y con ello se le reconoce los derechos económicos laborales al demandante quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y que ocultó una verdadera relación laboral. Sin embargo, no es acreedor del empleo público por ser necesario que se cumplan los presupuestos de nombramiento o elección y a su vez su correspondiente posesión; conforme a lo anterior la subordinación resulta rotundo en la decisión, dado a que las funciones que desempeñó

el actor en la entidad demandada comprendía en la protección a personas en riesgo, peligro o amenaza, una función permanente y obligatoria del otrora DAS, con soporte normativo, la cual se relacionaba directamente con las labores que desempeñaba el reclamante, por ende, se tiene que este no ejerció actividades temporales durante su vinculación como se deduce en el Decreto 644 de 200410, que modificó el Decreto 2759 de 200011, cuya función, de acuerdo con el Decreto 1951 de 199312

- Del mismo modo se aclara que el principio de coordinación de los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales ésta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito. Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, esta cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecer. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia. En el presente caso no puede hablarse de coordinación, puesto a que las funciones por parte del actor estaban sujetas a la imposición de instrucciones del demandado, tales como: un horario prácticamente inmodificable debido al funcionamiento de la institución, imposibilidad en la prestación del servicio por otras personas, sino directamente por el contratista, y, además, la situación referente a que debía cumplir diferentes labores relacionadas con la entidad, lo que denota sin lugar a dudas que el accionado, en su condición de empleador, tenía la posibilidad de disponer del trabajo del demandante.
- Al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal periodo se encuentra consumado, ha de compensarse con dinero esa garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así

como de la Ley 995 de 2000 devenga, en este caso, un escolta del DAS, tales como vacaciones, primas, cesantías, intereses a las cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no podrán reconocerse aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.

3. ARGUMENTOS NO VINCULANTES

3.1. COMENTARIO (C):

Para dar lugar a lo anteriormente mencionado se enfatiza en la decisión que acoge la Sala, en la cual esta se ha manifestado y ha hecho alusión a que las disposiciones u órdenes constantes, la imposición jerarquía y el cumplimiento de instrucciones, es un indicio inequívoco frente a la existencia de una relación laboral, dando lugar a esos criterios jurídicos que se deben tener en cuenta al momento de configurar el contrato laboral. Sin embargo, el análisis debe ir más allá y debe centrarse en el cumplimiento de los tres requisitos; prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, de tal manera es importante mencionar que el cumplimiento de un horario no es que suficiente para determinar dicha conformación del contrato, Por último, es necesario determinar la existencia de un contrato realidad bajo en el análisis sobre si la actividad desarrollada corresponde al giro ordinario de los negocios de la empresa, siendo este un indicio de la existencia de una relación laboral, si se trata de actividades transitorias, es un indicio de la existencia de un contrato de prestación de servicios.

 <p>UNIVERSIDAD CESMAG NIT: 800.109.387-7 VIGILADA MINEDUCACIÓN</p>	CARTA DE ENTREGA TRABAJO DE GRADO O TRABAJO DE APLICACIÓN – ASESOR(A)	CÓDIGO: AAC-BL-FR-032
		VERSIÓN: 1
		FECHA: 09/JUN/2022

San Juan de Pasto, 3 de junio 2025

Biblioteca
REMIGIO FIORE FORTEZZA OFM. CAP.
Universidad CESMAG
Pasto

Saludo de paz y bien.

Por medio de la presente se hace entrega del Trabajo de Grado / Trabajo de Aplicación denominado **“Reglas de Unificación del Consejo de Estado (2020-2023) sobre contrato realidad en trabajadores vinculados a entes públicos en Colombia”** presentado por el (los) autor(es) Gloria Daniela López Cancimance, y Yamile Adriana Zambrano Izquierdo, del Programa Académico de Derecho al correo electrónico biblioteca.trabajosdegrado@unicesmag.edu.co. Manifiesto como asesor(a), que su contenido, resumen, anexos y formato PDF cumple con las especificaciones de calidad, guía de presentación de Trabajos de Grado o de Aplicación, establecidos por la Universidad CESMAG, por lo tanto, se solicita el paz y salvo respectivo.

Atentamente,


Firma del Asesor

FRANCISCO EDMUNDO PAZ OBANDO
12752917 de Pasto
Programa de Derecho
316 2916537
fepaz@unicesmag.edu.co

 UNIVERSIDAD CESMAG <small>NIT: 800.109.387-7 VIGILADA MINEDUCACIÓN</small>	AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE GRADO O TRABAJOS DE APLICACIÓN EN REPOSITORIO INSTITUCIONAL	CÓDIGO: AAC-BL-FR-031
		VERSIÓN: 1
		FECHA: 09/JUN/2022

INFORMACIÓN DEL (LOS) AUTOR(ES)	
Nombres y apellidos del autor: Gloria Daniela López Cancimance	Documento de identidad: 1.089.245.554
Correo electrónico: Danielalopes124@gmail.com	Número de contacto: 315 6661268
Nombres y apellidos del autor: Yamile Adriana Zambrano Izquierdo	Documento de identidad: 1.004.559.481
Correo electrónico: zyamileadriana23@gmail.com	Número de contacto: 317 7203244
Nombres y apellidos del autor:	Documento de identidad:
Correo electrónico:	Número de contacto:
Nombres y apellidos del autor:	Documento de identidad:
Correo electrónico:	Número de contacto:
Nombres y apellidos del asesor: Francisco Edmundo Paz Obando	Documento de identidad: 12.752.917
Correo electrónico: fepaz@unicesmag.edu.co	Número de contacto: 316 2916537
Título del trabajo de grado: “Reglas de Unificación del Consejo de Estado (2020-2023) sobre contrato realidad en trabajadores vinculados a entes públicos en Colombia.”	
Facultad y Programa Académico: Programa de Derecho	

