



La solución de continuidad en contrato de prestación de servicios con entidades estatales respecto del contrato realidad¹

The decolonial journey of Latin America. Three critical approaches by Aníbal Quijano

Geraldine Romero Rodríguez

Universidad Libre, Barranquilla, Colombia
Independiente.Geraromero17@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0009-3564-2904>

María Isabel Sierra Torres

Universidad Libre, Barranquilla, Colombia
Mariaisabelst1987@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0006-4196-5935>

Álvaro Anaya Anaya

Corporación Universitaria Rafael Núñez, Barranquilla, Colombia
derechobq@curn.edu.co
<https://orcid-org/0009-0006-1102-8510>

Margarita Rosa Rodelo García

Corporación Universitaria Rafael Núñez, Barranquilla, Colombia
Margarita.rodello@curnvirtual.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-9901-7632>

Recibido: 25 de julio de 2023 / Aceptado: 15 de octubre de 2023
<https://doi.org/10.17081/just.28.44.6938>

Resumen

En el presente artículo se realizó un estudio de tipo cualitativo en el que se llevó a cabo una investigación de revisión documental, de artículos, libros, leyes y jurisprudencia, a través del uso de fichas documentales, para obtener un correcto análisis de estos. El objetivo principal fue el estudio sobre la llamada solución de continuidad en el contrato por prestación de servicios y visibilizar la problemática de la realidad del Contrato de Prestación Servicios en la Administración pública en Colombia. Lo que se hizo con el análisis y el desarrollo específico de los siguientes tres conceptos fundamentales: 1. Los antecedentes, principios y regulación normativa de la contratación pública, 2. Repaso de las posturas Jurisprudenciales que ha hecho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre los contratos de prestación de servicios y la configuración de contrato

¹ El presente Artículo Científico es producto de la investigación titulada “la solución de continuidad en contrato de prestación de servicios con Entidades Estatales respecto del contrato realidad”.

realidad, y 3. La solución de continuidad su relación con el contrato realidad en los contratos de prestación de servicios con entidades estatales. En suma, se llegó a la conclusión que en la mayoría de los casos en los que se alega una relación laboral ante una entidad estatal que uso la modalidad del contrato por prestación de servicios, sino es que todos, el fallador tiene que hacer el análisis de si hubo o no un vínculo laboral sin solución de continuidad para determinar el interregno en que se ha de condenar a la entidad accionada al pago de las prestaciones sociales que no hayan prescrito.

Palabras clave: contratación pública, contrato realidad, contrato por prestación de servicios, solución de continuidad.

Abstract

In this article, a qualitative study was carried out in which a documentary review investigation of articles, books, laws and jurisprudence was carried out, through the use of documentary files, to obtain a correct analysis of them. The main objective was the study on the so-called solution of continuity in the contract for the provision of services and to make visible the problem of the reality of the Contract for the Provision of Services in the Public Administration in Colombia. What was done with the analysis and specific development of the following three fundamental concepts: 1. The background, principles and normative regulation of public contracting, 2. Review of the jurisprudential positions that the Constitutional Court and the Council of State have made on contracts for the provision of services and the configuration of the reality contract, and 3. The solution of continuity its relationship with the actual contract in contracts for the provision of services with state entities. In sum, it was concluded that in most of the cases in which an employment relationship is alleged before a state entity that used the contract modality for the provision of services, if not all of them, the adjudicator has to do the analysis of whether or not there was an employment relationship without solution of continuity to determine the interregnum in which the entity must be sentenced to pay the social benefits that have not prescribed.

Keywords: public contracting, reality contract, service provision contract, continuity solution.

Como Citar:

Rodelo García, M. R., Romero Rodríguez, G., Sierra Torres, M. I., & Anaya Anaya, Álvaro. (2023). La solución de continuidad en contrato de prestación de servicios con Entidades Estatales respecto del contrato realidad. *Justicia*, 28(44), 207-224. <https://doi.org/10.17081/just.28.44.6938>

I. Introducción

El avance del concepto de prestación de servicios en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en las leyes posteriores que lo regularon tiene sus antecedentes en la administración inmodificable que propone el estado moderno. Sistema político que fue adoptado en Colombia para finales de 1920 y del cual estableció como norma estándar que la administración no es más sino el reflejo de la evolución del Estado. Por lo que en la medida en que esta se transforma repercute para bien o para mal en el derecho administrativo. En ese sentido, asumir la modalidad de acceder a la prestación de un servicio, se considera necesario para la optimización de esa transformación administrativa. Entendiendo que el principal objetivo de ese Estado benefactor es buscar obtener un aparato administrativo capaz de asumir la prestación de los servi-

cios dispuestos por el ordenamiento jurídico. Lo que justificó en un principio la adopción de esa modalidad de contratación desde la administración (Vega De Herrera, 2007).

En ese sentido es una figura que en principio se estableció y reguló para cubrir con las necesidades de la administración en la prestación de los servicios y que esta fuese eficiente cubriendo labores que no competen al personal de planta. Sin embargo, el uso que se le ha dado a esta figura ha sido desproporcional y abusiva puesto que se han cubierto reales relaciones laborales vulnerando así los derechos de los trabajadores.

Es importante entender que la prestación de servicios está pensada y reglamentada como una modalidad de contratación que permite acceder a servicios precisos, especializados y temporales. Estos contratos son de naturaleza civil o administrativa y no laboral y, por lo tanto, no están sujetos a la legislación que regula el trabajo. El problema es que, como no hay normativa laboral que los cobije, quienes están vinculados bajo esa figura son susceptibles de explotación y otras arbitrariedades.

Por tal motivo el Consejo de Estado emitió un nuevo pronunciamiento que fijó nuevas reglas al respecto. La más importante señala que si el contrato mediante prestación de servicios de una persona finaliza y el siguiente, que en realidad es una continuación del anterior, se firma después de 30 días hábiles, entonces sí se da por entendido que la relación laboral terminó. Pero, si se firma antes de 30 días hábiles, se debe entender que la relación laboral continuó.

En ese sentido, esta nueva decisión da mejores herramientas a las personas que acudan a la justicia a reclamar el reconocimiento de una relación laboral real o la configuración del contrato realidad.

Entendiendo que el ideal jurídico en el país sería que se cumpliera con las leyes y por lo tanto la forma en que se define el contrato por prestación de servicios, los contratistas deberían tener en todas las circunstancias un ambiente libre del desempeño de sus servicios, sin ser obligados a realizar funciones distintas a las fijadas en su contrato. De lo contrario estos deberían ser contratados como trabajadores con derecho a que se les respeten todas las prerrogativas laborales que los protegen, como lo es el pago de las prestaciones sociales y la afiliación al sistema de seguridad social, deber que estaría a cargo del entonces empleador y no contratante.

Entonces, la necesidad que hay en el país de acogerse a una política de trabajo decente, implica visibilizar la problemática de la realidad del Contrato de Prestación Servicios en la Administración pública en Colombia mediante la revisión cuidadosa de la doctrina, la jurisprudencia y las normas que han regulado y regulan la materia hoy por hoy. De lo cual se encuentra que una de las posturas que se han tomado y llevado a la práctica desde el estudio de casos en concreto por parte de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, es el analizar si en esos casos hubo o no una solución de continuidad. Toda vez que según las interrupciones contractuales que evidencia el Juez, se determina si hubo o no solución de continuidad.

