

DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS Y CONTRATO REALIDAD EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO¹

Of the contract for the provision of services and the real contract in social enterprises of the state

Jorge Alberto Loaiza Valencia²

Carolina Orrego Otálvaro³

Resumen

En vista de las deficiencias observadas en el cumplimiento de las garantías de los derechos de los trabajadores, frente a las irregularidades en contratos por prestación de servicios con Empresas Sociales del Estado (E.S.E), se analizó el cumplimiento del Artículo 53 de la Constitución Nacional de Colombia, a la luz de la normatividad y jurisprudencia en referencia a la primacía de la realidad en las relaciones laborales. Se identificaron los criterios para la contratación por prestación de servicios, los aspectos que aportan a la acreditación de la relación laboral, las irregularidades más comunes en la contratación pública y los aspectos que apoyan la protección del trabajador, por medio del estudio del principio de primacía en el ordenamiento jurídico y de las sentencias pronunciadas por el Consejo de Estado y Corte Constitucional, principalmente en la configuración de los elementos de subordinación por ser de difícil identificación; con la finalidad de proporcionar una lista de chequeo que aporte a la eficiencia administrativa y a la evitación de problemas de orden legal y económico a las E.S.E. Se adelantó una investigación cualitativa-explicativa para el acercamiento a la problemática y encontrar las causas de la misma. Se obtiene que aunque existen criterios normativos y jurisprudenciales que guíen la contratación para las E.S.E., hace falta concentrar esfuerzos que garanticen la eficiencia administrativa, pero también, que eviten la vulneración de los derechos del trabajador. Hacen falta actores que jueguen en favor de los trabajadores, porque converger en un contrato realidad es fácil, cuando se simula una vinculación que existe solo en el papel, pero no es así de simple para el trabajador, comprobar la subordinación. Se concluye que quienes deben proporcionar su apreciación de los hechos en los tribunales, en ocasiones, propenden por la mera satisfacción del ordenamiento jurídico y no por la protección del trabajador. En consecuencia, no se está garantizando el cumplimiento del artículo 53 de la constitución, ni el restablecimiento del derecho de manera eficaz. Se brinda un instrumento para mejorar la eficiencia administrativa, producto del análisis y reflexión de la investigación, así como recomendaciones a los trabajadores en favor de su protección.

Palabras clave: Contratación pública, contrato de prestación de servicios, principio de la primacía de la realidad, contrato laboral, pruebas de subordinación.

¹ Artículo de investigación como requisito para optar al título de Maestría en Contratación Estatal.

² Estudiante de Maestría en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín. Investigador, E-Mail: abogado.loaizavalencia@gmail.com

³ Abogada, Mg. en contratación estatal Universidad de Medellín. Asesora, E-Mail: proteccionjuridicaoriente@gmail.com

Introducción

El Estado Colombiano ratificó su posición frente a convenios internacionales que propenden por condiciones laborales dignas, haciendo ineludible su aplicación en el ordenamiento interno, en aras de evitar que se vulneren los derechos fundamentales del trabajador (Consejo de Estado. Sentencia 00222, 2018). En consecuencia, el Estado se compromete a velar por los intereses de los trabajadores de acuerdo con la regulación nacional, respecto a la estabilidad, remuneración, vacaciones pagadas, remuneración de días festivos, protección en salud [...], tomando las medidas necesarias en su orden interno y cooperación.

Para los empleadores, conocer las diferencias entre un empleo por prestación de servicios y un contrato laboral es una ventaja, pues podría ahorrarle dinero a la organización, ya que, en la primera modalidad el empleador no debe pagar el seguro de salud y otros beneficios que obtienen los trabajadores de planta con derecho a cesantías, prima, tiempo de vacaciones, incapacidades y liquidación (Procuraduría General de la Nación, 2015). Sin embargo, aunque las ventajas pueden ser múltiples, las limitaciones y riesgos potenciales también. Es de vital importancia profundizar en dicha comprensión, cuando se trata de un acuerdo o contrato establecido entre un individuo y una empresa del sector privado, que por asimetría de información o por mero desconocimiento de la modalidad de contrato, pudiere clasificar de manera errónea a los trabajadores (Hernández, 2021).

Cuando se hace referencia a la contratación pública, se asume que quienes se encargan de dicha labor, tienen plena y suficiente claridad, tanto de la modalidad de los contratos existentes, como de la manera en que se deben clasificar los colaboradores para la labor y el acuerdo o contrato a celebrar (Grupo de Gestión Contractual, 2021), no obstante, existen elementos que hacen difícil su realización, debido a las fronteras difusas entre estos contratos en la práctica (Benavides, 2010).

La irregularidad en la contratación pública, puede tratarse de un acto de mala fe o temeridad (Consejo de Estado. Sentencia 00222, 2018), o por omisión, siendo un acto delictivo que propicia la vulneración de los bienes jurídicos amparados por la ley (Código Sustantivo del Trabajo, 2011), lo que acarrea una sanción por la conducta punible, pero principalmente, es una práctica que necesita de acciones y/o estrategias que realmente ayuden a garantizar el respeto por los derechos de los trabajadores.

Cabe anotar que existen criterios y amplios planteamientos teóricos y conceptuales, que hacen referencia a la teoría del delito y al Estado Social y Democrático de Derecho como los expuestos por (González, 2008; Consejo Superior de la Judicatura, 2010; Gómez, 2006), para sancionar este tipo de actuaciones, mientras que, aunque existen guías institucionales e investigaciones para la contratación pública, no se evidencian mayores avances de acciones, estrategias y buenas prácticas que apoyen la contratación justa y responsable. Porque aunque existen instrumentos que guían el proceso de contratación, en los cuales se realizan recomendaciones para no incurrir en irregularidades, éstas tienden a sugerir reestructuración de las condiciones laborales para que se ‘encaje’ mediante lo escrito, en el contrato por prestación de servicios, obviando que en la práctica saldrán a la luz elementos que reflejan la realidad del contrato.

De acuerdo con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a 2019 existían más de 4.300 procesos en contra de la Nación por configuración del contrato realidad, pretensiones que “equivalen a casi medio billón de pesos” (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2019); gran parte de estos procesos corresponden a demandas presentadas en contra de las Empresas Sociales del Estado que suscriben contratos de prestación de servicios, sin importar si el personal profesional y/o de apoyo a la gestión cumple con actividades misionales y/o permanentes, superando la nómina establecida en la planta de personal.

Las Empresas Sociales del Estado usan esta tipología contractual de prestación de servicios de manera indiscriminada, y de forma sistemática, sin que los contratistas tengan autonomía e independencia. En este sentido, se configura una verdadera relación laboral quebrantando de manera sistemática la constitución, generando daño antijurídico para la entidad y provocando que un número significativo de contratistas acudan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a fin de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento de derecho. Lo anterior, para lograr el reconocimiento del principio de la primacía de la realidad y por ende, los derechos derivados del contrato realidad, situación que se ve reflejada en los diferentes despachos judiciales, tribunales administrativos e incluso en el Consejo de Estado, profiriendo importantes fallos al respecto, unificando jurisprudencia respecto al contrato realidad.

A esta problemática se enfrentan las Empresas Sociales del Estado, pues en repetidas ocasiones, contratan su personal asistencial ‘Quiénes tienen la prestación directa de servicios de

salud’, misional ‘realizando actividades de carácter permanente’ y administrativo ‘quienes tienen relación directa con el trámite administrativo para el buen funcionamiento’, mediante la figura de contrato de prestación de servicios, teniendo efectos jurídicos al llegarse a demostrar la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas.

En este sentido, se presentan deficiencias en el cumplimiento de las garantías, frente a las infracciones en contratos por prestación de servicios con Empresas Sociales del Estado, basados en el art. 53 de la Constitución Nacional de Colombia. Por lo anterior, se tiene como objetivo central, analizar el cumplimiento de dicho artículo, a la luz de la normatividad y jurisprudencia en referencia a la primacía de la realidad en las relaciones laborales frente a infracciones en los contratos celebrados con las Empresas Sociales del Estado, con el propósito de brindar un instrumento que apoye la contratación pública responsable.

El objetivo central, se pretende lograr por medio del estudio normativo y jurisprudencial de las particularidades y características de los contratos de prestación de servicios y laboral, establecer una herramienta jurídica que sirva como guía para las Empresas Sociales del Estado, que permita identificar los criterios necesarios para la contratación de profesionales acordes a la naturaleza de las actividades que deben desempeñar; a través del análisis del principio de primacía de la realidad en el Ordenamiento Jurídico desde lo Normativo y lo Jurisprudencial, para el reconocimiento y protección de las relaciones laborales, aspectos que también aportan para la acreditación de la relación laboral y finalmente, mediante el análisis de doctrina y Sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto a las irregularidades más comunes en el establecimiento de acuerdos y relaciones laborales.

Lo anterior, para minimizar el riesgo de vulneración de los derechos laborales debido a irregularidades en la contratación, aportando a la eficiencia administrativa y evitando a la vez problemas de orden legal y económico a las Empresas Sociales del Estado.

Metodología

De acuerdo con el Consejo de Estado, 2021; Tovar (2021), la violación de los derechos de los trabajadores respecto a la necesidad de declarar la existencia de un contrato laboral, continúa y se extiende. Con el análisis propuesto no se pretende agotar el tema sino hacer ostensible una parte del problema enunciado en líneas precedentes al identificar los hitos o criterios más importantes y de impacto, que se evidencian en la normatividad, jurisprudencia y doctrina. Se desarrolló un

estudio cualitativo de análisis documental y síntesis sin manipulación de variables, para descomponer el objeto de estudio en sus aspectos o cualidades principales, reflexionar respecto a su impacto, para finalmente sintetizar la información obtenida (Villabella, 2020), en un instrumento que ayude a verificar los criterios para la contratación pública en E.S.E.

La descomposición de estructura realizada, inició con la consulta normativa y jurisprudencial, doctrina, planteamientos teóricos y conceptuales, seguida del análisis e identificación de criterios que apoyen la contratación pública justa y digna, finalizando con el diseño de un instrumento que apoye la eficiencia administrativa para la contratación en las E.S.E.