En mi (nuestra) calidad de autor(es) y/o titular (es) del derecho de autor del Trabajo de Grado o de Aplicación señalado en el encabezado, confiero (conferimos) a la Universidad CESMAG una licencia no exclusiva, limitada y gratuita, para la inclusión del trabajo de grado en el repositorio institucional. Por consiguiente, el alcance de la licencia que se otorga a través del presente documento, abarca las siguientes características:

- a) La autorización se otorga desde la fecha de suscripción del presente documento y durante todo el término en el que el (los) firmante(s) del presente documento conserve (mos) la titularidad de los derechos patrimoniales de autor. En el evento en el que deje (mos) de tener la titularidad de los derechos patrimoniales sobre el Trabajo de Grado o de Aplicación, me (nos) comprometo (comprometemos) a informar de manera inmediata sobre dicha situación a la Universidad CESMAG. Por consiguiente, hasta que no exista comunicación escrita de mi(nuestra) parte informando sobre dicha situación, la Universidad CESMAG se encontrará debidamente habilitada para continuar con la publicación del Trabajo de Grado o de Aplicación dentro del repositorio institucional. Conozco(conocemos) que esta autorización podrá revocarse en cualquier momento, siempre y cuando se eleve la solicitud por escrito para dicho fin ante la Universidad CESMAG. En estos eventos, la Universidad CESMAG cuenta con el plazo de un mes después de recibida la

 <p>UNIVERSIDAD CESMAG NIT: 800.109.387-7 VIGILADA MINEDUCACIÓN</p>	AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE GRADO O TRABAJOS DE APLICACIÓN EN REPOSITORIO INSTITUCIONAL	CÓDIGO: AAC-BL-FR-031
		VERSIÓN: 1
		FECHA: 09/JUN/2022

petición, para desmarcar la visualización del Trabajo de Grado o de Aplicación del repositorio institucional.

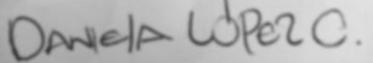
- b) Se autoriza a la Universidad CESMAG para publicar el Trabajo de Grado o de Aplicación en formato digital y teniendo en cuenta que uno de los medios de publicación del repositorio institucional es el internet, acepto(amos) que el Trabajo de Grado o de Aplicación circulará con un alcance mundial.
- c) Acepto (aceptamos) que la autorización que se otorga a través del presente documento se realiza a título gratuito, por lo tanto, renuncio(amos) a recibir emolumento alguno por la publicación, distribución, comunicación pública y/o cualquier otro uso que se haga en los términos de la presente autorización y de la licencia o programa a través del cual sea publicado el Trabajo de grado o de Aplicación.
- d) Manifiesto (manifestamos) que el Trabajo de Grado o de Aplicación es original realizado sin violar o usurpar derechos de autor de terceros y que ostento(amos) los derechos patrimoniales de autor sobre la misma. Por consiguiente, asumo(asumimos) toda la responsabilidad sobre su contenido ante la Universidad CESMAG y frente a terceros, manteniéndose indemne de cualquier reclamación que surja en virtud de la misma. En todo caso, la Universidad CESMAG se compromete a indicar siempre la autoría del escrito incluyendo nombre de(los) autor(es) y la fecha de publicación.
- e) Autorizo(autorizamos) a la Universidad CESMAG para incluir el Trabajo de Grado o de Aplicación en los índices y buscadores que se estimen necesarios para promover su difusión. Así mismo autorizo (autorizamos) a la Universidad CESMAG para que pueda convertir el documento a cualquier medio o formato para propósitos de preservación digital.

NOTA: En los eventos en los que el trabajo de grado o de aplicación haya sido trabajado con el apoyo o patrocinio de una agencia, organización o cualquier otra entidad diferente a la Universidad CESMAG. Como autor(es) garantizo(amos) que he(hemos) cumplido con los derechos y obligaciones asumidos con dicha entidad y como consecuencia de ello dejo(dejamos) constancia que la autorización que se concede a través del presente escrito no interfiere ni transgrede derechos de terceros.

Como consecuencia de lo anterior, autorizo(autorizamos) la publicación, difusión, consulta y uso del Trabajo de Grado o de Aplicación por parte de la Universidad CESMAG y sus usuarios así:

- Permiso(permitimos) que mi(nuestro) Trabajo de Grado o de Aplicación haga parte del catálogo de colección del repositorio digital de la Universidad CESMAG por lo tanto, su contenido será de acceso abierto donde podrá ser consultado, descargado y compartido con otras personas, siempre que se reconozca su autoría o reconocimiento con fines no comerciales.

En señal de conformidad, se suscribe este documento en San Juan de Pasto a los 3 días del mes de junio del año 2025

 Firma del autor	 Firma del autor
Nombre del autor: Gloria Daniela López Cancimance	Nombre del autor: Yamile Adriana Zambrano Izquierdo
 Firma del autor	
Nombre del asesor: Francisco Edmundo Paz Obando	