II. Metodología

Esta investigación se llevó a cabo bajo paradigma hermenéutico, bajo un enfoque cualitativo para analizar documentos legales, textos normativos y sentencias judiciales con el fin de obtener una comprensión profunda de la problemática. Se usaron técnicas de recolección de datos consistentes en búsquedas exhaustivas de documentos legales, textos normativos y jurisprudencia y sentencias relacionadas con los contratos de prestación de servicios en la Administración Pública de Colombia. Las fuentes de información fueron bases de datos jurídicas y del ámbito académico como Scopus, Scielo, Latidex. Los documentos recopilados fueron analizados utilizando técnicas de análisis de contenido y análisis temático, identificando patrones, interpretaciones legales y tendencias en la jurisprudencia, lo que permitió obtener una visión en profundidad de esta cuestión desde una perspectiva normativa y legal.

A nivel de procedimiento, se siguieron las siguientes etapas:

- a) Identificación y recopilación de documentos legales, textos normativos y sentencias relevantes.
- b) Organización y clasificación de la información recopilada según aspectos clave.
- c) Análisis detallado de los documentos para identificar enfoques y precedentes legales relacionados con la solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios.
- d) Documentación y registro de hallazgos significativos.

De igual forma, como consideraciones éticas se destaca el respeto de las normativas éticas y legales aplicables a la obtención y uso de documentos legales, textos normativos y sentencias judiciales en la investigación. Se citan y referencian adecuadamente todas las fuentes utilizadas para su respectiva verificación de rigor.

III. Resultados

Los antecedentes, principios y regulación normativa de la contratación pública respecto al contrato por prestación de servicios

Para comenzar es preciso tener en cuenta que la norma base de toda reglamentación que se haga a través de la promulgación de las leyes, decretos y demás, es la Constitución política, porque ninguna ley puede pasar por encima de los principios y normas constitucionales. En lo que concierne a la reglamentación de la contratación la carta política la prevé en el artículo 355 al indicar que, “Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado” (Constitución Política, 1991). Como respuesta a la ambigüedad de lo escrito en la norma superior, el Decreto 777 de 1992, procede a reglamentar la celebración de contratos a que se refiere, indicando principalmente que lo que se entiende como contratación pública son los contratos que la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios celebran con entidades privadas con el objetivo de desarrollar los programas y las actividades que sean en pro del beneficio público.

Partiendo de allí, como principal base normativa de la contratación pública se encuentra la Ley 80 de 1993, que se conoce como el estatuto general de la contratación pública. Esta norma tiene como finalidad aclarar y regular todo lo relacionado a la contratación estatal caracterizada por buscar la satisfacción de las necesidades colectivas y/o públicas. Por ello en su articulado aclara qué es lo que se define por entidad, servidores y servicios públicos, y, de forma muy relevante, señala los principios de la contratación estatal a los que debe sujetarse los derechos y los deberes de las entidades estatales.

En suma, el Título 2 de la norma trata de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, siendo que son los postulados que rigen la función administrativa. En primer lugar, la transparencia apunta a proteger los derechos colectivos en la forma en que las entidades llevan a cabo la contratación, indicando que los contratistas deben seleccionarse mediante licitación o concurso público, excepto cuando se trate, entre otros aspectos para efectos del presente escrito, de la prestación de servicios. En segundo lugar, el principio de economía busca que haya un equilibrio y una correcta asignación y distribución de gastos y de presupuestos en las licitaciones. Y el de responsabilidad señala el deber que tienen los servidores públicos de vigilar la ejecución de los contratos según su objeto y fin en la contratación.

Entre otros aspectos que señala la Ley 80 de 1993 se encuentra, de manera específica en su artículo 32, la regulación al contrato de prestación de servicios definido como: “todo acto jurídico que genera obligaciones celebrados por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”. La norma señala algunos límites. Y es que este tipo de contratos solo se pueden celebrar en virtud de que las actividades por las cuales se suscribió con una persona natural no puedan realizarse con personal de la planta o requieran conocimientos especializados. Y aclara que son contratos que no generan relaciones laborales y por tanto tampoco la responsabilidad del empleador de cubrir las prestaciones sociales, de igual forma el tiempo del contrato durará lo indispensable para culminar con las actividades necesitadas (Vidal, 2019).

Al respecto es preciso conocer que el primer antecedente de la conceptualización y planteamiento del contrato por prestación de servicios es la Ley 3 de 1930. Así lo explica, Vidal (2019), cuando señala que esta ley estableció que el poder ejecutivo era quien contaba con la facultad para contratar expertos o consejeros técnicos, cuando por servicio y en favor del mejoramiento de la administración pública, fuera conveniente; lo que se haría a través de la celebración de contratos aprobados por el consejo de ministros.

Vidal (2019), también explica como de esa forma, para el año 1976, el Decreto 1750 definió ese contrato como aquel que se celebra entre las entidades estatales y personas jurídicas o naturales, con el objeto del cuidado de los negocios o el acatamiento de las funciones de la entidad, dado el caso que éstas no pudieran llevarse a cabo con personal de planta. De esa forma dicho decreto estableció en el artículo 138 que:

Se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el

cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas (Decreto 1750 de 1976).

Posteriormente este artículo fue derogado por el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, que definió el contrato por prestación de servicios como aquel que se celebra con personas naturales o jurídicas con el objetivo que se desarrollen actividades que sobrepasa la capacidad del personal de la planta. La norma prohíbe su celebración para el ejercicio de funciones administrativas. Es decir, hay una preexistencia de elementos normativos que permiten diferenciar un contrato de prestación de uno laboral con el Estado.

Ahora bien, en lo que se refiere al esquema de contratación existe una regulación particular para cada ámbito, por ello se hace una breve descripción de algunos decretos que componen el marco jurídico que soporta las principales leyes sobre la contratación pública, incluyendo la Ley 1882 de 2018, norma de gran importancia y trascendencia para Colombia, pues, aunque no es una reforma estructural si adiciona o modifica algunos artículos de las leyes más importantes como son: la Ley 80 de 1993 mencionada anteriormente, y la Ley 1150 de 2007, de la cual se hablará más adelante, que introdujo medidas para la eficiencia y transparencia de la Ley 80/93 (Ver Tabla 1).

TABLA 1. COMPENDIO NORMATIVO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Decreto	Tema
2155/93	Regula aspectos relacionados con la vigencia de la Ley 80 de 1993.
679 de 1994	Regula aspectos varios de la Ley 80 de 1993.
855 de 1994	Reglamenta lo relacionado con la contratación directa.
1477 de 1995	Reglamenta la Ley 190 del 6 de junio de 1995 en materia de publicación de contratos en el Diario Único de Contratación Pública
287 de 1996	Regula los Artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993.
92 de 1998	Normaliza lo relacionado con la calificación y clasificación en el Registro único de proponentes. Incluye la capacidad máxima de contratación de proveedores.
2170 de 2002	Modifica parcialmente el Decreto 855 de 1994, dicta normas sobre publicidad de los procesos de selección de contratistas y fija reglas sobre licitaciones públicas y contratación directa. También se puede consultar la Directiva Presidencial 12 de 2002, que dicta acciones para luchar contra la corrupción en la contratación estatal.
3629 de 2004	Reglamenta la Ley 80 de 1993 en cuanto a contratos que incluyen en su objeto varias obligaciones.
1082 de 2015	Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.
537 de 2020	Adopta medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica social y ecológica.
742 de 2021	Modifica el artículo 2.2.22.1. del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, con el fin de incorporar la política de Compras y Contratación Pública a las políticas de gestión y desempeño institucional.