Planteamientos teóricos y conceptuales

Empresas Sociales del Estado: Las Empresas Sociales del Estado son entidades públicas especiales (Corte Constitucional, Sentencia 665, 2000), que distribuyen funciones entre la administración central y los territorios, y/o entidades que cumplen labores especializadas, “con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa” (art.1). Éstas tienen como objetivo la prestación del servicio de salud público, siendo parte del Sistema de Seguridad Social en Salud. Éstas deben ser eficaces y eficientes, optimizar recursos y ofrecer calidad, con el propósito de mejorar las condiciones de salud de la población. Su estructura organizacional debe conformarse de acuerdo con la necesidad y requerimiento de los servicios que ofrece. Para la contratación aplica las normas del Derecho privado, utilizando discrecionalmente cláusulas previstas en la administración pública.

De acuerdo con el (Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 88731, 2020), la Ley 489 de 1998 regula la función administrativa de las E.S.E, definiendo los principios y normas básicas de su organización y administración pública, aplicándolas a todos los organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público, de la administración pública y a los servidores públicos. Estas entidades están sujetas a la Constitución y deben someterse a sus disposiciones.

Los individuos que se vinculen a las E.S.E, tienen carácter de servidores públicos y colaboradores oficiales. Respecto a los contratos, éstos se rigen por el derecho privado, pero de manera prudente con la capacidad y derecho de utilizar cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 para su protección por parte del Estado (Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 88731, 2020).

Para la contratación por prestación de servicios, solo se puede dar con personas naturales cuando las actividades no se puedan realizar con personal de planta o si estas requieren de cualificación especializada, por tanto, estos contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales, [...] salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada (Congreso de Colombia, Ley 80, 1993).

Primacía de la realidad: Este hace referencia al carácter irrenunciable de los derechos del trabajador y el carácter protector que debe emanar del mismo (Barahona, 2011). La primacía de la realidad como su nombre lo indica, es lo que realmente caracteriza los hechos y las situaciones que surgen de la vinculación con una labor, como indica Barahona (2011), no se trata de ligarse con la apariencia contractual, ni con la subjetividad jurídica, porque la realidad no depende del contrato firmado, sino de lo que el trabajador experimenta de primera mano.

De acuerdo con Cortés (2018), la realidad de la labor desarrollada por el empleado, vale más que la forma de vinculación que la modalidad contractual expuesta, por lo que es la situación propiciada por el empleador es la que definirá el vínculo laboral. El Derecho entonces, debe propender por minimizar las condiciones de desventaja que hacen débil la relación laboral, por tanto, no se trata de solo aplicar principios laborales, sino de hacer que prevalezca lo que surge en la práctica (Barahona, 2011). La primacía de la realidad no puede ser neutralizada por formalidades o documentos firmados para simular una situación, por ende, en la práctica debe preferirse la información que indica la realidad sobre el acuerdo en el que insiste el empleador.

Para este efecto, se expone el ejemplo de caso argentino en el que un médico obstetra logró comprobar su relación laboral en conformidad con el principio de primacía de la realidad, aportando las pruebas de remuneración, peritación contable y el testimonio de otros especialistas, lo que impidió que la entidad de salud demostrara que se trataba de prestación de servicios (Corte Suprema de Justicia Argentina. Sentencia 1268, 2002). Por otro lado, en caso de un inspector sanitario peruano, el trabajador proporcionó memorandos para comprobar la subordinación en los que se le designa con el cargo de coordinador, otro exponiendo que pasará a laborar de una división a otra, un documento de justificación de descanso médico, uno con llamado de atención por incumplir horario de refrigerio y otro en el que se le encara la dirección de otra sección, comprobando la naturaleza laboral de la relación (Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 06195, 2009).

En el caso de un profesional de la salud de México, se indica que frente a la duda de la existencia de relación de trabajo, la negativa del demandado, corresponde a su afirmación implícita respecto a lo que afirma el ‘contratista’, por tanto, es el demandado quien debe probar que este es un prestador de servicio. El contrato no puede ser el documento que pruebe la naturaleza del vínculo. Se comprueba a través de los materiales proporcionados para el desempeño de sus funciones, las órdenes de cómo y dónde debe realizar su trabajo y la expedición de credenciales que lo identifican como empleado la relación real que existía entre las partes (Suprema Corte de Justicia de México, 2003).

En caso colombiano, un médico que prestó sus servicios por nueve años a una clínica de Montería, suministró pruebas de llamados de atención, ingresos mensuales por sus labores de consulta externa y urgencias, realización de turnos de lunes a viernes de 12 horas, y de 48 horas por un fin de semana cada mes. Su reclamación judicial fue demostrada con las pruebas señaladas, solo tras impugnación, por lo que la Corte hizo énfasis en observar la naturaleza de la relación jurídica, respecto del trabajo ejecutado y no del contrato firmado, mediante la actividad personal y las situaciones de subordinación (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 22259, 2004).

Contrato por prestación de servicios: Este tipo de contrato no concibe el vínculo laboral, pues no se tiene relación directa con el empleador, evitando algunas obligaciones legales y laborales (Brantt & Mejías, 2018). Esta modalidad, se ha convertido en un recurso utilizado para la evasión de las garantías laborales. De acuerdo con Gaviria y Granda (2014), el contrato por prestación de servicios es una modalidad necesaria para la contratación pública, sin embargo, pasó de ser excepcional a general, fomentando el manejo político de las funciones, el debilitamiento de los sindicatos y las nóminas en paralelo. El desconocimiento de los derechos de los trabajadores por parte de entidades del Estado se está fundando en la contratación por prestación de servicios, generando detrimento patrimonial que podría ser evitado. Es el empleador quien debe abstenerse de cambiar en la práctica las condiciones de trabajo, para evitar desembolsos a favor de los trabajadores (Silva, 2011).

Subordinación:

La subordinación es “la dirección ejercida o susceptible de ejercerse por el empleador y la ejecución por parte del subordinado o trabajador”, entonces, para que exista la relación laboral se necesita prestar un servicio en subordinación jurídica o dependencia económica (Tribunal Superior

de Trabajo panameño, 2022). La primacía de la realidad es la que determina la relación y no las formas que esta pretende asumir. Por tanto, frente a la discordancia entre lo consignado en un documento y la situación práctica, se favorece esta última ‘el terreno de los hechos’, los cuales revelan la existencia de la subordinación. Es importante entonces indagar respecto a la forma como se dan las funciones y actuaciones y no solo supeditarse a la invocación de un(os) documento(s) (Romero, 2001). De acuerdo con el autor, la primacía de la realidad se hace explícita solo mediante los comportamientos que modifican de manera práctica, pero “inequívocadamente clara” (p.174) las condiciones laborales. Romero (2001) expone ejemplos de situaciones en las que el mismo contrato alude la subordinación, como el delegar responsabilidad frente al personal, por obligaciones derivadas de las normas que rigen en materia laboral.

CAPÍTULO I. Acerca de las irregularidades en la contratación pública

Existen varias sentencias expedidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, frente a lo que es el contrato realidad y el contrato de prestación de servicios. A través de su estudio y comprensión, es posible señalar los conceptos e hitos más importantes a tener en cuenta en los acuerdos y las relaciones laborales, y las principales irregularidades en las que se incurre en la contratación pública.

Al respecto se tiene que los contratos de prestación de servicios son válidos siempre que se encuentren dentro del margen regulatorio establecido en el artículo 32 de la ley 80 de (1993), es decir, cuando las funciones que se pactan en el documento, no puedan ser realizadas por personal de planta y las mismas requieran de conocimientos especializados, requiriendo de autonomía e independencia por un tiempo determinado, siempre y cuando dicha relación, dicho servicio no oculten una relación laboral prevista en el empleo público.

En Sentencia T-760 de (2008) la Corte Constitucional en materia de salud, expone que los contratos celebrados con el Estado, en especial los servicios de salud, se pueden satisfacer de diferentes maneras, los mismos deben respetar reglas mínimas y no afectar las normas de orden público (Congreso de Colombia. Ley 10, 1990). Se debe identificar el convenio o la verdadera relación jurídica, sin que tal acuerdo de voluntades, implique que no se pueda dar aplicabilidad a la primacía del principio de la realidad, y mucho menos, cuando los servicios de salud requeridos, se encuentren denominados dentro del empleo público, que se encuentra detallado en la norma.

De conformidad con lo anterior, el Gobierno Nacional reguló el servicio público en materia

de salud, por medio de la expedición del manual de funciones y requisitos del sector, mediante el Decreto 1335 de 1990 del Ministerio de Justicia, específicamente en su artículo tercero; y la clasificación de los empleos en entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con el Decreto Ley 785 de 2005, artículo 34.

1.1. Contrato realidad

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, el cual hace referencia al estatuto del trabajo, adjudica especial importancia al contrato realidad para la protección de las personas que laboran para el Estado bajo la modalidad de contrato por prestación de servicios, en “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (párr.1). Aunque existen elementos diferenciales en el vínculo profesional de este contrato, en ocasiones, no es fácil estructurar una línea jurisprudencial realmente clara y fiable (Benavides, 2010), sin embargo, existen fallos del Consejo de Estado que pueden aportar a dicha orientación, aunque también, otros que como indica Benavides (2010), adjudican, por ejemplo, a una señora contratada para servicios generales y cafetería en la dirección seccional de administración judicial, el título o condición de ‘empresaria del aseo’, porque su labor no hacía parte de los cargos previstos inicialmente para la planta de personal.

De acuerdo con Benavides (2010), la subordinación es uno de los elementos que aportan de manera determinante como prueba para el restablecimiento de derechos, pero también como guía de cara a la contratación. El autor indica que la existencia de horario de trabajo, el asignar turnos en formatos de trabajo, que exista un supervisor de labores, memorandos de amonestación, tener que reportar el desarrollo de tareas, los viáticos, entre otros, funcionan como elementos de prueba y de prevención, que aunque de manera individual no son suficientes, al presentarse varios de ellos si son un indicio importante que refuerza la posibilidad de irregularidad. Además de otros indicios de ocurrencia que ayudan a determinar la relación de trabajo como: brindar herramientas y otros recursos para la realización del trabajo, pagos en especie (para vivir, alimentarse, transportarse hacia el lugar de trabajo), reconocimiento de descanso cada semana, vacaciones cada año, etc.