Nota: elaboración propia

La Ley 1150 de 2007 modificó ciertos aspectos del Estatuto de Contratación Pública y estableció aspectos sobre el aprovechamiento y la transparencia de los recursos públicos dentro de la contratación estatal, por ejemplo, ciertas reglas a los diferentes tipos de selección del contratista, también determinados requisitos con los que se deben cumplir al momento de contratar, y, además, disposiciones sobre las diferentes etapas del proceso de contratación. Esta ley es importante para la regulación y uso del contrato por prestación de servicios pues su naturaleza acompaña las disposiciones que tratan el tema de la contratación pública que busca que de inicio a fin el proceso de contratación sea transparente y los recursos públicos atiendan las necesidades que corresponden a cada entidad.

Como norma importante para el correcto funcionamiento de la contratación estatal, se destaca la Ley 1882 de 2018 cuya naturaleza es el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual. Se promulgó por la necesidad de eliminar las ambigüedades de las leyes anteriores, que han dado paso a que las entidades contratantes no dieran una debida aplicación de los principios de la contratación administrativa y, en consecuencia, se debilitara así el sistema de compras públicas. Para delimitar el alcance del presente artículo se hace énfasis en los principios de la contratación pública, de los cuales se precisa que esta norma no establece de manera directa el principio de integridad.

Por su parte dentro del conjunto de normas que reglamentan el contrato por prestación de servicios (Ver Tabla 2), como forma de delimitar el presente artículo se destaca en primer lugar el Decreto 723 de 2013, que establece las reglas para que las personas contratadas bajo prestación de servicios con organizaciones públicas o privadas, así como los trabajadores autónomos que desempeñen tareas de alto riesgo, se incorporen al Sistema General de Riesgos laborales. Se destaca significativamente que, aunque la responsabilidad de inscribir al contratista en el sistema recae en el contratante, la obligación de cubrir el costo de esta afiliación es del contratista.

Teniendo en cuenta que la contratación pública en Colombia es conflictiva, poco eficiente y eficaz; y que esto tiene que ver mucho con la responsabilidad de la contratación en manos de los empleados públicos, quienes colateralmente causan daños al patrimonio del Estado por la malversación y malos manejos de los recursos; y también a los contratistas por la negligencia, el desconocimiento de las normas o la aplicación rígida de las mismas; se suma a los principios de la contratación estatal, el principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública.

TABLA 2. COMPENDIO DE NORMAS RELACIONADAS CON EL CONTRATO POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Decreto/Ley	Tema
222 de 1983	Capítulo 11. Del Contrato de prestación de servicios.
Ley 80 de 1993	Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública
1703 de 2002	Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
723 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.
1072 de 2015	Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.
1082 de 2015	Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

Decreto/Ley	Tema
491 de 2020	Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica.
Ley 84 de 1873	Art. 1495. Contrato o convención.
Ley 1122 de 2007	Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
Ley 909 de 2004	Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Nota: elaboración propia

Refiriéndose a este tema Díaz (2012) relaciona el concepto de vínculo laboral con la administración pública como aquel que se puede manifestar bien sea por una modalidad estatutaria, otra contractual laboral o una de carácter temporal u ocasional en la que se encuentran los llamados auxiliares o colaboradores de la administración, y lo que, por lo general, se contrata con la modalidad del contrato por prestación de servicios. Estos últimos son los denominados “contratistas de la administración” pues prestan sus servicios temporalmente al Estado para llevar a cabo una obligación de hacer una actividad relacionada con el funcionamiento o la administración del ente estatal.

De esta última modalidad de contratación es que surge, como Díaz (2012) lo señala, la necesaria aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la forma de contratación administrativa por prestación de servicios. Surge dicho concepto, por la problemática creciente del desconocimiento y el encubrimiento de las relaciones laborales por parte del Estado-Empleador, quien en palabras de Díaz (2012) “de forma abusiva someten a los presuntos contratistas a una relación de tipo laboral, transformándolos finalmente en verdaderos trabajadores prestantes de un servicio personal bajo debida dependencia y subordinación a la administración pública” (p.115).

Se trata entonces de aplicar las consideraciones teóricas del principio en cuestión, que trata de caracterizar como una real relación laboral administrativa a la forma de contratación administrativa por prestación de servicios, con el propósito de disminuir la proliferación del uso de este tipo de contratos producto del favorecimiento corrupto de los servidores políticos y el clientelismo.

Esta aplicación teórica se hace aún más relevante al considerar que, como dicha contratación se viene utilizando de forma habitual y constante, pero de manera indebida y fraudulentamente por la administración pública. Normalmente, para contratar personas que supuestamente deben prestarle sus servicios de forma independiente por un término estrictamente necesario, pero de entrada o en el avance de la relación contractual, resultan prestándole dichos servicios, bajo dependencia y continua subordinación, en las condiciones exigidas para desempeñar un empleo público. Lo que evidentemente vulnera los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores (Díaz, 2012).

Repaso de las posturas jurisprudenciales que ha hecho la Corte Constitucional y El Consejo de Estado sobre los contratos de prestación de servicios y la configuración de contrato realidad

La Corte Constitucional (1997), en la sentencia C-154 de 1997, por el Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, se pronunció por primera vez al respecto de la normatividad que regulaba el contrato por prestación de servicios, llevando a cabo un estudio de exequibilidad en el que estableció como precedente jurisprudencial que el contrato por prestación de servicios que regula la Ley 80 del 93, tiene las siguientes características:

- a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores debido a la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

- a) La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
- b) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Continuando con estas características la Corte Constitucional (1997) describe, por último:

No es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

De manera importante la Corte Constitucional en esta providencia también hizo alusión a las diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato por prestación de servicios. Señalando que para que se configure un contrato de trabajo se requiere de la configuración de los tres elementos de toda relación laboral que son “la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo” (Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Por su parte, en el contrato por prestación de servicios no estará presente el elemento de la subordinación laboral o dependencia. En ese sentido es este elemento el que determina la diferencia de uno y otro contrato, pues dentro de la legalidad el contratista solo puede tener frente a la administración esta calidad sin derecho a prestaciones sociales. Contrario es que cuando se acredite la existencia de un trabajo subordinado será porque la administración contratante imparte órdenes respecto a la ejecución de la labor contratada y se fija un horario de trabajo para ese servicio. Esto implica que el trabajador tiene derecho al pago de las prestaciones sociales.

Desde otro punto de vista jurídico, la Corte Constitucional (1998), en la Sentencia C-665 de 1998, precedida por el Magistrado ponente el Dr. Hernando Herrera Vergara, se refiere al principio de primacía de realidad sobre formalidades. Este principio reconoce la diferencia entre trabajadores y empleadores, brindando una especial protección que garantiza sus derechos y evita afectar las condiciones dignas y justas en el trabajo por las simples formalidades. Se habla entonces de la presunción de la relación laboral cuando sin importar que se trate de un contrato aparentemente civil o comercial en realidad se configuran los tres elementos de la relación laboral. Pasa cuando se demuestra que existe el factor de la subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, de esa forma se configura la existencia evidente de una relación laboral.

Al respecto la Corte Constitucional (2003) en providencia C-094 de 2003, por el Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, indicó de igual forma, que las relaciones laborales presentadas respecto de los contratos por prestación de servicios implican en la contratación estatal una falta de conocimiento del régimen laboral ya establecido, pues esta forma de contratación “vulnera el régimen laboral al propiciar la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales” (Corte Constitucional, Sentencia C-094 de 2003, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño).

De manera importante la Corte Constitucional recalca como concepto del contrato de prestación de servicios aquel que tiene como objeto una obligación de hacer, lo caracteriza la independencia y la autonomía del contratista, tiene un límite temporal y no genera la obligación por parte del empleador del pago de las prestaciones sociales pues se trata de un contrato estatal y no de una relación laboral.

Estas características dichas por la Corte Constitucional convierten al contrato por prestación de servicios en una herramienta excepcional, transitoria y esporádica. Aun así, este tipo de contrato ha adoptado un estatus de residente en la función pública. Esa situación llevo a que el Consejo de Estado (2010) se pro-

nunciaría reiterada veces, una de estas es la sentencia N.º 85001-23-31- 000 2003-00015-01 de marzo de 2010, por el Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual reitera que el principio de la primacía de la realidad sobre la forma implica que de la evidente actividad laboral se reconozca todo derecho sujeto a esta, pues al demostrarse la configuración de la existencia de una relación de trabajo, se está en presencia de un contrato laboral por lo que se debe garantizar que de la misma forma, los empleadores cumplan con los derechos y beneficios que le deben respetar a aquellos que actúan como empleados, bien sea en el sector laboral público o el privado (Consejo de Estado, Sentencia N.º 85001-23-31- 000 2003-00015-01 de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

El consejo de Estado añadió a este concepto que la configuración del contrato realidad constituye como requisito indispensable demostrar y acreditar de manera incontrovertible la configuración de los tres elementos de la relación laboral, especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública.

Posteriormente el Consejo de Estado (2013) en la sentencia 41719 de 2013, por el Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, puntualizó el contrato por prestación de servicios así:

Son contratos de prestación de servicios profesionales aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados. Dichos objetos deben estar encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. Por consiguiente, el uso de esta concreta figura contractual queda supeditado a las necesidades a satisfacer por parte de la Administración Pública y la sujeción al principio de planeación; lo que encuentra su manifestación práctica en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios profesionales (Consejo de Estado, Sentencia 41719 de 2013, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Ahora bien, en el año 2018, la Corte Constitucional, en paralelo con decisiones anteriores referentes a la protección constitucional de los derechos laborales y el principio de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales frente a la modalidad de contrato por prestación de servicios, profirió la Sentencia de Unificación SU040 del 20 de mayo, precedida por la Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger, examina si existe derecho a la estabilidad laboral reforzada en una persona en situación de discapacidad, pensionada por invalidez y vinculada con la administración distrital en virtud de una política de inclusión social con carácter temporal. Por consiguiente, se cuestiona si se violan sus derechos fundamentales al finalizar la relación laboral por vencimiento del plazo convenido y sin autorización previa del Ministerio de Trabajo.

Para proceder a tomar una decisión, la Corte Constitucional hace la unificación de jurisprudencia previa sobre:

1. La protección constitucional a personas en condición de discapacidad; 2. la protección constitucional de los derechos laborales; 3. la estabilidad reforzada de las personas con discapacidad en contratos de prestación de servicios y 4. La protección legal de las personas con discapacidad y medidas afirmativas en los planes de desarrollo distritales o municipales para lograr la inclusión social real y efectiva de estas personas. (Corte Constitucional, Sentencia SU040 de 2018, M.P. Dr. Cristina Pardo Schlesinger).

De su estudio se establece como precedente jurisprudencial que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades debe aplicarse en aquellos casos en los cuales el Estado desconozca los principios

que rigen a la función pública y la obligación del pago de las prestaciones sociales propias de las actividades laborales cuando esconde una real relación laboral optando por el uso irresponsable del contrato por prestación de servicios. Cuando esto sucede el juez constitucional debe verificar los requisitos que están establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y así proceder a declarar la existencia de un contrato realidad.

Y por su parte la sección segunda del Consejo de Estado (2021), precedida por Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, se pronunció en sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de unificación de jurisprudencia sobre los contratos de prestación de servicios, conforme a la Ley 1437 de 2011, aclarando que esta no prohíbe, limita o desestimula su celebración por parte de las entidades públicas. Dicha sentencia, cuyo radicado es 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), estableció de manera importante parámetros sobre la forma de aplicarse los contratos por prestación de servicios, de lo cual estableció que, las limitaciones que se impongan sobre esta modalidad en ningún momento desestiman la utilización de este tipo de contratos. Lo considera un instrumento importante en la gestión pública que apunta a la solución y la atención de determinadas necesidades de las diferentes entidades y organismos de la administración.

Esta corporación establece un límite necesario y el plazo establecido como de solución de continuidad de 30 días. Sin embargo, aclara que esto responde a la necesidad de evitar su uso abusivo en detrimento de los derechos laborales, independientemente del sector en el que se celebren. Sin embargo, aclaró también que el límite de 30 días entre la terminación de una relación contractual y el inicio de la siguiente debe entenderse como un indicador para inferir que no hay solución de continuidad entre uno y otro contrato de prestación de servicios y ello únicamente para el cálculo de la prescripción de los derechos exigibles en el marco de la relación laboral que allí se terminó gestando. Esto se refiere únicamente a los contratos que celebran de manera indebida, de acuerdo con la perspectiva del contrato realidad. Subrayó que:

Quando el contrato de prestación de servicios no permita que el contratista actúe con independencia y autonomía sino bajo la subordinación y dependencia de la entidad contratante, ello daría lugar al surgimiento de una relación laboral. Si la contratación, siguiendo estas características, se da dentro de los 30 días hábiles, desde la finalización del último contrato, debe entenderse que existe una única relación laboral continuada, pero exclusivamente en aras a calcular la prescripción de los derechos laborales, salariales y prestacionales que son exigibles en estos casos. De lo anterior se desprende que la subregla señalada en la sentencia de unificación no cubre a los contratos de prestación de servicios que se celebren con apego estricto a las condiciones del artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-025-CE-S2 de 2021, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez).

Por su parte abarcando temas importantes que conciernen a la configuración del contrato realidad bajo la perspectiva de la solución de continuidad o como se conoce mejor, la interrupción o falta de relación laboral en los diferentes tipos de vinculaciones que se hacen con una entidad pública y/o estatal, la sentencia T-388 de 2020 de la Corte Constitucional (2020), precedida por la Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera, se pronuncian sobre la configuración del contrato realidad en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

En esta ocasión, la sala segunda de revisión de la Corte Constitucional estudia un caso del cual pretenden pronunciarse sobre la existencia o no de la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la estabilidad reforzada por parte de una I.P.S a una auxiliar de enfermería. Toda vez que la entidad no renovó el contrato de prestación de servicios por la que estaba vinculada la víctima a pesar de que ella llevaba más de 6 años trabajando en el lugar con esta modalidad de contratación y ella tener ser madre cabeza de familia y tener una condición de salud que le hacía beneficiaria del derecho a la estabilidad reforzada.

En las consideraciones se pudo observar de manera especial el amplio estudio y la conceptualización que la Corte hizo respecto de los parámetros jurisprudenciales que conciernen al contrato realidad en el caso específico de los contratos sucesivos y auxiliares de enfermería. En ese caso señala que por la naturaleza de las funciones del cargo esta no puede desempeñarse de forma autónoma porque el horario y el lugar en que prestan sus servicios no quedan sujetos al individuo sino a la entidad. Aclara que en estos casos la regla general es la subordinación que se presume de los cargos de prestación del servicio de salud.