En este sentido, para el restablecimiento del derecho laboral frente a irregularidades en la contratación⁴ (Consejo de Estado, Sentencia 90305, 2020), no solo basta con enumerar los

⁴ Sentencia 90305 de 2020. Caso en el que un escolta del DAS fue contratado para el desempeño de sus labores con contrato de prestación de servicios siendo en la práctica permanente. Aunque no se aportaron las pruebas de la

elementos de prueba, también es necesario que los empleados que consideran que sus derechos han sido transgredidos, se encarguen de recopilar y suministrar pruebas de subordinación. En ocasiones las posiciones adoptadas en la jurisprudencia y el Consejo de Estado son disímiles y/o formalistas como para trazar de manera clara la frontera requerida entre contrato por prestación de servicios y el laboral (Benavides, 2010). Es así como se evidencia que algunos jueces en contra de las pretensiones de la Corte Constitucional, solo juegan a favor del contratista, cuando este puede aportar pruebas, aunque la suma de los elementos subordinantes en la práctica, expongan claros indicios de una relación laboral⁵ como se evidencia en (Consejo de Estado, Sentencia 00400, 2020), un ejemplo de promoción de uso fraudulento.

Haciendo referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto a la unificación de reglas en la teoría del contrato realidad por observarse que la violación sistemática de los derechos de los trabajadores continúa y se extiende, Tovar (2021) indica que si bien se reiteran las características que se deben cumplir para el contrato por prestación de servicios, también se cometen irregularidades al insistir en la improcedencia de la devolución de los aportes realizados a la seguridad social por el contratista, porque son obligatorios de naturaleza parafiscal, aunque se demostrara contrato realidad. A lo cual se indica que debería ser la entidad empleadora la que desembolse el dinero adicional en el que incurrió el contratista.

El Consejo de Estado reiteró como principales características para el contrato por prestación de servicios: funciones ocasionales por el tiempo de ejecución del contrato, cumplir de manera excepcional y temporal con funciones misionales, si se demuestra que no existe suficientes colaboradores de planta o con la cualificación especializada necesaria (Tovar, 2021).

De igual forma, se mencionan los principales criterios que ayudan a identificar la existencia de una relación laboral que subyace de la prestación de servicios, siendo estos: Subordinación de

remuneración mensual, la entidad no expuso oposición, dándose por entendido que sí se realizó y que correspondía a una función permanente. Aunque se trataba de un cargo que no hace parte del ESE, es un ejemplo de cómo se resuelven algunos casos en Colombia.

⁵ Sentencia 00400 de 2020, se afirma que debe hacerse valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla, [...] pero que se requiere que la parte demandante (médico del Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.) pruebe los elementos esenciales de la misma. El demandante no demostró todos los elementos que expuso de subordinación [...] limitándose a allegar las copias de los contratos firmados como prestación de servicios, más la agenda que se concertó para el desempeño de las actividades. Se confirmó la decisión de la primera instancia debido a la falta de pruebas.

forma continuada, la remuneración, la prestación personal del servicio y la existencia de los estudios previos que deben realizarse para analizar la conveniencia o inconveniencia de la contratación y los procedimientos llevados a cabo para la autorización y aprobación de la misma (Consejo de Estado. Sentencia de unificación de jurisprudencia, 2021). Este criterio puede funcionar de manera positiva para cualquiera de las partes, ya sea por su existencia y procedimiento, o, por su inexistencia que podría beneficiar al contratista

Es así como adquiere especial importancia el análisis de los hitos más relevantes en Sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Por lo general, se pide que el actor que solicita el restablecimiento de su derecho sea quien compruebe la subordinación o dependencia y no, que el demandado ratifique que el contrato es lícito, para el correspondiente análisis de los comportamientos y procedimientos solicitados en el desarrollo de las funciones, como es recomendado en otras legislaciones. Se presenta un caso en el que el Hospital Departamental de Villavicencio ESE, contrató por prestación de servicios a un individuo, en calidad de médico general por 7 años, el cual debía cumplir horario impuesto por turnos de más de 180 horas al mes, incluyendo el fin de semana. El mismo, atendió a los pacientes asignados según protocolos de la entidad, revisando evolución de los pacientes y registrándola en historia clínica, diligenciamiento de RIPS y procedimientos realizados, cumplimiento estricto de turnos, diligenciamiento de formatos, asistencia a reuniones, entre otras exigencias de la entidad. Aunque el demandante brindó las pruebas correspondientes, incluyendo los cuadros de turno con rotación en tres jornadas de lunes a Domingo. El Consejo de Estado indicó que aunque sí se ratificaron algunos presupuestos que constituyen relación laboral con el hospital, no fue posible probar la subordinación o dependencia con el mismo (Consejo de Estado, 2020).

En caso de accionante contra ESE hospital San Antonio de Manzanares de Caldas, se negó el reconocimiento de la relación laboral entre el médico y la entidad por prestar sus servicios por medio de la empresa Cootraoriente, con turnos de 8am a 8 pm y de 8pm a 8am, así mismo, con consultas en veredas cercanas para lo que debía tener disponibilidad permanente. Mensualmente se pagaba al individuo un salario a título de compensación. Se ratificó la prestación del servicio en la entidad por convenio con Cootraoriente, en medicina legal, urgencias, medicina general, debiendo solicitar aprobación al coordinador para cambio de turno con otros profesionales (Corte Constitucional, Sentencia 060, 2021).

El accionante proporcionó desprendibles de pago de la cooperativa como evidencia, en los que se le realizaba descuentos por salud, pensión y riesgos profesionales. La Corte Constitucional finalmente, comprobó el servicio prestado, la remuneración y la subordinación laboral, por no poder ejercer en un lugar diferente al centro asistencial, por tener que seguir los protocolos de la entidad y por no contar con autonomía e independencia. La Corte confirmó que los contratos por prestación de servicios y/o convenios que se realizaron con el personal médico, no solo del accionante, pretendieron enmascarar la verdadera relación laboral (Corte Constitucional, Sentencia 060, 2021).

CAPÍTULO II. Régimen Jurídico de los Empleados de las Empresas Sociales del Estado

De acuerdo con la finalidad de la contratación estatal, el Dr. John Fernando Restrepo, docente de la Universidad de Medellín, manifiesta que la contratación estatal persigue lo siguiente “Racionalizar los instrumentos de participación de las entidades estatales en términos contractuales” [...] e “Impregnar de los principios y fines del Estado social de derecho la actividad contractual del Estado”. Es decir que cada agente del Estado debe prever los mecanismos más eficaces e idóneos dentro de la contratación estatal, la cual debe ser acorde con los principios constitucionales que rigen la función administrativa, a fin de lograr el fin esencial del Estado, sin alterar el desarrollo armónico de las diferentes etapas que se surten desde el inicio de un proceso de contratación, hasta lograr el objetivo propuesto.

El sistema de seguridad social, regulado por la Ley 100 de (1993), artículo 195, numeral 6, indica que las Empresas Sociales del Estado se rigen por el derecho privado y discrecionalmente podrán incorporar dentro de sus contratos, las cláusulas exorbitantes previstas en los artículos 14 y siguientes Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación Pública.

El artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa está al servicio del interés general, por lo tanto, sus actuaciones se deben desarrollar bajo los principios de la función administrativa, tales como el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Así mismo, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, define que las entidades que se encuentren exceptuadas del Estatuto General de la Contratación Pública, deberán dar aplicación a los principios que rigen la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política.

En consecuencia, la reforma al Sistema de Seguridad Social en Salud, establecida en la Ley 1438 de (2011), específicamente en el artículo 76, establece que la contratación de las Empresas

Sociales del Estado se debe realizar con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Lo anterior, estableciendo la posibilidad de contratar personal con la capacidad de desarrollar actividades administrativas, asistenciales y misionales de carácter simple y especializada, bajo altos estándares de calidad y a bajos costos, garantizando la eficiencia y efectividad del Sistema de Seguridad Social en Salud.

En el año 2013, mediante Resolución 5185 del 14 de Diciembre de (2013) el Gobierno Nacional fijó los lineamientos con los cuales, las Empresas Sociales del Estado debían adoptar el estatuto de contratación con el cual deben regir su actividad contractual, indicando además, que las Empresas Sociales del Estado se rigen por el derecho privado, aplicando los principios que rigen la función administrativa, la sostenibilidad fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Dentro de sus posibilidades de contratación se permite la modalidad de contratación directa.

2.1. Conceptos y Jurisprudencia Respecto al Régimen de Jurídico y de Contratación de las Empresas Sociales del Estado

De conformidad con la jurisprudencia:

El Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 27 de agosto de (1998), radicación No. 1.127. Magistrado Ponente: Javier Henao Hidrón, señala que; en materia de contratación, las E.S.E. – Empresas Sociales del Estado, se deben regir por el régimen del derecho privado, con la autonomía de incorporar dentro de su ejercicio contractual las cláusulas excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 - Estatuto general de Contratación Pública.

Conforme lo anterior, y en concordancia con la ley 100 de 1993, específicamente en el artículo 195 numeral 6, las ESE- Empresas Sociales del Estado, se rigen por el derecho privado, con facultades de incluir las cláusulas “de interpretación, modificación y terminación unilaterales”; consagradas en los artículos 14 y siguientes de la ley 80 de 1993, del estatuto general de contratación pública.