En ese sentido se explica como el contrato por prestación de servicios pierde su naturaleza cuando se usa como un contrato sucesivo de trabajo, pues no se está cumpliendo con el objetivo con el que se creó dicha figura y es que tiene un límite temporal definitivo, no prorrogable. Al prolongarse por varios años, se contrarían las normas que indican que el contrato se debe desarrollar por el término estrictamente necesario y de no ser así la entidad tiene la obligación de crear empleos que suplan la necesidad permanente del cargo. Y por último la corte añade que al quedar resuelto el hecho de que existe un contrato realidad el alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada debe estar sujeto a un procedimiento de autorización del despido ante el Ministerio de Trabajo.

La solución de continuidad, su relación con el contrato realidad en los contratos de prestación de servicios con Entidades Estatales

La solución de continuidad es un concepto nuevo dentro del campo de acción de la administración de la función pública, definido por el Concepto 82151 de 2019 del Departamento Administrativo de la Función Pública como “la interrupción o falta de relación laboral entre una y otra vinculación con la entidad pública” señalando también que caso contrario se entiende como “sin solución de continuidad” cuando la prestación del servicio es continua, no hay suspensión o ruptura de la relación laboral.

De acuerdo con esto, Gómez y Orozco (2022) explican como el concepto de solución de continuidad se ha desarrollado como la práctica de dar finalización a una relación de trabajo para dar nacimiento a otra distinta. En este sentido surge esta modalidad de observar cómo, dentro de la libertad que tiene el empleador en cuanto a la modalidad contractual, utiliza la figura de contrato por prestación de servicios para vincular a sus trabajadores y trabajadoras con fines defraudatorios y desconociendo los derechos laborales con carácter mínimo e irrenunciables y los principios constitucionales, contractuales y laborales que consagran las leyes.

La solución de continuidad es una forma de disminuir las modalidades sistemáticas que se observan en los actos del empleador hacia sus trabajadores, en los que se vale de las figuras ofrecidas por la ley, como la intermediación, tercerización, y la vinculación a través de los contratos por prestación de servicios, para evadir el cumplimiento de sus deberes y extinguir esas relaciones, vulnerando los derechos de los trabajadores. Por ello este concepto tiene una estrecha relación con el principio de primacía de la realidad sobre las formas, para así determinarse que existe una solución de continuidad y no en contraposición la inexistencia de esta, pues se demuestra que la relación existente se entendía como un solo tipo de vinculación y la inexistencia de otro posible.

Además, es importante considerar cómo el concepto de solución de continuidad ha sido interpretado y aplicado en decisiones judiciales. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha analizado este concepto en diversas ocasiones. Uno de los criterios que más ha usado para determinar si cabe la figura en las relaciones de trabajo es la duración de la interrupción. Dicha duración se entiende como el tiempo que transcurre de la finalización de un contrato y la suscripción del siguiente contrato entre los mismos actores. El criterio que se presenta de manera generalizada es cuando este período es inferior a un mes. En ese caso no se genera solución de continuidad pues eso da a entender que no hay intención de las partes de iniciar una nueva vinculación, sino que corresponden a una mera formalidad, dado a que las interrupciones breves son aparentes y no rompen el vínculo que existe entre las partes. Caso contrario es cuando dichas interrupciones son superiores a un mes, eso rompe la continuidad de la relación lo que obliga a que se declare la existencia de varios contratos de trabajo (Gómez y Orozco, 2022).

En ese sentido se deja el análisis de cada caso en concreto a la interpretación del juez el tema de la solución de continuidad. Lo que resulta ser bastante recurrente, al presentarse en la mayoría de las veces, es que la relación laboral se comprueba debido a: la permanencia en el servicio, que no se trata de una contratación temporal y excepcional que hace la entidad pública, no es porque hay personal de planta con el que se puedan cumplir las funciones de la misma o que tenga los conocimientos técnicos y/o científicos del contratista que denotan una especialidad que el personal de planta no tiene (Avenidaño y Pérez, 2021).

Incluso dentro del relativismo propio de las ciencias humanas, que, sin ser exactas, incluyen siempre un mayor o menor grado de juicios subjetivos, el contrato parece aún lejos de obtener una concepción uniforme por parte de las mentes. A pesar de no ser uno de esos conceptos sobre los que se manifiesta más vivamente el proverbial desacuerdo de los juristas. Mientras unos lo interpretan en sentido amplio, incluyendo tanto los acuerdos productivos como los modificativos de responsabilidades, otros limitan su aplicación a los actos creadores de derechos, eliminando de su ámbito una serie de clasificaciones jurídicas basadas en un acuerdo de voluntades. Para algunos, sólo puede referirse a los derechos personales; para

otros, puede referirse tanto a los derechos personales como a los derechos reales, que también pueden establecerse, modificarse o extinguirse mediante un acuerdo, cuya sustancia jurídica sería la misma que la de un contrato jurídicamente vinculante, aunque los elementos económicos sean diferentes (Hoyos Pertuz, 2020).

Tradicionalmente, quizás debido a las necesarias simplificaciones y a las sugerencias más comunes de la experiencia, el contrato se ha presentado como una operación o hecho en el que intervienen dos personas. Esta formulación constituye otro punto de partida para el disenso doctrinal. Si se toma con rigor, es decir, no admitiendo la figura de un contrato donde no haya dos -y sólo dos- personas, esta esquematización excluye inmediatamente del ámbito de la contractualidad los acuerdos plurilaterales y la conjunción volitiva consumada por obra de una sola persona.

Precisamente esta cuestión del mayor o menor alcance del concepto ha sido interpretada de forma diferente por los autores. Por ejemplo, para quienes identifican el concepto de contrato en el marco de la teoría general del negocio jurídico y lo identifican como de naturaleza bilateral, la naturaleza de la relación, carecería de importancia, y el criterio para determinarla en el ámbito más amplio del negocio jurídico sería meramente formal. Fundamental sería “la estructura del negocio”, el “modo de ser y constituirse” de la voluntad que opera conjuntamente efectos jurídicos (Sierra y Lacouture, 2023).

Otro aspecto que conviene destacar aquí, junto al equívoco meramente extensional del concepto, se refiere a la variación entitativa del término contrato. Según Agamez (2020), la palabra denota, en su uso común, tres cosas diferentes en varias combinaciones: primero, la serie de actos operativos de las partes, que expresan su acuerdo, o una parte de estos actos; segundo el documento material en el que se expresa este acuerdo, y que, por esta misma razón, presupone la conclusión de actos anteriores, reflejando la intención de las partes; tercero, las relaciones jurídicas resultantes de los actos operativos de las partes, que preferimos llamar situación contractual.

Puede decirse que las fluctuaciones a las que se ha hecho referencia hasta ahora sobre la delimitación exacta del contrato son independientes de un contexto histórico, ya que no son el resultado de condiciones situacionales. Para aumentar el desacuerdo, también se discute si la intervención del Estado moderno en la vida de los contratos, al restringir enormemente la autonomía de las partes, no ha llegado al punto de aniquilar la viabilidad de un acuerdo libre en la esfera de los intereses patrimoniales (González-González, 2018).