Ahora bien, si el régimen aplicable de las ESE es el derecho privado, esto no quiere decir que las mismas se desvinculen del estatuto general de la contratación pública, pues de conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado, existen dos situaciones; la primera es que la aplicación del régimen privado es la regla general, misma que incorpora de forma especial la facultad de las

Empresas Sociales del Estado, la incorporación de cláusulas excepcionales, siempre que las mismas así lo resuelven; y la segunda, manifiesta el Consejo de Estado que es cuando las Empresas Sociales del Estado suscriben contratos, en especial, los de la tipología contractual de prestación de Servicios regulados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, en la Consulta N° 1.127, del 20 de agosto de 1998, la sala reitera lo mencionado con anterioridad, indicando que las Empresas Sociales del Estado se rigen por el derecho privado (derecho civil o comercial) en materia de contratación, mismas que en ejercicio de la disposición normativa otorgada por la Ley 100 de 1993, y en concordancia con la autonomía administrativa con la que cuenta, podrá discrecionalmente, disponer de las cláusulas excepcionales, que a su vez se regirán por la Ley 80 de 1993 – Estatuto general de Contratación.

En el mismo sentido irrestricto, indica que si dentro de su ejercicio contractual, las Empresas Sociales del Estado, emplean contratos regulados en el estatuto general de contratación, como lo es el del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no es procedente alejarse de la aplicabilidad del derecho privado.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta la discrecionalidad con la que cuentan las ESE – Empresas Sociales del Estado, las mismas no poseen libertad absoluta, pues todas las actuaciones se deben enmarcar en ciertos parámetros normativos como lo son los estipulados en el artículo 2, 3 y 209 de la Constitución Política. Es decir, que las actuaciones de las ESE se encuentran encaminadas a cumplir ciertos fines esenciales del Estado, amparadas bajo los principios constitucionales que rigen la Función Administrativa, pues de acuerdo con el Consejo de Estado; es deber de los responsables que adelanten proceso de contratación, visualizar desde una perspectiva amplia y objetiva, las necesidades para asegurar el interés colectivo, mismo que se debe enmarcar en estudios previos, estableciendo a su vez, el seguimiento necesario para un cumplimiento efectivo, y más cuando se trata de garantizar los derechos que tienen las personas a acceder a servicios de salud efectivos, eficaces, y sin dilataciones por procedimientos internos.

Para ello, las E.S.E. no solo debe observar las reglas que rigen el derecho privado, si no tener un campo de visión amplio, y dar paso a la observancia de los principios constitucionales que desarrollan los principios de la función administrativa, y a los principios y reglas del Estatuto general de Contratación – Ley 80 de 1993, tal y como lo indica la Ley 1474 de 2011, específicamente en su artículo 95, salvo en los casos expresamente señalados;

[...] la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad [...].

A su vez, y con el fin de dar garantía al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, como es el de prestación de servicios de salud, en prevalencia del interés colectivo, en la legislación se han introducido medidas de orden legal, como la establecida en la Ley 1438 de 2011, específicamente en el artículo 76, regulado por la Resolución 5185 del Ministerio de Salud y Protección Social, en la que se indica que las Empresas Sociales del Estado por medio de su Junta Directiva deben disponer de un estatuto propio de contratación, que garantice la eficiencia de las compras públicas, en el marco de un proceso de selección transparente, siempre que exista un beneficio en relación con la economía, oportunidad, efectividad y eficacia, respetando los principios rectores de la contratación estatal y los de la función administrativa.

A su vez, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente en concepto N° 42018130000074107, reitera que el régimen aplicable a las ESE – Empresas Sociales del Estado, es un régimen especial, mismo que no debe ser apartado de los demás preceptos legales y constitucionales en materia administrativa y contractual, por lo que en ejercicio de su actuar, deben dar observancia a los principios constitucionales y legales de la función administrativa, estableciendo para el desarrollo de sus procesos, un manual de contratación que garantice el debido proceso, la adecuada gestión fiscal, y el cumplimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Lo anterior, debe estar ceñido no solo a los lineamientos establecidos por Ministerio de Salud y Protección Social, sino que también, se encuentre acorde y en armonía con las determinaciones que se expidan en la materia por parte de la Agencia Nacional de Compras Públicas – Colombia Compra Eficiente.

De conformidad con las normas, conceptos y jurisprudencia analizada, se puede deducir que las Empresas Sociales del Estado son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y presupuesto propio, que en materia contractual se rigen por el derecho privado, salvo cuando se incorporan cláusulas excepcionales dado que las mismas se encuentran reguladas por el Estatuto General de la Contratación Pública.

Ahora bien, una vez que se tiene claridad frente al régimen jurídico y contractual, es importante identificar el régimen jurídico que aplica para los empleados de las Empresas Sociales

del Estado (Congreso de Colombia, Ley 10, 1990; Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 361421, 2019), que para el caso que no acontece, establece que para la estructura administrativa de las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud pueden categorizados de la siguiente manera ser: 1) de libre nombramiento y remoción, 2) de Carrera administrativa, y 3) trabajadores oficiales, estos últimos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales (Art. 26).

Así las cosas, una vez analizado el régimen jurídico y contractual de las Empresas Sociales del Estado, se establece que si bien los mismos se pueden regir por el derecho privado, también es cierto que no puede celebrarse contratos laborales, a excepción de los trabajadores oficiales, sino que los mismos cuando no sean propios de contratos de prestación de servicios, deberá ser aplicable al régimen de empleados públicos, es decir, se debe realizar a través del libre nombramiento y remoción, a través de carrera administrativa y/o a través de la vinculación de trabajadores oficiales, pero en ningún caso deben disfrazar la realidad laboral mediante la figura del contrato de prestación de servicios.

Pues como se evidencia, disfrazar la relación laboral no exime del pago de salario y prestaciones sociales, al contrario, se puede generar una condena que puede afectar drásticamente el erario público de las E.S.E, tal como se evidencia en algunos fallos que se relacionan a continuación:

Sentencia 00799 de (2018) del Consejo de Estado, en la cual se declaró la nulidad de los oficios que negaban la relación laboral, y como consecuencia se condenó dentro de los accionados a la E.S.E, ordenando el pago de prestaciones sociales correspondientes al periodo en el cual se pudo demostrar la existencia de la relación laboral.

Sentencia 00222 de (2018) de Consejo de Estado, en esta ocasión se condenó a la E.S.E, acreditando las circunstancias que dan origen al reconocimiento del contrato laboral.

Sentencia 081 de (2011) del Consejo de Estado, en este caso, se condenó a la E.S.E a reconocer y pagar las prestaciones que se dejaron de percibir por parte de la accionante, y además a pagar las respectivas cotizaciones al sistema de seguridad social para efectos de pensión.

Con lo expuesto anteriormente, se evidencia que puede resultar más costoso para una empresa Social del Estado fingir u omitir, que no existe una verdadera relación laboral. Puede

exponerse a gastos adicionales, sin perjuicio de las investigaciones de tipo fiscal y disciplinario que las mismas puedan generar por ir en contra del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO III. Contrato de Prestación de Servicios Vs Contrato Laboral

3.1. Aspectos Normativos

3.1.1. Contrato por Prestación de Servicios

Según lo contemplado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, específicamente en el artículo tercero; los contratos de prestación de servicios:

[...] los que se celebran por parte de entidades del Estado para el desarrollo de sus actividades y/o funcionamiento. [...] cuando en ausencia de personal de planta o en caso de requerir conocimientos especializados, se celebran con personas naturales. [...] se celebran por un término determinado.

Tal y como se estipula en la ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 3, la entidad estatal celebra este tipo de contratos a fin de desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento, cumpliendo con los fines esenciales del Estado, en pro de garantizar el interés general sobre el particular, preservando los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa. Haciendo referencia a lo reglado en la ley 80 de (1993), el contrato de prestación de servicios debe cumplir con unas características, entre las cuales se encuentra que, quien preste sus servicios deberá hacerlo de forma personal, siempre que no haya personal de planta que lo pueda ejecutar, es un contrato bilateral, pues genera obligaciones recíprocas para las partes que intervienen, nominado y oneroso.

Así las cosas, el contrato de prestación de servicios se debe regir por la modalidad de selección establecida en el manual de contratación establecida por la Empresa Social del Estado, misma que debe estar soportada en un estudio previo, el cual debe contemplar el análisis del sector, las condiciones de idoneidad y/o experiencia, que permitan contratar por un término determinado.

3.1.2. Contrato Laboral

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia contempla que los convenios internacionales ratificados por Colombia sobre el trabajo, forman parte de la legislación del país, así las cosas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), estableció bajo el principio “*salario*

igual por un trabajo de igual valor”, que todo miembro del convenio 111 debe formular políticas nacionales que promuevan métodos adecuados e igualdad de oportunidades en materia de empleo y ocupación, eliminando cualquier tipo de discriminación.

Así mismo, el Estado como parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, se obligó a lo establecido en los artículos 6 y siguientes, a establecer medidas que garanticen el derecho al trabajo lícito y libre, en condiciones y remuneración dignas y de decoro, que garanticen condiciones de subsistencia tanto para los trabajadores y sus familias, a partir de su vocación, su formación, independientemente de su género y condición física. De igual manera, dentro del compromiso del Estado, se encuentra la de abolir toda forma de presión y explotación laboral, garantizando estabilidad [...] (OEA, s.f.).

Ahora bien, el contrato de trabajo se encuentra definido en el código sustantivo del trabajo, especialmente en artículo 22, como aquel en el que una persona se obliga con otra; 1) De forma personal, 2) Bajo continua dependencia y/o subordinación (exigiendo el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo y lugar, o cantidad de trabajo, bajo estándares de dignidad, honor y preservación de los derechos mínimos legales establecidos), 3) A recibir remuneración como contribución por la labor encomendada (Código Sustantivo del Trabajo, s.f.).

3.2. Aspectos Jurisprudenciales

3.2.1. Frente al contrato de Prestación de Servicios:

La Corte Constitucional manifiesta que los contratos de prestación de servicios se celebran cuando se cumple con las siguientes características (Sentencia 614, 2009):

a. Existe la obligación de hacer. Es decir, que, a través de la formación, conocimientos, y/o experiencia, una persona se obliga con otra a la ejecución de ciertas actividades previamente acordadas. b. Quien se encuentre obligado, presta sus servicios de manera autónoma e independiente a partir de su grado de formación y/o experiencia. c. El término de ejecución del contrato de debe desarrollar por un término estrictamente indispensable, y su ejecución no se debe prolongar en el tiempo.

En el mismo sentido irrestricto, en sentencia de unificación del Consejo de Estado se establecieron las siguientes características del contrato de prestación de servicios:

(i) no se puede desarrollar actividades que se prolonguen en el tiempo, pues el término de duración debe ser determinado e indispensable para el cumplimiento de actividades requeridas para la administración o funcionamiento. (ii) se pueden celebrar con personas naturales o jurídicas, siempre y cuando esté debidamente justificado en los documentos previos, cuando los mismos no se puedan realizar con personal de planta, y/o cuando se requiera los conocimientos especializados. (iii) quien ejecute las actividades, deberá gozar de plena autonomía e independencia para el desarrollo de las mismas.

3.2.2. Frente al contrato de trabajo:

El contrato laboral, a diferencia del contrato de prestación de servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión, se caracteriza por: prestación personal del servicio, continua subordinación y dependencia y recibir como contraprestación del servicio una remuneración.

Situación diferente a la del contrato por prestación de servicios, pues la actividad desarrollada puede provenir de una persona jurídica, con la cual no es posible determinar el factor de prestación personal del servicio y la determinación para impartir subordinación y dependencia, e incluso, cuando se trate de personas naturales, sobre la misma no se imparten órdenes, si no instrucciones frente a aquellas actividades previamente estipuladas, lo que hace que las características se puedan diferenciar entre uno y otro, por hilos muy delgados, que si no se tienen claros, puede incurrir en el principio de la primicia de la realidad.

CAPÍTULO IV. Desarrollo del Principio de la Primacía de la Realidad en el Ordenamiento Jurídico desde lo Normativo y lo Jurisprudencial

4.1. Aspecto Normativo

La regulación legal de la primacía de la realidad se expone en la Constitución Política de Colombia, específicamente en el artículo 53, el cual indica que prima la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos procesales en la relación laboral. Es decir, ningún acuerdo de voluntad puede estar por encima de la realidad y mucho menos cuando se incorporan cláusulas que lo único que pretenden es ocultar una relación laboral, con el fin de evitar los derechos de los trabajadores a recibir sus emolumentos legales y prestacionales.

4.2. Aspecto Jurisprudencial

La Corte Constitucional hace referencia al contrato realidad; como un contrato autónomo e independiente del contrato de prestación de servicios, en el que la subordinación y la dependencia son elementos diferenciadores, siendo fundamental la garantía de localidad del contratista y la actitud del contratante, pues este último, es quien, en un margen muy estrecho, imparte instrucciones frente a ciertas actividades, o a contrario sensu, termina impartiendo órdenes, fijando horarios y subordinando en relación con la ejecución de ciertas actividades, convirtiendo un acuerdo de voluntades por prestación de servicios, en una tipificación laboral con derecho a prestaciones sociales y demás emolumentos legales.

En concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de los últimos años, se puede establecer que los derechos de las personas se han visto vulnerados por la figura del contrato de prestación de servicios, pues por medio de estos se promueve la desigualdad y desproporcionalidad frente a quienes ocupan un empleo público, situación que se aprecia en sentencia T-345 de (2015) de la Corte, y en la que indica claramente que lo acordado por las partes muchas veces no obedece a la verdad, si no a circunstancias totalmente distintas, lo que genera que en muchos de los contratos de prestación de servicios, se proceda con la declaratoria de una existencia de un contrato laboral.

Así mismo, el Consejo de Estado se pronunció mediante sentencia 1187 de (2012), indicando que la expresión "*En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales*" no consagró una expresión en derecho, pues la misma admite prueba en contrario, y puede ser llevada ante los estrados por quien resulte afectado para el reconocimiento del principio de la primacía de la realidad, y como consecuencia, el reconocimiento de aquellos emolumentos y prestaciones sociales que sean objeto de reconocimiento. Lo anterior dando cumplimiento a principio de la primacía de la realidad consagrada en la Constitución Política de Colombia, en protección de los derechos de los trabajadores que se ven menospreciados en acuerdos desiguales y desproporcionales que ocultan la verdadera relación laboral.

4.3. Criterios para Identificar la Existencia de una Relación Laboral

En sentencia de unificación del año 2021, el Consejo de Estado estableció que la celebración de varios contratos de prestación de servicios con un mismo contratista, durante una ejecución prolongada en el tiempo, en condiciones similares, hace tránsito a un mismo acto negocial, que termina desdibujando las característica establecida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en la que indica, que los términos por los cuales se configura la tipología del contrato de prestación de

servicios es por un término determinado e indispensable, situación que se corrobora con la definición de la necesidad y el objeto, establecida en las diferentes etapas procesales. De igual manera, el Consejo de Estado indicó que durante el término de ejecución se puede presentar un elemento característico del contrato laboral, el cual para esa corporación se puede identificar de la siguiente manera:

4.3.1. Subordinación:

Se debe valorar el sitio de trabajo dispuesto para la ejecución de las actividades. Verificar la necesidad irrestricta de establecer un horario de trabajo, ya que existen actividades que por necesidad del servicio que necesariamente requieren el cumplimiento del mismo, pero también existen otras actividades que simplemente se pueden cumplir de acuerdo a ciertos parámetros y objetivos, sin necesidad de cumplir un horario determinado.

El ejercicio de supervisión y vigilancia, la cual debe estar enmarcada dentro de parámetros claros y objetivos que no impliquen su desbordamiento y terminen decayendo en prácticas propias de impartición de edenes que delimiten la subordinación y dependencia. Las actividades a ejecutar no deben ser similares o iguales a las de quienes ostentan como servidores públicos, pues son actividades que se desarrollan de forma permanente por el personal de planta.

4.3.2. Prestación personal del servicio

Es la persona natural que a partir de su grado de formación, experiencia y conocimientos, desarrolla determinadas actividades de forma personal y directa, sin que de acuerdo a sus capacidades y aptitudes, se pueda delegar la ejecución de actividades encomendadas.

4.3.3. Remuneración

Es la contraprestación periódica que recibe a cambio de la ejecución de actividades encomendadas, la cual se encuentra contenida en recibos.

4.3.4. Término de interrupción de los contratos estatales:

Como término se establece si existe o no solución de continuidad, el Consejo de Estado determinó que para que no opere la solución de continuidad, entre la entidad estatal y el contratista, se debía evitar la suscripción de contratos en un término de 30 días hábiles como indicador temporal.

Lo anterior no indica que si se suscribe un contrato de prestación de servicios, es obligación jurisdiccional establecer la primacía de la realidad, pues como se indicó por el Consejo de Estado, simplemente es un indicador temporal, y quien pretenda demostrar la existencia de un contrato laboral, deberá reunir las condiciones establecidas por el legislador, como lo es: 1- la prestación personal del servicio, 2- la subordinación y dependencia, 3-remuneración, pero en evento contrario, la interrupción de solución de continuidad permitirá al juez valorar los términos de caducidad para efectos de algunos u todos los contratos sobre los cuales se pretende reclamar la relación laboral.

4.4. Conceptos y Lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Relacionado con el Contrato Realidad

La agencia nacional de defensa jurídica del estado es una agencia estatal orientada a diseñar estrategias, planes, acciones encaminadas a políticas de defensa judicial, encaminada principalmente a la prevención de conductas y del daño antijurídico, buscando además asegurar la defensa de los intereses de la nación por medio de políticas estratégicas.

La Agencia nacional de defensa jurídica del Estado, en aras de garantizar la efectiva suscripción de los contratos de prestación de servicios, expresa la importancia irrestricta y necesaria, de que únicamente se suscriban cuando: Existe insuficiencia o inexistencia por parte del personal de planta para completar las funciones propias de la administración, o las mismas requieran de conocimientos especializados, la cual debe estar debidamente soportada en los documentos precontractuales, acreditando para ello personal idóneo que cuente con la debida formación y experiencia, desarrollando además actividades claras y precisas que no den lugar a interpretaciones distintas a lo estrictamente estipulado por las partes.

De acuerdo a lo anterior, en consideración de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la entidad dentro de la etapa de planeación, debe adelantar los estudios y documentos previos que sean necesarios, debidamente justificados, evitando ambigüedades en el objeto y actividades que pretende desarrollar el contratista.

Con respecto a la supervisión, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado indica que el mismo se debe entender como una coordinación entre las partes, donde una se encarga de la vigilancia y seguimiento de las obligaciones contractuales, dentro de la cual puede solicitar informes, delimitar el tiempo de entrega de las actividades y verificar la calidad del producto o servicio.

Así las cosas, dentro de la etapa de ejecución del contrato, el supervisor es el encargado de

vigilar el seguimiento desde aspectos técnicos, administrativos, jurídicos y financieros, de acuerdo a las condiciones previamente establecidas en el contrato. Es decir, el supervisor no puede impartir órdenes, ni exigir condiciones que se encuentren fuera de lo estrictamente estipulado por las partes para el cumplimiento del objeto contractual.

Dentro de la política de prevención del Daño, establecida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, está la política de prevención del daño, la cual debe ser construida por un equipo interdisciplinario, constituido por el Comité de Conciliación y los actores que ejercen vigilancia a los contratos, sobre el cual se debe hacer un seguimiento continuo, a través de ciertos indicadores que permitan de una u otra manera, reducir las demandas en contra de la entidad y en consecuencia limitar el número de fallos en contra.

Es decir, que depende de la entidad estatal, establecer lineamientos y políticas, de prevención del daño, las cuales deben tener un seguimiento constante a fin de prevenir conductas que afecten el normal desarrollo de la relación contractual, como por ejemplo, suscribir un contrato de prestación de servicios y desencadenar una serie de actuaciones que terminen en la configuración de un contrato realidad.

Así mismo, dentro de los lineamientos emitidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, frente a la calidad que adquiere la persona en la declaratoria de una relación laboral, no necesariamente adquiere la condición de empleado público por el solo hecho de trabajar con el Estado.

Dentro de los presupuestos procesales, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, deja en claro que previo a la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario que exista un acto administrativo en el cual se niegue al reconocimiento de la existencia de la relación laboral, mismo al que se le debe agotar el requisito de procedibilidad, es decir se debe adelantar la conciliación prejudicial.