Este debate se torna aún más complejo al considerar los cambios históricos y socioeconómicos que han influenciado la naturaleza de los contratos. Por ejemplo, es bien sabido que la experiencia del industrialismo, que condujo a la formación de grandes empresas, la concentración del capital, la producción a gran escala y otros innumerables efectos en el orden económico, marcó el inicio de una profunda transformación en el sistema dominante de bienes y servicios. Esta circunstancia, unida a las vicisitudes de dos grandes guerras y a la generosa influencia de las nuevas ideas sobre el trabajo, la propiedad y la familia, fue despertando en los legisladores la conciencia de los llamados derechos económicos y sociales (Torres-Barrera, 2019).

Esta evolución en la comprensión y aplicación de los contratos, influenciada por cambios socioeconómicos significativos, también se refleja en la evolución de la concepción de los derechos naturales. Como señala González (2020), ha habido un cambio fundamental y una lenta, pero persistente, irrupción de la persona humana en los marcos institucionales del Derecho, que fue dando forma a una nueva concepción de los derechos naturales. Muy distinta de la que prevalecía en el siglo XVIII, pues mientras la primera operaba de forma más geométrica y razonaba sobre la base de un ser humano ideal o imaginario, y por tanto realmente inhumano y ficticio; la segunda parte es una visión realista del hombre y de su condición existencial, y es por tanto auténtica y redentora.

El hombre que en el iusnaturalismo racionalista detentaba el poder de prerrogativas inalienables era abstracto e impalpable. Podía decirse que existía en la razón de sus creadores, pero nunca se le encontró caminando por las calles, bebiendo en las tabernas, trabajando o padeciendo hambre, miseria y enfermedad. Ni siquiera de fiesta y jolgorio en las cortes, porque su existencia nunca logró salir del empíreo de la idealidad. La nueva corriente de los derechos naturales, en cambio, se centra en el ser humano en su realidad misteriosa, densa y a menudo desconcertante. Se interesa por el hombre real, con sus dolores, anhelos y frustraciones, el hombre inmerso en la concreción de la existencia, en el Dasein de la vida cotidiana, en el pesanteur de su contingencia carnal. Este planteamiento no niega en absoluto la idea universal del hombre, porque sólo se puede hablar de un derecho natural del hombre si se refiere al hombre como tal, y no sim-

plemente al hombre histórico. Lo único que se rechaza es una falsa idea del hombre; una idea inadecuada al ser de la experiencia concreta.

Esta reflexión sobre el cambio en la percepción del ser humano en la teoría de los derechos naturales nos lleva a una cuestión paralela en el ámbito del derecho contractual. Para muchos, el dirigismo contractual, si no ha aniquilado completamente el contrato, le ha quitado parte de su sustancia. Según Porrás-Soto (2019), lo que existe a este respecto es un desacuerdo entre lo nocional y lo real, puesto que la noción de contrato ya no se corresponde con su configuración real. Para él, los contratos dirigidos y los contratos colectivos no pueden ser contratos en el sentido pleno del término.

Se argumenta que la libre discusión previa, aunque no se mencione expresamente en la ley como esencial para el contrato, forma parte de su espíritu. Sin embargo, lo que ha ocurrido como consecuencia del dirigismo es que esta libertad de discusión, que implica libertad de contenido en los acuerdos, se ha vuelto escasa, y a veces francamente inexistente. La inoperancia de diversas cláusulas, la presencia implícita de otras muchas, las disposiciones legislativas de excepción que impiden la aplicación subsidiaria del régimen común, han restringido la libertad de las partes en muchos casos a poco más que un simple acto de adhesión, y en otros muchos, precisamente a ese mínimo volitivo (Chica y Mendoza, 2021).

Esta limitación en la libertad de discusión y contenido en los contratos, encuentra un paralelo interesante en la evolución de la relación entre el Estado y los individuos, especialmente en el contexto de los acuerdos contractuales. Caballero et al. (2022) exploran cómo el desarrollo de la economía contractual corresponde a una transformación de la concepción clásica del Estado. La visión hegeliana del Estado ha quedado desfasada; ya no son tiempos en los que el individuo y el Estado se encontraban en una posición de contraste esencial, con el primero relegado a un estado de sujeción permanente; en particular, el jefe de una empresa ya no ve al Estado sólo como policía y distribuidor de impuestos, sino como cooperador esencial de su actividad. En consecuencia, la relación entre la administración y sus empleados se ha transformado.

De hecho, las empresas necesitan al Estado. ¿Qué empresa es hoy lo bastante grande, lo bastante poderosa, controla sus suministros, sus precios y la producción de sus productos como para planificar útilmente sus actividades sin relacionarse con el Estado y con otras empresas? Pero, al mismo tiempo, el Estado necesita a la empresa para realizar los objetivos de interés general que persigue. Cuando dos personas se necesitan mutuamente, las medidas de fuerza y autoridad quedan descartadas: se impone la negociación y el acuerdo está a punto de concretarse. La interpenetración de lo público y lo privado se manifiesta entonces; la noción de servicio público se diluye; los intereses privados se encuentran con el interés público (Caballero et al., 2022).

Esta interdependencia entre el Estado y las empresas, ilustra un cambio fundamental en la forma en que se conciben las relaciones públicas y privadas. Este cambio también se refleja en la esfera del derecho, como Sandoval y De la Cruz (2020) exploran en el contexto de la Ley de Maine, donde la dinámica del contrato y la ley evoluciona tanto a nivel doméstico como internacional, según la cual el contrato sucede a la ley o, dicho de otro modo, el derecho voluntario sucede al derecho impuesto. Hay que reconocer que, si bien esta ley es satisfactoria en el ámbito doméstico, no se aplica a las relaciones internacionales, donde ocurre lo contrario: el derecho convencional va primero, seguido del derecho impuesto. Puede conjeturarse, sin embargo, que el fortalecimiento de las organizaciones internacionales, permitiendo el establecimiento definitivo del monismo con la supremacía del derecho de gentes, terminará por extender el derecho evolutivo de Sumner Maine también al orden externo, y se tendría entonces la secuencia: derecho convencional - derecho impuesto - derecho convencional.

El nuevo estilo de contractualidad, presente en los diversos comportamientos señalados, constituye para el observador atento una interesante apertura por la que acceder a la dimensión social del Derecho Privado. La concepción individualista del Derecho Privado se basaba enteramente en la idea de competencia. El contrato se presentaba incluso como un equilibrio momentáneo de fuerzas antagónicas. El principio cardinal que lo informaba todo era el de la obligación, concebida como un vínculo jurídico ejercitable por coacción. Ni siquiera el derecho de familia, tan impregnado de contenidos éticos y hasta emocionales, escapó a este dominio tiránico (Atehortúa Arango, 2021).

A pesar de la gran variedad de posiciones sobre la idea de contrato, lo cierto es que en todas ellas existe el elemento de la libertad, verdadero denominador común de las distintas concepciones. Es cierto que a la hora de caracterizar esta libertad las mentes vuelven a divergir, pues mientras unos se conforman con reconocerla como un mínimo de poder volitivo, otros entienden que no se puede hablar de libertad cuando

la autodeterminación de las partes contratantes no alcanza un nivel razonable de expresividad. Pero este mismo conflicto parece confirmar claramente que la esencia de la idea contractual reside en la libertad.

Desde hace algún tiempo, es habitual referirse a la evolución más significativa que se está produciendo en el Derecho civil como su publicitación. Aunque no se puede negar el hecho de que el Estado está absorbiendo progresivamente el ámbito que antes se dejaba a la autodeterminación de las partes, lo cierto es que esta fórmula, además de desafortunada, sólo capta un aspecto del fenómeno, que, por cierto, no es el más relevante. Es desafortunada porque imperativo o “dispositivo” no son criterios seguros para separar ramas de la ciencia jurídica, y también hay que señalar la falacia de una oposición rígida entre lo público y lo privado.

Además de la creciente implicación del Estado en el ámbito tradicionalmente regido por la autonomía de las partes, como se mencionaba anteriormente, Lamprea-Gil (2021) argumenta que esta evolución va más allá de una simple publicitación del Derecho civil. También ha dicho que la fórmula es pobre en revelaciones. El sentido profundo de las transformaciones que está experimentando el Derecho reside en su progresivo dimensionamiento social, que se traduce en una mejor incorporación de la persona humana a su sistema, en la sustitución de las ideas de competencia y concurso por otras más humanas de colaboración y buena voluntad, haciéndose, en definitiva, más dúctil y funcional.

IV. Conclusiones

En este ejercicio académico se visibilizó la problemática de la realidad del Contrato de Prestación Servicios en la Administración pública en Colombia; para ello se presentó al contrato de prestación de servicio como elemento de la contratación pública, luego se expuso las posturas, que frente al contrato de prestación de servicios y la configuración del contrato realidad, han asumido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y finalmente, se explicó la relación existente entre el concepto solución de continuidad y la figura contrato realidad.

A través de un recuento normativo, se abordó el concepto de la Contratación Pública, definido inicialmente en la Constitución Política de Colombia de 1991 (art. 355), y desarrollado posteriormente en el Decreto 777 de 1992 y la Ley 80 de 1993. Esta última adopta el Estatuto General de la Contratación Pública. En primer lugar, se presentan los principios que rigen la función administrativa: transparencia, economía y responsabilidad. En segundo lugar, se define el contrato de prestación de servicios como “un acto jurídico generador de obligaciones, celebrado por entidades estatales para desarrollar actividades vinculadas a la administración o al funcionamiento de la entidad”. En tercer lugar, se exponen las limitaciones aplicables a dicha figura contractual, destacando que solo se pueden celebrar estos contratos cuando las actividades asociadas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En todo caso se aclara que la figura “contrato de prestación de servicios” fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mucho antes de los 90’s, pues ya con la Ley 30 de 1930 empezó a hablarse de la posibilidad de que el ejecutivo contratase bajo esta figura los servicios de asesores expertos o consejeros técnicos. El concepto fue regulado más tarde en el Decreto 1750 de 1976 y en el Decreto 222 de 1983 y en ambos cuerpos normativos se mantuvo la idea de que el objeto del contrato de prestación de servicios comprende actividades que, por su tecnicismo y especialidad, no pueden ser desarrolladas por personal de planta, siendo esta particularidad la que permite diferenciarlo de un contrato de trabajo.

La reglamentación del esquema de contratación, en particular la contratación mediante contrato de prestación de servicios puede ubicarse en la Ley 1150 de 2007 y en la Ley 1882 de 2018, la primera norma dispuso algunas reglas para asegurar el mejor aprovechamiento de los recursos públicos e incentivar la transparencia en la administración de los mismos; la segunda buscó fortalecer la gestión contractual desarrollando los principios de eficacia y transparencia. En síntesis, se llegó a la premisa de que la contratación estatal es conflictiva, ineficiente e ineficaz, por lo que la incorporación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas busca solucionar casos en los que se desconocen e inaplican las normas que regulan un asunto particular, por ejemplo, el encubrimiento de relaciones laborales bajo la figura de contrato de prestación de servicios.

La visión jurisprudencial del problema también fue analizada. Para ello se realizó la revisión de dos conceptos, contrato de prestación de servicios y contrato realidad, o lo que es lo mismo, principio de primacía de la realidad sobre las formas, a través los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a los conceptos aludidos. La Corte Constitucional ha señalado que este se diferencia del contrato de trabajo porque en aquel (el contrato de prestación de servicio) no está presente la subordinación,

elemento constitutivo de la relación laboral. Además, define que los contratos de prestación de servicios presentan características como: (a) incorporar una obligación de hacer, que requiere de la aplicación de experticia y conocimiento técnico; (b) el contratista es una persona autónoma e independiente desde el punto de vista técnico y científico; (c) es un contrato temporal; (d) es una herramienta de carácter excepcional, transitoria y esporádica (Corte Constitucional, Sentencia C – 154/97, 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara).

Respecto al principio de primacía de la realidad sobre las formas, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C – 665/98 de 1998, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, explica que este principio es una figura jurídica. Dicha figura permite presumir la existencia de una relación laboral cuando, durante un litigio, se demuestra que en la relación administración-contratista se presentan los tres elementos característicos de dicha relación: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación. Esto es aplicable incluso si el contrato que origina la relación es, en apariencia, de naturaleza civil o comercial. Igualmente se destaca que el desconocimiento o la inaplicación de la norma laboral, que da lugar a la aplicación del contrato realidad, es una manifestación de que la administración pública desconoce el régimen laboral colombiano y lo vulnera por permitir el ingreso a la función pública sin las formalidades para ello establecidas, y por fomentar las desigualdades salariales y prestacionales dentro de sus distintas entidades (Corte Constitucional, Sentencia C – 094/03, 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño).

Las consideraciones del Consejo de Estado también son destacadas. Manifiesta que la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas implica que el Estado-Empleador debe reconocer los derechos mínimos e irrenunciables que corresponden al Contratista-Trabajador. Además expresa que la aplicación de este principio termina con la configuración de un contrato realidad y que para esto ocurra es necesario que se demuestre que el contratista realmente actuaba bajo la subordinación de la administración. En sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 el Consejo de Estado establece los parámetros que ha de acatar la administración al contratar mediante contrato de prestación de servicios y aclara que la imposición de limitaciones frente a la aplicación de la figura no puede interpretarse como una herramienta para desestimular el uso de los mismos, pues son un instrumento jurídico que permite solucionar las necesidades técnico-científicas de la administración Pública.

En la providencia precitada el Honorable Consejo además crea una subregla jurisprudencial, con la cual define cuando los contratos han sido celebrados con solución de continuidad. La regla aludida dispone que:

Si la contratación, siguiendo estas características, se da dentro de los 30 días hábiles, desde la finalización del último contrato, debe entenderse que existe una única relación laboral continuada, pero exclusivamente en aras a calcular la prescripción de los derechos laborales, salariales y prestacionales que son exigibles en estos casos (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-025-CE-S2 de 2021, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez).

A partir de este concepto de solución de continuidad, se desarrolló la discusión sobre ¿cuál es la relación entre el concepto solución de continuidad y la realidad de los contratos de prestación de servicios con entidades estatales? Frente a ese interrogante se plantea que en la práctica la solución de continuidad (la interrupción de las relaciones laborales-administrativas) se ha utilizado como una forma de disminuir los derechos mínimos, indiscutibles e irrenunciables de los trabajadores estatales, pues en virtud de tal (la interrupción) se genera la prescripción de los derechos que pudieran ser reconocidos tras la declaración de un contrato realidad.