Frente a la acción de tutela, y como lo expresa la Corte Constitucional, se establece como un método excepcional del sistema administrativo u ordinario, y es procedente cuanto se pretenda preservar derecho constitucional y salvaguardar un perjuicio irremediable, en los siguientes eventos: a-Afectación del mínimo vital, b-Personas de la tercera edad y c-Personas con protección especial, como la condición de mujeres en embarazo.

Por ejemplo, en sentencia T-501 de 2004, se dio aplicación a la estabilidad laboral reforzada en la que decidió que se debía reincorporar a la mujer embarazada a sus actividades. En sentencia

T-021 de 2006, la Corte decide amparar el derecho al mínimo vital por comprometerse derechos fundamentales de la mujer en condición de embarazo. Ahora bien, dentro de los lineamientos emitidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en cuanto al contrato realidad, expone como buenas prácticas dentro de un proceso judicial las siguientes:

A. Verificar los términos de prescripción y caducidad, y caso de ser necesarios proponerlos como medios exceptivos en la contestación de la demanda.

B. Tener en cuenta los siguientes términos de prescripción:

-En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se tendrá en cuenta el termino de 3 años siguientes a la terminación de la relación del último contrato suscrito.

-En sede ordinaria, desde que se generan las obligaciones, interrumpidas con la reclamación en sede administrativa o presentación de la demanda.

C. Proponer Excepciones, solicitar y aportar las pruebas, útiles, conducentes y pertinentes, dentro de los términos otorgados para ello.

D. Dentro del proceso tener claros los elementos esenciales que caracterizan el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

E. No dedicarse únicamente a defender, sino que también se debe demostrar la relación existente y prescrita en el acuerdo de voluntades.

F. Demostrar las cualidades y aptitudes del contratista frente a quienes ostentan un empleo público dentro de la misma entidad, verificar la experiencia, el grado de formación, conocimiento y capacitación, los informes de contratista para el pago de cuentas, los incumplimientos de actividades cuando se requiera, y en caso de existir, la concurrencia de contratos de prestación de servicios.

G. Si es del caso, argumentar como un hecho indicador que no se requería la prestación personal del servicio, que en el contrato existe una cláusula de sustitución o que la misma tuvo lugar en algún momento de la ejecución del contrato, o que el contratista contrataba a terceras personas para la ejecución de la actividad encomendada, etc.

H. Cuando sea el caso, explicar la necesidad de requerir horario, de acuerdo a la necesidad de ciertas actividades, en orden irrestricto y necesario.

I. Explicar el ejercicio de supervisión, vigilancia, y coordinación de las actividades contratadas.

J. Verificar la jurisdicción aplicable, ya sea la ordinaria o contencioso administrativo.

K. Verificar a quien le corresponde la carga probatoria.

L. Enfatizar en la autonomía e independencia de los contratistas para el ejercicio de su actividad.

M. Aportar copia de los contratos, e ilustrar al juez entre cada una de las actividades descritas en los mismos.

N. Allegar los soportes de las actividades encomendadas al contratista.

O. Demostrar los criterios de evaluación que conllevaron a la elección del contratista.

P. Aportar pruebas de la coordinación y despliegue de actividades por parte del contratista

Q. Presentar testigos idóneos, que constaten y tengan certeza de la ejecución de actividades por parte del contratista.

R. Solicitar el testimonio del supervisor

S. Participar activamente en el periodo probatorio, específicamente en el interrogatorio del contratista y los demás que se requieran

T. Documentar al representante legal de la entidad cuando sea llamado a interrogatorio.

Discusión y conclusiones

De conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial, se establece frente al contrato laboral el incurrir en los siguientes elementos: a-la prestación personal del servicio; la labor debe ser realizada por la persona a quien se le encomendó la actividad, dicha actividad es de carácter personal y la misma no puede ser delegada. b-la subordinación y dependencia: depender de ordenes u actividades que impliquen constancia y permanencia. c-la remuneración: recibir un pago como contraprestación de la labor encomendada. Es decir, que para que se configure una relación laboral deben concurrir los elementos propios del contrato de trabajo.

Frente el contrato de prestación de servicios, se presentan actividades determinadas de acuerdo a la profesión y experiencia y por tiempo determinado. Dichas actividades y perfiles deben

estar previamente predefinidas en un estudio previo y análisis del sector, acompañado de un certificado que emite el representante legal de la entidad y en la cual se genere un certificado de inexistencia o insuficiencia del personal que se requiere debido a sus calidades especiales de experiencia y formación con la que se estima dar cumplimiento a las actividades con las que se pretende suplir la necesidad.

Cabe resaltar que en algunos contratos de prestación de servicios se imparten directrices e instrucciones que no pueden ser confundidos con la subordinación y la dependencia, pues en estos predomina la autonomía y la independencia para ejecutar las actividades encomendadas. Es decir, entre el contratante y contratista existe una relación de coordinación de actividades.

Respecto al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, este tiene un amplio desarrollo jurisprudencial que busca las garantías de los derechos laborales, mismos que no pueden ser menoscabados y vulnerados por acuerdos contrarios a las normas de orden público, para tal caso se deben identificar las situaciones particulares de cada caso, en las cuales se debe identificar el lugar de prestación de trabajo, horarios, actividades a ejecutar, y el tiempo por el cual se van a ejecutar las actividades.

Frente a los conceptos y lineamientos emitidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se realizó un análisis profundo desde el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, identificando las características y particularidades de cada uno, brindando además a las entidades del Estado, estrategias que pueden ser utilizadas al momento de enfrentarse en una proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, o en su defecto de manera excepcional, en una acción de tutela, buscando en primera medida prevenir el daño y la conducta antijurídica, o en su defecto mitigarlo, por medio de prácticas que pueden resultar provechosas para quien haga uso de estas herramientas, más aún cuando existe en Colombia múltiples procesos que tienen como pretensión el reconocimiento de la relación laboral.

Por otra parte, al analizar la jurisprudencia respecto al contrato realidad, se evidencian procesos en extremos formalistas y viciados, que por desgracia, de no aportar pruebas suficientes, seguirán transgrediendo de manera significativa y sistemática los derechos de los individuos que son contratados por el Estado. Así las cosas, y con el fin de prevenir una posible condena por la declaración de un contrato realidad, es importante que previo a iniciar un proceso de contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, las Empresas Sociales del Estado

tengan en cuenta los siguientes parámetros:

Instrumento para las Empresas Sociales del Estado para evitar incurrir en irregularidades en la contratación

A la luz de dar cumplimiento al objetivo central, que correspondía al análisis del cumplimiento del art. 53 de la Constitución Nacional de Colombia, a la luz de la normatividad y jurisprudencia en referencia a la primacía de la realidad en las relaciones laborales frente a irregularidades en los contratos celebrados con las Empresas Sociales del Estado, los apartados desarrollados permitieron una interpretación normativa del contrato por prestación de servicios y del contrato realidad, así como la identificación de la tipología que se debe utilizar al momento de contratar el personal que presta sus conocimientos al servicio del Estado, de cara a la mejora de los trámites administrativos, contractuales y la aplicación debida de los principios que rigen los contratos estatales, y en especial, de los principios que rigen la función administrativa, tal y como está contemplado en el Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia (1991).

De acuerdo con el análisis de la información y las conclusiones suscitadas, se aporta de manera práctica para que las Empresas Sociales del Estado, eviten desgastes judiciales en demandas administrativas, condenas onerosas para la entidad dentro de un proceso de reconocimiento de contrato realidad y que los funcionarios de nivel directivo, en especial los que tienen facultad nominadora, se encuentren inmiscuidos en un proceso de responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal, al generar detrimento y celebración indebida de contratos, lo que contribuye al mejoramiento del bienestar y la calidad de vida de sus contratistas, quienes recibirían una contribución legal y justa por sus servicios, y a su vez favorecer la prestación de servicios del Estado.

Tabla 1. Verificación de criterios para la contratación pública. Parámetros en Empresas Sociales del Estado

CUESTIONARIO	CUMPLE		OBSERVACIONES	RECOMENDACIONES
	(Marque con X)			
	SI	NO		
1 Las actividades que pretende desarrollar son de carácter temporal ?	X	X	De conformidad con el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios se	En caso de que la respuesta sea negativa, se sugiere que la entidad empiece adelantar los trámites para reestructurar la planta de personal y realizar la creación del cargo, pues de

CUESTIONARIO	CUMPLE		OBSERVACIONES	RECOMENDACIONES	
	(Marque con X)				
	SI	NO			
			deben ejecutar por un tiempo determinado.	no realizarse este procedimiento se corre el riesgo de incurrir en un contrato laboral cuando se determinen los elementos consagrados en el artículo 23 del Código sustantivo de trabajo (1- Prestacion personal del servicio, 2- Remuneración y 3- Subordinación y/o dependencia)	
2	Las actividades que pretende contratar ¿fueron objeto de un contrato previo ?	X	X	De conformidad con el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios se deben ejecutar por un tiempo determinado.	En caso de que la respuesta sea afirmativa, se recomienda replantear el objeto y las actividades a fin de interrumpir la solución de continuidad, o que la entidad empiece adelantar los trámites para reestructurar la planta de personal y realizar la creación del cargo, pues de no realizarse este procedimiento se corre el riesgo de incurrir en un contrato laboral cuando se determinen los elementos consagrados en el artículo 23 del Código sustantivo de trabajo (1- Prestacion personal del servicio, 2.Remuneracion y 3 Subordinación y/o dependencia)
3	La persona a contratar ¿ha tenido contratos de manera consecutiva con la entidad?	X	X	De conformidad con el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios se deben ejecutar por un tiempo determinado. Sentencia de Unificación con Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) (Establece un límite temporal de mínimo 30 días calendario para interrumpir la continuidad de los contratos de prestación de servicios)	En caso de que la respuesta sea afirmativa, se recomienda replantear el objeto y las actividades a fin de interrumpir la solución de continuidad, o que la entidad empiece adelantar los trámites para reestructurar la planta de personal y realizar la creación del cargo, pues de no realizarse este procedimiento se corre el riesgo de incurrir en un contrato laboral cuando se determinen los elementos consagrados en el artículo 23 del Código sustantivo de trabajo (1- Prestacion personal del servicio, 2.Remuneración y 3 Subordinación y/o dependencia)

CUESTIONARIO	CUMPLE		OBSERVACIONES	RECOMENDACIONES
	(Marque con X)			
	SI	NO		
4 Las actividades que pretende contratar son permanentes ?	X	X	De conformidad con el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios se deben ejecutar por un tiempo determinado.	En caso de que la respuesta sea negativa, se sugiere que la entidad empiece adelantar los trámites para reestructurar la planta de personal y realizar la creación del cargo, pues de no realizarse este procedimiento se corre el riesgo de incurrir en un contrato laboral cuando se determinen los elementos consagrados en el artículo 23 del Código sustantivo de trabajo (1- Prestacion personal del servicio, 2.Remuneracion y 3 Subordinación y/o dependencia)
5 La planta de personal ¿no cuenta con el personal, o el mismo es insuficiente frente al perfil que se pretende contratar ?	X	X	De conformidad con el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios se ejecutan cuando se requieren conocimientos especializados o cuando no exista personal de planta quien pueda ejecutar dichas actividades, o el mismo es insuficiente.	Se sugiere que las actividades que se presentan contratar no sean idénticas a las desarrolladas por personal de planta, o cuando se requieran conocimientos especializados, establecer actividades diferentes y concretas a las estipuladas en el manual de funciones en cargos similares, determinando perfiles acordes a aptitudes de conocimiento y experiencia específica que se requiere durante el término estrictamente específico.
6 El perfil de la persona que se pretende contratar ¿existe dentro de la planta de personal?	X	X	De conformidad con el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios se ejecutan cuando se requieren conocimientos especializados o cuando no exista personal de planta quien pueda ejecutar dichas actividades, o el mismo es insuficiente.	En caso de la respuesta ser afirmativa se recomienda que las actividades sean diferentes a las realizadas por el personal de planta, en caso contrario se requiere mejor realizar la creación del cargo, pues de no realizarse este procedimiento se corre el riesgo de incurrir en un contrato laboral cuando se determinen los elementos consagrados en el artículo 23 del Código sustantivo de trabajo (1- Prestacion personal del servicio, 2-. Remuneración y 3- Subordinación y/o dependencia)
7 Las actividades que se pretenden	X	X	Sentencia de Unificación con Radicado:	Evitar la contratación cuando se trate de actividades misionales y permanentes, pues éste es un

CUESTIONARIO	CUMPLE		OBSERVACIONES	RECOMENDACIONES
	(Marque con X)			
	SI	NO		
contratar ¿son misionales?			05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) Las actividades misionales, según la jurisprudencia, son la que; “(..)en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad”)	elemento característico del contrato realidad, que comúnmente es camuflado por el contrato de prestación de servicios. Por lo tanto, se recomienda reestructurar las actividades, incorporando propias del contrato de prestación de servicios, mientras la entidad adelanta la reestructuración de la planta de personal y la creación del cargo cuando sea requerido.
Las actividades a contratar ¿requieren de horario específico?	X	X	8 Sentencia de Unificación con Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) (Establece que el horario por sí solo no constituye la configuración del contrato realidad, para ello debe concurrir los elementos de subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración, pues existen actividades que requieren de un horario específico)	Frente a este aspecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que, si bien el horario de trabajo por sí solo no configura el contrato realidad, la entidad debe tener en cuenta que quien ejecute el contrato de prestación de servicios lo debe realizar bajo condiciones de autonomía e independencia, pues cuando se desdibuja tal situación, y se imparten órdenes, el contrato empieza a contraer los elementos consagrados en el artículo 23 del Código sustantivo de trabajo (1- Prestacion personal del servicio, 2- Remuneración y 3 -Subordinación y/o dependencia), tomando mayor fuerza con el establecimiento de un horario fijo.
Las actividades que se requieren ¿gozan de plena autonomía e independencia?	X	X	9 -Sentencia de Unificación con Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) -Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 -Articulo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (En Ejecución de los contratos Estatales, quien suscriba un contrato de prestación de servicios lo debe ejecutar bajo condiciones de autonomía e	En caso negativo se recomienda modificar las obligaciones contractuales, y establecer un objeto claro y preciso, que no implique vulneración de las normas legales y constitucionales, dando cumplimiento a las características propias del contrato de prestación de servicios. Es decir, realizarse bajo parámetros de autonomía e independencia y por término estrictamente indispensable.

CUESTIONARIO	CUMPLE		OBSERVACIONES	RECOMENDACIONES
	(Marque con X)			
	SI	NO		
			independencia, pero si por el contrario, las actividades implican subordinación y dependencia por parte del supervisor, la figura del contrato de prestación de servicios se desdibuja y se configura el contrato realidad)	En caso de no reestructurar las obligaciones se sugiere abstenerse de suscribir el contrato, pues éste ítem representa el riesgo más alto de configuración del contrato realidad. Por lo anterior, lo más factible es que la entidad empiece con los estudios necesarios para la creación del cargo y/o reestructuración de la planta de personal.

Fuente: Elaborado por los autores con datos de (Consejo de Estado, Sentencia 00222, 2018; Grupo de Gestión Contractual, 2021; Benavides, 2010; Código Sustantivo del Trabajo, 2011; Consejo de Estado. Sentencia de unificación de jurisprudencia, 2021, entre otros)

Nota: el color rojo implica un riesgo alto de incurrir en un contrato realidad, mientras que el color verde indica riesgo bajo; el color negro indica neutralidad, misma que se puede inclinar hacia el lado que indique mayor o menor riesgo. Así las cosas, es deber de la persona que practica la presente lista de chequeo, analizar si el contrato de prestación de servicios se encuentra en riesgo de convertirse en un contrato realidad, o si por el contrario la misma es viable de acuerdo a las indicaciones normativas y jurisprudenciales analizadas en el presente artículo.

Se eligieron los elementos de la lista de chequeo, de acuerdo con los principales criterios que se tienen en cuenta en la normatividad y jurisprudencia para evitar comportamientos que indiquen la relación laboral, evitando así irregularidades, aportando a la eficiencia administrativa y con el propósito mayor de apoyar la protección del trabajador.

No existen criterios que sean directamente incluyentes o excluyentes por sí mismos, pero la suma de múltiples criterios de riesgo (rojo), son indicio de la posible celebración de un contrato ilícito que traerá consecuencias más graves a futuro, no solo económicas, también de responsabilidad social.

Últimas consideraciones

El estudio desarrollado es un aporte académico tanto para Empresas Sociales del Estado como para contratistas que ven vulnerados sus derechos, en cuanto a las Empresas Sociales del

Estado, el presente documento se utiliza como una herramienta enfocada a la prevención del litigio y la prevención del daño antijurídico y patrimonial de las Empresa Sociales del Estado

De igual forma a los contratistas que ven sus derechos laborales vulnerados y que consideran estar en un contrato realidad, también a los litigantes y a la comunidad académica e investigadores. Se considera que para trabajos futuros es importante hacer énfasis en la publicación de elementos informativos que ayuden al trabajador a identificar irregularidades en el contrato celebrado, para que este busque el restablecimiento de su derecho.

Se recomienda a los trabajadores que pueden estar frente a un contrato realidad que procuren aportar pruebas suficientes respecto a situaciones que sugieren mala fe o comportamientos que no se alinean con el contrato celebrado. Las declaraciones de otros profesionales pueden ser de utilidad para demostrar la realidad, siempre y cuando se dé prioridad a los hechos. La reestructuración de las condiciones laborales para que estas encajen en un contrato por prestación de servicios, obvia los hechos reales y transgrede el derecho del trabajador.

Por último, se recomienda que sean leído todos y cada uno de los parámetros desarrollados en su integridad, pues cada uno se resuelven aspectos relevantes que son útiles para todos los partícipes de la Contratación Estatal, como lo son, contratante, contratistas, interventores y/o supervisores, en los que pueden descubrir aspectos, que eviten incurrir en el contrato realidad.

Referencias

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2019). *Demandas por contrato realidad: una causa prevenible*. Obtenido de Subdirección de Acompañamiento a los Servicios Jurídicos.
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (28 de junio de 2019). *Demandas por contrato realidad: una causa prevenible*. Obtenido de <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/demandas-contrato-realidad-una-causa-prevenible/>
- Barahona, R. (2011). *Principio de la primacía de la realidad en el ejercicio de la medicina*. Obtenido de Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2, No 4, 2011: <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download/42898/44843/>
- Benavides, J. (2010). *Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad*. Obtenido de Revista Derecho del Estado, núm. 25, diciembre, 2010, pp. 85-115: <https://www.redalyc.org/pdf/3376/337630235003.pdf>

- Brantt, M., & Mejías, C. (2018). *El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos**. Obtenido de Ius et Praxis vol.24 no.3 Talca: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122018000300583&script=sci_arttext
- Código Sustantivo del Trabajo. (2011). *Principios Generales*. Obtenido de Ministerio de Protección Social.
- Código Sustantivo del Trabajo. (s.f.). *Artículo 22 y siguientes*. Obtenido de https://leyes.co/codigo_sustantivo_del_trabajo/22.htm
- Congreso de Colombia, Ley 10. (1990). *Clasificación de los empleos en las Empresas Sociales del Estado*. Obtenido de Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%200010%20DE%201990.pdf
- Congreso de Colombia, Ley 80. (29 de octubre de 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Obtenido de <https://corponor.gov.co/images/corponor/normatividad/LEYES/Ley%2080%20de%201993.pdf>
- Congreso de Colombia. Ley 10. (1990). *Ley 10 de 1990*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3421>
- Congreso de Colombia. Ley 1474. (2011). *Ley 1474 de 2011*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>
- Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de Ley 100 de 1993- Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 1950. (1973). *Decreto 1950 de 1973*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1525>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1150. (2007). *Ley 1150 de 2007*. Obtenido de https://canaltrece.com.co/uploads/file_uploads/L1150007.pdf
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1952. (2019). *Ley 1952 de 2019*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>
- Consejo de Estado. (2020). *Normativa aplicada artículo 86/ decreto 2591 de 1991*. Obtenido de Sentencia n° 11001-03-15-000-2020-03118-00.
- Consejo de Estado, Sentencia 00400. (2020). *Contraro Realidad*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172592>
- Consejo de Estado, Sentencia 90305. (2020). *Contrato Realidad*. Obtenido de Fuente Formal Ley 80 de 1993: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167509>