Pese a lo dicho en el plano jurisprudencial tanto el concepto de solución de continuidad, como el principio de primacía de la realidad sobre las formas (contrato realidad) comparten un mismo objetivo, esto es, salvaguardar los derechos del trabajador, máxime cuando aquel se encuentra vinculado mediante el uso abusivo de formas contractuales que disminuyen sus derechos, verbigracia, contratos de prestación de servicios.

El Consejo de Estado y la Corte Constitucional han empleado el concepto solución de continuidad para determinar si la relación encubierta mediante contratos de prestación de servicio da origen a uno o varios vínculos laborales, la subregla además permite calcular la prescripción de los derechos derivados de un contrato realidad, ofreciendo así un parámetro interpretativo que permite deslindar de las formalidades (la celebración de contratos sucesivos) la real intención de las partes (mantener y/o romper el vínculo laboral).

Junto a esta consideración se propone que la aparición del concepto (solución de continuidad) y la aplicación del mismo a los contratos laborales administrativos es el resultado de cambios históricos y socio-

económicos que influyen en la naturaleza del contrato, la concepción del hombre y de la relación existente entre este y el Estado.

Con todo, la visión normativa y jurisprudencial del asunto permite identificar como opera el concepto solución de continuidad en el marco de los contratos de prestación de servicios que encubren verdaderas relaciones laborales entre la administración pública y sus colaboradores y posibilita el planteamiento de una discusión en la que la solución de continuidad se convierte en una regla interpretativa que permite al juez administrativo determinar el alcance (temporal y prestacional) de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador administrativo.

V. Referencias Bibliográficas

- Agamez Agamez, L.K. (2020). La subordinación como elemento necesario para acreditar la existencia de un contrato laboral entre los trabajadores y el sector público cuando la vinculación inicial asume la forma del «contratista». *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 12(23), 178-193. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.23-2020-2662>
- Ardila Rincón, J.R., Florez Martínez, Y.P., & Asprilla Bolívar, Y. (2020). Análisis jurídico de las garantías laborales de las trabajadoras sexuales en el marco del estado social de derecho colombiano. *Pensamiento americano*, 13(25), 141-155. <https://doi.org/10.21803/pensam.13.25.387>
- Atehortúa Arango, A. de J. (2021). Vulneración de derechos laborales en contratos por prestación de servicios en las entidades estatales [Tesis de Especialización]. Universidad de Antioquia. <https://hdl.handle.net/10495/25953>
- Caballero Palomino, S.A., Lozano Parra, J. S., Cruz Cadena, K.Y., & Parra Cárdenas, A. (2022). Aplicación del fuero materno en los contratos de maternidad subrogada: retos y desafíos en el ordenamiento jurídico colombiano. *Pensamiento Americano*, 15(29), 139-151. <https://doi.org/10.21803/penam.15.29.5>
- Chica Miranda, J., & Mendoza Polo, D.P. (2020). Principio de primacía de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios en la administración pública [Disertación]. Universidad Santo Tomás. <http://hdl.handle.net/11634/32494>
- Congreso de Colombia. (1930, Septiembre 08). Ley 3 de 1930 Sobre autorizaciones al poder ejecutivo. Diario oficial N. 21486. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1557552>
- Congreso de Colombia. (1992, Mayo 16). Decreto 777 de 1992. Por el cual se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política. Gaceta Institucional. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1454>
- Congreso de Colombia. (1993, Octubre 28). Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Gaceta Institucional. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>
- Congreso de Colombia. (2007, Julio 16). Ley 1150 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. Gaceta Institucional. http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#:~:text=LEY%20115
- Congreso de Colombia. (2013, Abril 15). Decreto 723 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. Diario oficial N. 487662. <https://www.suin->
- Congreso de Colombia. (2018, enero 15). Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Gaceta Institucional. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84899>
- Congreso de Colombia. (2018, Febrero 2). Decreto 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N. 36189. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>
- Consejo de Estado. (2010, 4 de marzo). Sentencia 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08). Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/85001-23-31-000-2003->
- Corte Constitucional. (1997, 19 de marzo). Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara. Gaceta institucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-154-97.htm>

- Corte Constitucional. (1998, 12 de noviembre). Sentencia C-665 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara. Gaceta Institucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-665-98.htm>
- Corte Constitucional. (2003, 11 de febrero). Sentencia C-094 de 2003. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Gaceta Institucional. <https://www.funcionpublica.gov.co/Eva/Gestornormativo/Norma.Php?l=14715>
- Corte Constitucional. (2018, 10 de mayo). Sentencia U-040 de 2018. Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger. Gaceta Institucional <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/su040-18.htm>
- Corte Constitucional. (2020, 3 de septiembre). Sentencia T-388 de 2020. Magistrado Ponente Diana Fajardo Rivera. Gaceta Institucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-388-2020.htm>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2019, 14 de marzo). Concepto 82151 de 2019. Radicado No. 20196000082151. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=95374#:~:text=Por%20solución%20de%20continuidad%20se,ruptura%20de%20la%20relación%20laboral.>
- Díaz Vargas, J.A. (2012). El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública (13.a ed.). Universidad Sergio Arboleda. <http://hdl.handle.net/11232/90>
- Gómez Cetina, D., & Orozco Espinosa, C.A. (2022). La solución de continuidad en materia laboral en los sectores público y privado. Universidad Externado de Colombia. <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=Z7aAEAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT6&dq=>
- González Ricaurte, J.C. (2020). Contrato realidad como principio del derecho al trabajo frente al contrato de prestación de servicios en Colombia [Tesis de pregrado]. Institución Universitaria Politécnico Gran colombiano. <http://hdl.handle.net/10823/2148>
- González-González, A.P. (2018). El contrato de prestación de servicios y el principio de estabilidad laboral constitucional en Colombia [Tesis de pregrado]. Universidad Católica de Colombia. <https://hdl.handle.net/10983/20095>
- Hoyos Pertuz, Y.J. (2020). El contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. *Derectum*, 5(1), 107-113. <https://doi.org/10.18041/2538-9505/derectum.1.2020.7260>
- Lamprea-Gil, J.C. (2021). Derecho al trabajo y libre movilidad de las empresas en la actualidad: Consecuencias jurídicas de la deslocalización productiva en la legislación laboral en Colombia [Tesis de pregrado]. Universidad Católica de Colombia. <https://hdl.handle.net/10983/25753>
- Porras-Soto, E.F. (2019). Las plataformas móviles una mirada al contrato laboral en Colombia [Tesis de pregrado]. Universidad Católica de Colombia. <https://hdl.handle.net/10983/23300>
- Sandoval Quintero, H., & De La Cruz Giraldo, G.N. (2020). Principios constitucionales del derecho laboral administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. *Prolegómenos*, 22(44), 11-34. <https://doi.org/10.18359/prole.3101>
- Sierra Fernández, G.A., & Lacouture Espinosa, A.J. (2023). Contrato Realidad en las relaciones laborales [Tesis de especialización]. Universidad Simón Bolívar. <https://hdl.handle.net/20.500.12442/13049>
- Torres-Barrera, L.Y. (2019). Análisis del contrato por prestación de servicios, como una modalidad alterada al momento de dar cumplimiento el mandato constitucional [Tesis de pregrado]. Universidad Católica de Colombia. <https://hdl.handle.net/10983/23351>
- Vega De Herrera, M.V. (2006). El debate jurídico en torno al contrato de prestación de servicios. *Prolegómenos*, 9(17), 67-75. <https://doi.org/10.18359/prole.2585>