- Consejo de Estado. Sentencia 00222. (2018). *Sentencia 00222 de 2018*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90830>
- Consejo de Estado. Sentencia 00799. (2018). *Sentencia 00799 de 2018*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89540>
- Consejo de Estado. Sentencia de unificación de jurisprudencia. (2021). *Unificación de jurisprudencia sobre contratos de prestación de servicios no prohíbe ni restringe su celebración, aclaró la Sección Segunda del Consejo de Estado*. Obtenido de Sección Segunda del Consejo de Estado radicado 05001233300020130114301. Art. 271 Ley 1437 de 2011: <https://consejodeestado.gov.co/news/index-16.htm>
- Consejo de Estado. Sentencia 2013-01143. (2021). *Sentencia 2013-01143*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172056>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2010). *Teoría del delito*. Obtenido de Rama Judicial del Poder Público: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m17-22.pdf>
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Artículo 209*. Obtenido de <https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/evaluacion-y-seguimiento/constitucion-politica/constitucion-politica-1.aspx>
- Constitución Política de Colombia. (1993). *Artículo 53*. Obtenido de <https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-53#:~:text=El%20estado%20garantiza%20el%20derecho,parte%20de%20la%20legislaci%C3%B3n%20interna.>
- Corte Constitucional - Consejo del Estado. Sentencia 1187. (2012). *Sentencia 1187 de 2012*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=46733>
- Corte Constitucional - Sentencia T-760. (2008). *Tiene como objetivo analizar diferentes facetas del "Derecho a la Salud" y valorar sus implicaciones con la finalidad de garantizar el goce universal equitativo y efectivo de este derecho*. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia 060. (2021). *Nulidad y restablecimiento del derecho*. Obtenido de Vinculado Cooperativa de Trabajo Asociado del Oriente de Caldas.
- Corte Constitucional, Sentencia 614. (2009). *Contrato por prestación de servicios*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-614-09.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia 665. (2000). *Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3356>
- Corte Constitucional. Sentencia 081. (2011). *Sentencia T-081 de 2011*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-081-11.htm>

- Corte Constitucional. Sentencia C-154. (1997). *Sentencia C-154 de 1997*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-154-97.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T.104. (2017). *Sentencia T-104 de 2017*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-104-17.htm#:~:text=T%2D104%2D17%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20jurisprudencia%20constitucional%20reconoce%20que,protecci%C3%B3n%20por%20parte%20del%20Estado.>
- Corte Constitucional. Sentencia T-174. (1997). *Sentencia T-174 de 1997*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-174-97.htm#:~:text=de%20la%20administraci%C3%B3n.-,La%20orden%20de%20trabajo%2C%20verbal%20o%20escrita%2C%20compromete%20a%20la,quien%20lo%20haya%20vinculado%20irregularmente.>
- Corte Constitucional. Sentencia T-180. (2000). *Sentencia T-180 de 2000*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-180-00.htm#:~:text=T%2D180%2D00%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20acto%20del%20patrono%20por,propias%20de%20su%20antigua%20vinculaci%C3%B3n.>
- Corte Constitucional. Sentencia T-335. (2004). *Sentencia T-335 de 2004*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-335-04.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-345. (2015). *Sentencia T-345 de 2015*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-345-15.htm#:~:text=Las%20mujeres%20que%20tienen%20bajo,gozan%20de%20especial%20protecci%C3%B3n%20constitucional.>
- Corte Constitucional. Sentencia T-406. (1992). *Sentencia T-406 de 1992*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-426. (2015). *Sentencia T-426 de 2015*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-426-15.htm>
- Corte Suprema de Justicia Argentina. Sentencia 1268. (2002). *Rodolfo Pablo con el Hospital Británico de Buenos Aires*. Obtenido de Recurso de Hecho Bertola 1268.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 22259. (2004). *Primacía de la realidad*. Obtenido de Sala Laboral M.P. Luis Javier Osorio López.
- Cortés, A. (2018). *El Principio de la Primacía de la Realidad como Garante de los Derechos Laborales de los Trabajadores Oficiales Vinculados Mediante Contratos de Prestación de Servicios*. Obtenido de Revista Verba Iuris, 13(40), pp. 111-127.: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/download/1571/1159/2386>

- Decreto 1335. (1990). *Por el cual se expide parcialmente el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud. Artículo 3°*. Obtenido de Ministerio de Justicia: <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1268952>
- Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 361421. (2019). *Servidores públicos vinculados a las Empresas Sociales del Estado del orden territorial*. Obtenido de RAD: 20199000364042: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=113760>
- Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 88731. (2020). *Empresas sociales del Estado*. . Obtenido de Radicación No. 20202060039182 .
- Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 361421. (2019). *Concepto 361421 de 2019*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/dafpIndexerBGN/?find=FindNext&query=&filtroTipoDocumento=Concepto&filtroNumero=361421&filtroAnio=2019&filtroEntidad=Departamento+Administrativo+de+la+Funci%C3%B3n+P%C3%ABlica&filtroTema=&filtroSubtema=&bloquearFiltroTipo>
- Gaviria, I., & Granda, L. (2014). *Contratos por prestación de servicios*. Obtenido de Ratio Juris, vol. 9, núm. 18, pp. 59-76: <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761329004.pdf>
- Gómez Aranguren, G. E. (2011). *Sentencia con radicado número 25000-23-25-000-2006-08488-02 (0056-10), del 18 de mayo de 2011, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren “Contrato de prestación de Servicios / contrato Realidad /servicio médico”*.
- Gómez, B. (2006). *Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano. Perspectiva histórica del derecho penal en Colombia*. Obtenido de Revista Diálogos de Saberes ISSN 0124-0021 Revista No. 24. Págs: 85-107: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2740971.pdf>
- González, J. (2008). *Teoría del delito*. Obtenido de Programa de formación inicial de la defensa pública. Costa Rica: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27646.pdf>
- Grupo de Gestión Contractual. (2021). *Manual de Contratación. Proceso de Gestión de Recursos – Subproceso de*. Obtenido de Función Pública: <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/34645357/34703402/manual-contratacion-subproceso-gestion-contractual.pdf/2377b738-b07a-42c0-88eb-80216a6bbf75?t=1569430504533>
- Henaó Hidrón, J. (1998). *Consulta y Servicio Civil del 27 de agosto de 1998, radicación No. 1.127 Magistrado Ponente: Javier Henaó Hidrón*. Obtenido de Consejo de Estado: [https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_sala_de_consulta_y_servicio_civil_consulta_no._1127_de_1998.aspx#/#/](https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_sala_de_consulta_y_servicio_civil_consulta_no._1127_de_1998.aspx#/)
- Hernández, O. (2021). *Relaciones laborales, en tiempos de incertidumbre*. Obtenido de Escuela Nacional de la Judicatura Santo Domingo:

- <https://biblioteca.enj.org/bitstream/handle/123456789/123714/ENJ%20Relaciones%20Laborales%20WEB.pdf?sequence=6>
- Herrera Vergara, H. (1997). *Sentencia C-154 de 1997, del 19 de marzo de 1997, con ponencia del magistrado HERNANDO HERRERA VERGARA, “contrato de prestación de servicios/principio de la realidad sobre las formalidades /contrato de trabajo”*.
- Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185. (14 de diciembre de 2013). *Resolución 5185 del 14 de Diciembre de 2013*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=55871>
- Ministerio de Salud. Ley 1438. (2011). *Ley 1438 de 2011*. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%201438%20DE%202011.pdf
- OEA. (s.f.). *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp#:~:text=1.,2.>
- Palacio Palacio, J. I. (2015). *T-426 de 2015 del 8 de julio de 2015, con ponencia del magistrado Jorge Ivan Palacio, “derecho a la igualdad contrato realidad en la administración pública/contrato realidad en la administración pública /primacía de la realidad sobre las formalidades/vinc.*
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto Ley 785 de 2005. (2005). *Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de Deroga Decreto 1569 de 1998: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1244>
- Procuraduría General de la Nación. (2015). *Trabajo digno y decente en Colombia. Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Obtenido de https://apps.procuraduria.gov.co/gp/gp/anexos/trabajo_digno_y_decente_en_colombia_seguimiento_y_control_preventivo_a_las_politicas_publicas.pdf
- Romero, A. (2001). *El contrato de trabajo realidad y forma*. Obtenido de Gaceta Laboral, vol. 07, núm. 2, pp. 167-180: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33607201.pdf>
- Silva, J. (2011). *¿Es posible la prestación de servicios fuera de la esfera del derecho laboral?* Obtenido de Cuest. Const. no.24 Ciudad de México: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100002
- Suprema Corte de Justicia de México. (2003). *Amparo Directo*. Obtenido de Doctor Manuel Gea González y Hospital General, Ponente: Emilio González Santander.
- Tovar, S. (2021). *Unificación de reglas en la teoría del contrato realidad: la reciente jurisprudencia del Consejo de Estad*. Obtenido de Departamento de Derecho Laboral Universidad Externado de Colombia.

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 06195. (2009). *Supremacía de la realidad*. Obtenido de Expediente N° 06195-2008 PA/TC de Piura Néstor Manuel Rodríguez Atocha, Magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz.

Tribunal Superior de Trabajo panameño. (2022). *Subordinación jurídica*. Obtenido de Jurisprudencia. Revista Juris, Año 6, Vol. 4, Tomo II, Pág. 91.

Universidad de Medellín. (s.f.). *Página virtual*. Obtenido de http://uvirtual.udem.edu.co/pluginfile.php/2653013/mod_resource/content/1/Documento%20de%20estudio.pdf

Villabella, C. (2020). *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. Obtenido de Instituto de Investigaciones Jurídicas: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf>