

Encubrimiento del contrato de prestación de servicios al contrato realidad: consecuencias para la administración pública en el respeto y garantía de los derechos laborales

Reyes Torres Clara Elena

Universidad Militar Nueva Granada
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá D.C.

Encubrimiento del contrato de prestación de servicios al contrato realidad: consecuencias para la administración pública en el respeto y garantía de los derechos laborales

Reyes Torres Clara Elena

Proyecto de investigación para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo

Reinaldo González Rodríguez

Doctor

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá D.C.

Dedicatoria

Agradezco ante todo a Dios, que me permite cada día lograr las metas. También a mi hijo y mi esposo, que sin desfallecer siempre me apoyaron, aun cuando el tiempo para compartir era poco. A mis padres, que me dieron el don de la vida y me han acompañado en mis propósitos. Mi infinito agradecimiento a las personas que dedican sus vidas a compartir sus conocimientos y apoyar a otros en su camino hacia la profesionalización, especialmente al Abogado Reinaldo González.

A la universidad que abre los espacios de aprendizaje y brinda las oportunidades de adquirir los conocimientos que forjarán un futuro para la vida de los alumnos y sus familias.

Resumen

Esta investigación es un acercamiento y esclarecimiento de los percances generados por parte de las entidades estatales en cuanto a la utilización desmedida y tergiversada del contrato administrativo de prestación de servicios, que trae consigo, entre otras cosas, la búsqueda por parte de los contratistas vinculados con dichas entidades, de la declaratoria del contrato realidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, persiguiendo con esto el restablecimiento de sus derechos laborales producto de dicha vulneración.

A partir un enfoque cualitativo, se analizaron los elementos que constituyen el contrato administrativo de prestación de servicios y el contrato realidad, enfocados a los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, que advierten la errónea utilización contractual llevada a cabo y sus consecuencias, concluyendo que, partiendo del principio de buena fe contractual, las autoridades a cargo del Estado poseen un precario conocimiento respecto a la forma en cómo se debe gestionar dicha contratación estatal.

Palabras clave: contratación estatal, contrato administrativo de prestación de servicios, contrato realidad, encubrimiento, perjuicios, administración pública.

Abstract

The following research present an approachment and a clarification about the mishaps created by the State entities about the misuse and misrepresented of the administrative contract for the provision of services. Which entails, among other things, the search by the contractors linked to these entities, the declaration of the contract reality before the jurisdiction of the administrative litigation. Chasing with this the restoration of their labor rights product of the violation said before.

From a qualitative approach, it's being analyzed the elements of the administrative contract for the provision of services and the reality contract. It is focused in the jurisprudential and doctrinal pronouncements that warn of the wrong contractual use carried out to its consequences.

It concludes according to the good faith of the contractual believe, the entities in charge of the state have a precarious knowledge of how use this contract.

Key words: public procurement, administrative contract for the provision of services, reality contract, cover-up, damages, public administration.

Tabla de contenido

1	Introducción.....	7
2	Objetivos	9
2.1	Objetivo general.....	9
2.2	Objetivos específicos	9
3	Factores que posibilitan que la administración pública, continúe encubriendo a través de un contrato de prestación de servicios, una relación laboral.....	10
3.1	Elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios y el contrato realidad	10
3.1.1	Contrato de prestación de servicios y antecedentes	10
3.1.2	Elementos del contrato de prestación de servicios.....	14
3.1.2.1	Prestación personal del servicio	14
3.1.2.2	Remuneración y autonomía.....	15
3.1.2.3	La no subordinación	16
3.2	Contrato realidad: una revisión actualizada.....	24
4	Del contrato realidad a partir de una revisión normativa, jurisprudencial y doctrinaria.....	32
4.1	Análisis jurisprudencial consejo de estado y Corte constitucional.....	39
4.2	Efectos del encubrimiento contractual para la administración pública: revisión de los alcances legales de vigilancia y control a la contratación estatal	61
4.2.1	Mecanismos utilizados a fin de mitigar la contratación indebida	61
4.2.2	Políticas de prevención de perjuicios	70
5	Conclusiones	76
6	Bibliografía.....	78

Lista de tablas

Tabla 1 Línea jurisprudencial acerca del contrato realidad	55
--	----

1 Introducción

Colombia, la promulgación de la Constitución Política de 1991, estableció una serie de fines estatales con los cuales pretenderá dar cumplimiento de los derechos fundamentales que poseen cada uno de los habitantes del territorio nacional, procurando así materializar las diferentes teorías respecto del pacto o contrato social que se han configurado a través de la historia, siendo la más acorde la denominada teoría de la fundación y de la institución, tendiente a la búsqueda de la realización del orden social y político del que serán beneficiarios los súbditos del Estado. (Naranjo, 1997, p. 216)

Es entonces mediante la figura de la contratación estatal que se pretende materializar el cumplimiento de los fines estatales consignados en el artículo segundo de la Carta Magna, en razón a que la vinculación de índole contractual es esencial para llevar a cabo las labores necesarias para encaminar la efectiva prestación de servicios y el efectivo ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Uno de los contratos que ha tomado fuerza en la práctica contractual estatal es el denominado, contrato administrativo de prestación de servicios, con el cual, en teoría, de manera temporal y excepcional, se buscará que una persona natural o jurídica preste un servicio directo y específico a una entidad perteneciente al Estado. Este tipo de relación contractual se encuentra consagrado y regulado en la Ley 80 de 1993 o el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

No obstante, que de forma positiva se implementó esta formalidad contractual dentro de los tipos de contratación estatal, buscando una mejora y cumplimiento por parte del Estado del correcto ejercicio de los derechos que le atañen a cada uno de los habitantes del territorio, la realidad es disímil ya que las entidades del Estado utilizan esta figura de forma incorrecta, pasando por alto los elementos que lo componen, desnaturalizándolo y vulnerando de manera sistemática una serie de aspectos que abarcan desde la administración pública, hasta los derechos del trabajador mismo, demostrando que se tiene un precario conocimiento y manejo del contrato administrativo de prestación de servicios.

Esta práctica contractual irregular ha sido de tanta connotación, que las altas Cortes, en especial el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se han pronunciado con el fin de erradicar y subsanar las vulneraciones generadas en consecuencia a la práctica errónea del contrato de prestación de servicios, estableciendo pautas y parámetros claros para evitar que se sigan utilizando estas modalidades. No obstante, en la actualidad, se siguen ejerciendo prácticas contractuales de manera irregular.

Es por el anterior planteamiento, que se elevará el siguiente cuestionamiento: ¿por qué a pesar de los diversos pronunciamientos de las altas Cortes y en especial del Consejo de Estado respecto a la implementación irregular del contrato de prestación de servicios, se siguen encubriendo relaciones laborales mediante esta modalidad?

Lo anterior, supone, por un lado, describir la naturaleza y los elementos que configuran el contrato de prestación de servicios y el contrato realidad, haciendo énfasis en cuándo se hallan encaminadas a cada uno y las responsabilidades que tiene el contratante o el empleador dependiendo la circunstancia.

Este trabajo pretende ser una guía académica que dé una respuesta oportuna a los planteamientos efectuados, estableciendo los parámetros contractuales estatales respecto del contrato de prestación de servicios y el contrato realidad.

Para abarcar efectivamente la temática correspondiente, primero se mostrará de manera específica la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicio y realidad, estableciendo los elementos básicos de cada uno y los parámetros diferenciadores establecidos por la jurisprudencia y por la doctrina.

Después, se llevará a cabo un análisis de los precedentes administrativos, teniendo en cuenta las disposiciones contempladas en los diversos tratados internacionales ratificados por Colombia sobre la materia, en la Ley 80 de 1993, aunado a interpretaciones realizadas por las altas Cortes y por conceptos realizados por algunos doctrinantes.

Finamente, se hará un análisis del por qué se siguen presentando estas prácticas contractuales irregulares en la implementación del contrato administrativo de prestación de servicios, a pesar de los diversos preceptos expedidos por las altas Cortes.

La pertinencia de este trabajo radica en la necesidad de identificar los vacíos en el conocimiento de los alcances legales que regulan la materia y la precaria utilización de la función de control y vigilancia que poseen cada una de las entidades del Estado.

2 Objetivos

2.1 Objetivo general

Establecer cuáles son los factores que posibilitan que la administración pública continúe encubriendo a través de un contrato de prestación de servicios una relación laboral.

2.2 Objetivos específicos

- Identificar los medios y elementos que integran la esencia y naturaleza del contrato de prestación de servicios y del contrato realidad a partir de una revisión normativa, jurisprudencial y doctrinaria.
- Revisar la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que advierta acerca de los efectos que dicha innovación contractual, genera para la administración pública, y que, a su vez, tiene a cargo: el respeto, el deber y la garantía de los derechos laborales del trabajador.
- Identificar las condiciones normativas y fácticas que continúan posibilitando el encubrimiento del contrato de prestación de servicios en un contrato realidad, pese, a todo el desarrollo jurisprudencial y doctrinario que ha tenido la materia.

3 Factores que posibilitan que la administración pública, continúe encubriendo a través de un contrato de prestación de servicios, una relación laboral

La contratación pública encaminada a la prestación de servicios se encuentra fijada en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación Estatal en su artículo 32-numeral 3, en el cual, permite crear dualidad de conceptos en su aplicación, de ahí, que sea de vital importancia, realizar un estudio pormenorizado, en donde subyace la falencia que permite que el mismo se desnaturalice.

3.1 Elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios y el contrato realidad

3.1.1 Contrato de prestación de servicios y antecedentes

En principio es necesario relacionar la rama de lo administrativo laboral, con la rama civil contratos. Para abordar la presente temática, es obligatorio mencionar que la génesis del contrato de prestación de servicios se encuentra en los planteamientos de esta rama del Derecho.

Es así, como el Código Civil colombiano, en su artículo 1494, establece la definición de contrato, estipulando que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. (Colombia. Ley 84, 1873)

De igual manera, en el Decreto Ley 2663 de 1950 o Código Sustantivo del Trabajo, se establece lo referente a los contratistas independientes, entendiéndose como aquellas personas naturales o jurídicas que mediante la figura de contrato de prestación de servicios, adquieren la obligación de llevar a cabo diferentes obras, de las cuales, se verá beneficiado un tercero, dicho contrato, se otorga según la experiencia y riesgo que corra el contratista, y en el mismo, se especifica una remuneración económica.

Esta figura contractual contiene unos elementos propios, los cuales hacen que se diferencie de otras modalidades de contratación, respecto de los tres elementos base de una relación de trabajo, como lo son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, donde a pesar de estar presentes en la mayoría de los contratos, poseen características diferenciadoras que serán abordadas dentro del desarrollo del presente escrito.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa y teniendo en cuenta la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, numeral 3^{ro}, sobre la contratación directa, expresa:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Conforme a lo anterior, resaltamos que éste contrato está regido por la independencia del contratista, en donde resulta claro que lo excluye del cumplimiento de un horario, de la mediación entre las partes bajo una relación de coordinación, por tanto, si existiere dicha subordinación y cumplimiento de horario, se retribuirá con una cancelación de honorarios, obligando así al contratista, a asumir su carga prestacional en cuanto a seguridad social y demás (Colombia. Congreso de la República. Ley 789, 2002). Bajo esta circunstancia es posible suscribir esta clase de contratos, adicionalmente cuando la planta de personal no es suficiente para cumplir los fines propios de la entidad, excepto cuando se requiera como requisito conocimientos especializados, de no cumplir con los mismos pierde esta calidad.

No obstante, lo anterior, conforme a la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral 3, señala que un contrato de prestación de servicios no debe superar los tres meses, lo que viene desconociendo la administración, es ahí, entonces, donde nace el yerro, y como quiera que usualmente los otros contratos de prestación de servicios superen este tiempo, jurídicamente la administración viene siendo responsable por desconocer la norma, excediendo así, las cargas públicas.

Concerniente a las otras formas de acceso al servicio del Estado, la Corte Constitucional, en 1993, indicó que quien celebra con una entidad estatal un contrato administrativo de prestación de servicios, sólo adquiere el carácter de titular de la relación contractual. Es así, como no se convierte en empleado público, ni en trabajador del Estado, dado que el régimen del empleado público y de su responsabilidad se encuentra definido y regulado cuidadosamente en la ley y no es materia de contrato. La subordinación del empleado y del trabajador oficial, se opone a la independencia y autonomía del mero contratista del Estado.

En el ámbito contractual, el Decreto Ley 222 de 1983, el cual antecede a la Ley 80 de 1993, disposición legal que regula lo concerniente a la contratación estatal, da una definición al parecer del autor de mayor precisión respecto a los alcances de este tipo contractual, estipulando dentro de sus acápites lo siguiente:

(...) Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta. (Decreto Ley 222, 1983, art. 163)

Es menester insistir que, de la anterior definición, lo que se encuentra señalado en dicha norma, no se aplica actualmente en la contratación estatal, entendiéndose que el objeto así definido es en extremo amplio y comprende tipologías disímiles en estricto sentido, cualquier contrato estatal tiene por objeto genérico “actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad”. (Benavides, 2010, p. 85)

En la transición de los preceptos reguladores del contrato de prestación de servicios, se evidencia cómo este contrato, solo podrá ser ejecutado por una persona natural. Las personas jurídicas actualmente no tienen cabida en la realización de actividades relacionadas con la administración o con el funcionamiento de estas.

De manera concisa, esta ley desarrolla lo atinente a la figura del contrato de prestación de servicios y hace un importante énfasis respecto a que no se genera, en ningún momento, una relación de tipo laboral, sino que es netamente contractual. Al tener esta característica principal, es menester desarrollar los elementos que componen esta figura contractual, delimitando los alcances del contrato para que no haya lugar a duda respecto a su conformación.

Frente a la normatividad anteriormente citada, la cual regula lo correspondiente a la materia de estudio, el legislador en su proceder, establece que respecto al contrato de prestación de servicios, que como se planteó es utilizado tanto en el campo civil como en el administrativo, se debe regir en cuanto a ciertos parámetros que lo hacen único, evitando que se confundan con otras figuras contractuales; es así, que ha establecido que para la correcta ejecución de un contrato de esta índole, la entidad contratante debe asegurarse que las funciones realizadas por el contratista no sean propias o relacionadas con el funcionamiento de la entidad del Estado; que las labores a ejecutar estén pactadas por un lapso determinado, evidenciándose que es temporal y no trascenderá en el tiempo; que el contratista no sea sujeto de subordinación por parte de su empleador en función de sus deberes y demás aspectos legislados.

Lo cierto es que, la administración pública está incumpliendo con las directrices estipuladas por el legislador, desconociendo las normas que regulan la contratación estatal y en específico el contrato administrativo de prestación de servicios, imponiéndole al contratista cargas públicas que no corresponden a lo plasmado en su contrato, efectuándose así un error de derecho ante el evidente desconocimiento de la legislación colombiana, la cual no posee ninguna causal de exclusión de responsabilidad, donde el acatamiento del ordenamiento jurídico es de obligatorio cumplimiento y más aún cuando se trata de entidades que representan al Estado colombiano.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, sentencia 00117 de 2018, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, hace referencia de este tipo contractual estableciendo que:

(...) el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00117, 2018)

Para delimitar este tipo de contrato, es necesario hablar de tres elementos esenciales, que deben evidenciarse de cierta manera y en forma integral o variaría la naturaleza del contrato. Estos elementos son: la prestación directa del servicio, la remuneración y la subordinación, que, en efecto, son los tres elementos básicos de cualquier relación laboral, pero a su vez, hacen parte de esta figura contractual. Aplicados al contrato de prestación de servicios, deben ajustarse de una manera específica respecto a los parámetros determinados por la ley y la jurisprudencia.

Con estos tres elementos, es posible determinar sí, efectivamente, las labores realizadas por los contratistas se adecuan a una relación netamente contractual o ante una relación laboral disimulada bajo la figura del contrato de prestación de servicios. Es menester dejar de presente que, es el elemento de la subordinación el que establece la diferencia entre una relación contractual y una relación laboral y es la coordinación la que establece una relación regida por normas civiles.

Finalmente, debe destacarse que, para las empresas sociales del Estado, además de las normas previstas en el ordenamiento privado, también podrán usarse discrecionalmente las cláusulas exorbitantes aplicadas a la contratación estatal, como lo son a saber: modificación, terminación e interpretación unilateral, modificación y caducidad, previstas en el artículo 195 de la Ley 80 de 1993.

En cuanto a las cláusulas exorbitantes, es menester mencionar la figura de la caducidad, que se entiende, como una clase de sanción que le es aplicable al titular del derecho que no acude ante la jurisdicción pertinente para solicitar el ejercicio de la acción que considere. Así mismo, en cuanto a la caducidad, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sala de decisión No. 6, ha establecido que:

(...) el fenómeno jurídico de la caducidad se configura cuando una persona que tiene potestad de ejercer un acto o derecho que tendrá efectos jurídicos, no lo hace dentro de un lapso perentorio y pierde la potestad de entablar la acción correspondiente. (Tribunal Administrativo de Boyacá, Expediente no. 152383333752201500183-01, 2016)

Conforme con la anterior cita, además de ser la caducidad la pérdida de la oportunidad de interponer cualquier mecanismo, en el asunto de interés referente a la jurisdicción contencioso administrativa, en materia de contratación estatal, es también aquella potestad que posee el Estado en cabeza de sus entidades y en desarrollo de su poder discrecional, de adoptar decisiones unilaterales en cuanto al particular que ostenta la calidad de contratista, a fin de proteger los intereses del Estado que puedan verse afectados en desarrollo de la labor endilgada y consignada a través de un contrato, como el administrativo de prestación de servicios.

Ahora bien, para mencionar las cláusulas exorbitantes se tiene que:

En este sentido, la caducidad de los contratos, como primer elemento de las cláusulas exorbitantes, como máxima expresión de la superioridad del Estado respecto de la relación contractual con los particulares, cobra especial connotación en las condiciones de los contratos, sienta esta potestad única y exclusivamente otorgada a las entidades públicas. (García y Mojica, s.f.)

La facultad que posee el Estado de implementar las cláusulas exorbitantes se encuentra consagrada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual, en su artículo 14, señala los medios que pueden ser utilizados por las diferentes entidades del Estado, a fin de que se efectúe el correcto cumplimiento del objeto contractual. Pues como se señaló, la administración pública debe velar por los fines estatales. Ante lo anterior, el Estatuto manifiesta:

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. (Colombia. Congreso de la República. Ley 80, 1993, art. 14)

No obstante, lo anterior, en cuánto a este parámetro, se puede concluir entonces que, el contrato administrativo de prestación de servicios, que se celebrará con personas naturales, estará regido por los parámetros que adopte la administración pública a fin de que se dé cumplimiento a lo consignado en la Carta Política, ajustándose este a las medidas adoptadas por la parte contratante, sin embargo, las entidades estatales no pueden trasgredir los elementos que componen este contrato, puesto que el ejercicio irregular de esta figura contractual, no puede entenderse o atribuírsele a la protección de los fines estatales.

3.1.2 Elementos del contrato de prestación de servicios

3.1.2.1 Prestación personal del servicio

Como lo señala la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Hernando Herrera, la labor que se ejecuta a título de prestación de servicio media sobre la obligación de llevarse a cabo una labor relacionada a la experiencia y capacitación profesional que posee el contratista, para lo cual, se le asignarán labores específicas a desarrollar con base a su conocimiento. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154, 1997)

La labor, se entiende como la realización de las obligaciones consignadas en el contrato de prestación de servicios, mediante la materialización de los conocimientos especializados, reflejados en las gestiones que no pueden ser realizadas por los trabajadores de planta, por lo cual, se requiere a un tercero vinculado mediante contrato, que desarrolle las labores necesarias para satisfacer las necesidades de la administración.

La Corte Constitucional, a través de la sentencia puesta de presente anteriormente, establece de igual manera lo siguiente:

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios, tener también por objeto, se extienda a funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual (...) los particulares pueden cumplir

funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154, 1997)

Como en cualquier relación de tipo contractual, esta posee una obligación, como lo establece la legislación civil, la obligación estará encaminada a dar, hacer o no hacer, dependiendo ya del fin que disponga el contrato.

El Código Sustantivo del Trabajo establece que, la prestación del servicio configura un elemento esencial, el trabajo, se concibe que este parámetro es irrefutable pues el fin del mismo es la materialización de una labor, como así mismo, se dispone con la celebración de un contrato administrativo de prestación de servicios, que tiene como fin, la ejecución de una obra por parte del contratista. En consecuencia, cada contrato que celebren las entidades estatales, debe tener consignada una obligación, la cual, deberá ser desarrollada por quien presta el servicio, de lo contrario, el contrato no nacería a la vida jurídica.

Este elemento no presenta mayor controversia, por tal razón, no se le ha dado mayor relevancia a nivel jurisprudencial y doctrinal, toda vez que, los parámetros referentes a la prestación del servicio son específicos y difícilmente tergiversa, en el entendido que, el contrato debe ser plasmado de forma clara y precisa en cuanto a la obligación que debe desarrollar el contratista en función de sus labores.

3.1.2.2 Remuneración y autonomía

La remuneración se configura como otro de los elementos esenciales que consiga la legislación laboral acerca del trabajo, toda vez que, toda labor desarrollada debe ser retribuida económica y proporcionalmente, elemento que de igual forma, se hace presente en el contrato administrativo de prestación de servicios, en el entendido que es obligación de la entidad contratante, el remunerar la labor por la cual se vinculó contractualmente a quien presta el servicio. Si la administración pública llegase a efectuar cualquier tipo de contrato en el que no se evidencie un salario o unos honorarios, se vería inmersa en la comisión de violación de derechos laborales y fundamentales. En consecuencia, la consignación del elemento de la remuneración es imprescindible en cualquier tipo de relación laboral y contractual.

La remuneración, entonces, no es otra cosa que la retribución por el servicio prestado por el contratista, el cual, será plasmado de manera clara y exigible por medio del contrato suscrito con la entidad estatal. Como característica del mismo, dicha retribución no posee el nombre de salario, sino de honorarios.

Mediante el Concepto No. 59443 del 17 de julio de 2006, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, emite una definición de honorario, estableciendo que son los ingresos percibidos en dinero o en especie, en desarrollo de una labor en donde el factor intelectual es determinante, y que se ejecute sin subordinación. Esta forma de pago es característica en la prestación de servicios profesionales, técnicos, etc. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 2006)

Respecto a las prestaciones sociales de las personas vinculadas como contratistas, mediante contrato administrativo de prestación de servicios, se ha establecido que, no es obligación de la entidad reconocerlos, toda vez que, quien presta el servicio no está vinculada

en sí a la entidad estatal, no es un miembro de la planta de trabajadores que allí se configura, es una vinculación netamente contractual y transitoria.

De manera tácita, en la parte final del numeral 3^{ro} del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se establece que la entidad no está en la obligación de cancelar las prestaciones sociales al contratista vinculado mediante esta figura contractual, dicho acápite manifiesta que, la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con personas naturales, no genera relación laboral alguna, es netamente contractual, así mismo, la entidad contratante no está en la obligación de cancelar prestaciones sociales. (Colombia. Congreso de la República. Ley 80, 1993, art. 32)

Respecto a este elemento que, hace parte del contrato administrativo de prestación de servicios, no hay mayor discusión, al igual que el elemento de la prestación directa del servicio, no ha sido necesario llevar a cabo un debate profundo a nivel jurisprudencial y doctrinal pues este elemento es indispensable para que el contrato nazca correctamente a la vida jurídica.

Ahora, conforme al parámetro de la autonomía, el contratista posee la facultad de decidir, cómo va a desarrollar el servicio, ya que es él quien establece los parámetros de ejecución de su labor, ya sea en el horario en que la va a desarrollar, la forma o la cantidad de trabajo. De igual manera, bajo su autonomía, tiene la capacidad de tomar la decisión de en qué manera procederá a utilizar los ingresos que se le asignen para el desarrollo de su labor.

En cuanto al elemento de la remuneración, este no debe ser confundido con el de la autonomía financiera, pues como se estableció, los honorarios devengados por el contratista son el producto de la labor ejecutada y pactada con posterioridad mediante el contrato administrativo de prestación de servicios. Al estar revestido por autonomía, quien presta el servicio posee la facultad de administrar los recursos que le han sido asignados, guardando así discrecionalidad en cuanto a la forma en que se presupuestará y dispondrá lo asignado por la entidad estatal.

3.1.2.3 La no subordinación

A diferencia de los dos elementos estudiados anteriormente, el tópico de la subordinación ha generado diversos debates, pues es este elemento el que, comúnmente se encuentra en constante vulneración por la tergiversación del mismo. Toda vez que, se intenta ocultar la subordinación impuesta hacia los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios bajo la figura de la “coordinación”, la cual se encuentra encaminada a la regulación de la supervisión de la ejecución de la labor.

En consecuencia, el empleador, con ocasión de la existencia de un contrato de trabajo, ejerce sobre el trabajador: la potestad, dirección y reglamentación para hacer efectiva la relación laboral (Ruiz, 2009, p. 84). Conforme a esta materia, principalmente en la jurisdicción ordinaria laboral, se han implementado diversas teorías a fin de precisar este elemento.

Una de estas teorías es la denominada dependencia jurídico - personal, la cual, según el doctrinante Krotoschin, dispone que:

El concepto de la dependencia jurídico - personal contiene un elemento jurídico y un elemento de hecho. El elemento jurídico consiste en que el patrono debe tener, principalmente, el derecho exclusivo de dirigir el trabajo y dar órdenes al trabajador con el consiguiente deber de cumplir, pero se trata más que de un principio. En la práctica el derecho de dirección que incumbe al patrono sufre innumerables variantes según el cargo que desempeñe el trabajador, la índole de su trabajo, el grado de su preparación, carácter de la empresa etc. (Ruiz, 2009, p. 85)

Igualmente, Julio Rodríguez, doctrinante colombiano, respecto al elemento de la subordinación ha manifestado que: se refiera a la facultad del empleador para establecer el tiempo, modo, lugar y forma del trabajo, para que haya subordinación, basta pues, con que exista no solo la posibilidad de dar órdenes sino el derecho de hacerlo y sustituir su voluntad cuando el patrono lo considere necesario. (Ruiz, 2009, p. 86)

Es importante recalcar lo concerniente a la noción de trabajo, para poder desarrollar el elemento de la subordinación respecto de esta figura contractual.

La Real Academia Española, define la palabra “trabajo” sutilmente como: “ocupación retribuida” (Real Academia Española , 2001), siendo esta, aunque corta, una definición acorde a su esencia y a lo establecido por el Código Sustantivo del trabajo, en su artículo 5^{to}, en donde menciona el concepto de trabajo, como una actividad que exclusivamente es realizada por seres humanos de manera libre y voluntaria y en toda ocasión regulada por un contrato de trabajo que no es otra cosa que el acuerdo de voluntades entre dos partes en la cual una se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer; quien se obliga denominado como trabajador y quien recibe se denomina empleador.

Ahora bien, para que los denominados contratos de trabajo se materialicen de manera correcta y nazcan a la vida jurídica, deben poseer tres elementos, que, de igual forma, el legislador ha consignado de forma taxativa; en concreto se trata de la actividad que realiza el trabajador, la subordinación y la remuneración. Si faltase alguno de estos tres elementos, el contrato de trabajo estaría viciado, en otras palabras, no sería un contrato de trabajo. Es importante hacer claridad que una vez se dé el cumplimiento de dichos elementos, el trabajador estará protegido por una serie de derechos laborales que son irrenunciables.

La Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009, definió el contrato de trabajo de la siguiente manera:

El contrato laboral está definido como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. El contrato de trabajo tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614, 2009)

El Código Civil colombiano, indistintamente, en su artículo 1494 establece la definición de contrato, estipulando que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. (Colombia. Ley 84, 1873, art. 1494)

De igual manera, en el Decreto Ley 2663 de 1950 o Código Sustantivo del Trabajo, se establece lo referente a los contratistas independientes, entendiéndose que son aquellos vinculados contractualmente mediante la figura del contrato de prestación de servicios, en donde estipula que, los contratistas independientes son personas naturales o jurídicas que adquieren la obligación de llevar a cabo obras a título de prestaciones de servicio en el cual se verá beneficiado un tercero, la cual se lleva a cabo según la experiencia y riesgo del contratista y media una remuneración económica. (Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2663, 1950, art. 34)

Referente a este articulado, el legislador especifica que, el contratista no debe acatar las imposiciones presentadas por quien lo contrata en el entendido que, la esencia de la autonomía, va encaminada a la realización de funciones al margen de lo que considere quien presta el servicio, dejando en claro, que se asumirán todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios, libertad y autonomía técnica y directiva (Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2663, 1950. art. 34). En otras palabras, el contratista no deberá ser molestado, ni direccionado en la ejecución de su deber.

Es claro entonces que, respecto al contrato administrativo de prestación de servicios, debe ser una persona natural la que desarrollará la labor endilgada, y será, respecto a su conocimiento técnico-práctico quien efectúe la misma, teniendo en cuenta que la necesidad de su vinculación a la entidad estatal es ejecutar tareas ajenas al funcionamiento de la entidad y de los servidores públicos que allí laboran, quienes no podrán realizarlas, ya que no poseen las habilidades necesarias. Es una contratación excepcional y temporal, la cual no podrá ser vigilada ni subordinada por la entidad contratante, ya que no desarrolla labores propias de la misma, ni posee la capacidad de ejecutarla.

La subordinación, entonces, a consideración del autor, es esa capacidad que posee el empleador de imponer las directrices de cómo se deberá desarrollar la labor del trabajador, en el horario que considere, bajo los parámetros de trabajo que convengan, a fin de cumplir con los requerimientos propios de la entidad estatal o del sitio de trabajo que corresponda.

Teniendo en cuenta la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, numeral 3^{ro}, resaltamos que éste contrato está regido por la independencia del contratista, en donde resulta claro que lo excluye del cumplimiento de un horario y de la mediación entre las partes bajo una relación de coordinación, por tanto, si existiere dicha relación de subordinación y cumplimiento de horario, se retribuirá con una cancelación de honorarios, obligando así al contratista a asumir su carga prestacional en cuanto a seguridad social y demás (Colombia. Congreso de la República. Ley 789, 2002). Bajo esta circunstancia, es posible suscribir esta clase de contratos, adicionalmente, cuando la planta de personal no es suficiente para cumplir los fines propios de la entidad, excepto, cuando more como requisito conocimientos especializados, de no cumplir con los mismos, pierde esta calidad.

No obstante, lo anterior, conforme a la exposición de motivos de la Ley 80 en su artículo 32 numeral 3 señala que un contrato de prestación de Servicios no debe superar los 3 meses y la administración lo viene desconociendo, es ahí entonces donde nace el hierro y como quiera que usualmente los otros contratos de prestación de servicios superan este tiempo jurídicamente la administración viene siendo responsable por desconocer la norma excediendo así las cargas públicas. Es así como se vislumbra claramente que la administración es responsable por un error de derecho por desconocer la norma.

Por su parte el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 5^{to} menciona que la fuerza de trabajo es una actividad humana material o intelectual, donde una persona natural entrega su fuerza de trabajo conscientemente al servicio de otra. Es en este caso donde la administración no cuenta con el personal de planta suficiente y opta por vincular personal a través del contrato de prestación de servicios, colocan toda su capacidad y fuerza de trabajo para la ejecución de las funciones asignadas, pero ostentando la calidad de contratistas mediante un contrato de prestación de servicios.

Una vez hecha la aclaración de lo que significa la subordinación, es menester dejar claridad que, para el contrato administrativo de prestación de servicios, no existe dicho elemento, ya que para el caso que nos ocupa, el contratista está revestido de una facultad conocida como autonomía, por la cual, será él quien desarrolle sus labores dependiendo de su propio criterio.

Ahora bien, la Corte Constitucional en su Sentencia C- 154 de 1997 ha establecido que:

La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154, 1997)

Teniendo en cuenta la anterior disposición, es acertado afirmar que el contratista en desarrollo de su función, es autónomo respecto de cómo se llevará a cabo su labor, en el entendido que, al ser este un contrato excepcional y transitorio, se encuentra facultado para disponer de sus recursos a fin de ejecutar su servicio en la forma en que considere apropiado. En ningún momento, se tendrá dependencia respecto a la entidad contratante, ni esta podrá inmiscuirse en la forma en que es realizada, exigiendo que siga mandatos en el desarrollo del trabajo por el cual fue contratado.

En el concepto 74771, emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública (2016) la vinculación por prestación de servicios, se define así:

La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación, se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente.

En diversas ocasiones, las entidades del estado manifiestan estar realizando labores de coordinación, más son de subordinación, intentando demostrar el no incumplimiento de los elementos que componen al contrato administrativo de prestación de servicios. Es claro que, estos dos elementos podrían tornarse confusos e incluso similares, por lo cual, se ha hecho énfasis en que las funciones de coordinación van direccionadas a supervisar las funciones del contratista.

Referente a los empleados de planta, se evidencia la diferencia en cuanto al elemento de la subordinación, pues estos al poseer una relación de índole laboral con la entidad contratante y desarrollar funciones propias de las instituciones estatales, deben acogerse a las directrices que imponga la entidad a la cual se encuentran vinculados, ya que sus labores, a diferencia de los contratistas por prestación de servicios, son permanentes.

De ahí que en esta disposición se evidencia que:

Con fundamento en lo anotado, se considera que los contratistas de prestación de servicios rigen su relación con la entidad a través del contrato, el cual dispone las condiciones de ejecución del contrato en cuanto objeto, plazo, valor y forma de pago, actividades, informes a entregar, productos o entregables, obligaciones a cargo de cada una de las partes, entre otros, conforme a lo cual se establece que el contrato se ejecuta en función del objeto contractual, el cual en todo caso no puede corresponder al ejercicio de actividades de carácter permanente, y si tienen este carácter deben ser transitorias, dado que para atender estas labores se encuentran los funcionarios que hacen parte de la planta de personal de la entidad. Por los motivos expresados, los funcionarios de planta que a su vez hacen parte de la estructura organizacional de la entidad, distribuidos en sus diferentes áreas y dependencias deben atender en el ejercicio de sus funciones a los niveles de jerarquía y responsabilidad, según corresponda con el organigrama de la entidad. (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2014)

Consecuencia con la anterior cita, es claro que es el elemento de la subordinación el que determina si una persona vinculada en una entidad del Estado posee una relación de carácter laboral o contractual, en el entendido que, si celebró un contrato administrativo de prestación de servicios, pero no cumple con los requisitos esenciales como son: autonomía técnica administrativa y financiera, por la entidad estatal, no cumple con los requisitos exigidos para su correcto ejercicio, podrá solicitar ante la jurisdicción correspondiente la declaratoria de dicha relación laboral.

Debe tenerse en cuenta que tanto el contratista vinculado por medio del contrato administrativo de prestación de servicios, como el servidor público que posee una relación laboral, ejercen una fuerza de trabajo a favor de la entidad, y por lo mismo, son remunerados económicamente. Es claro entonces que, cada uno de ellos deberá responder ante la entidad estatal respecto de la labor que ha ejecutado, pues como bien se ha determinado, es el empleador de las relaciones tanto contractual como laboral que genere.

No obstante, la diferencia radica en que la labor por la cual fue vinculado el contratista, no es propia de la entidad, ni de su funcionamiento interno, no se configura entonces como un subordinado que labora en pro de cumplir con los fines de la entidad del Estado, sus labores se ven reflejadas en el cumplimiento de la ejecución de una labor de la cual es experto,

pero que es ajena a la integralidad de la entidad estatal, por lo cual, el legislador ha dejado claridad en su carácter excepcional y temporal, en tanto que, procederá a cumplir, conforme a sus conocimientos, una labor de la cual su empleador no puede intervenir, ya que, en efecto, quien conoce la forma en que se debe desarrollar, los implementos necesarios, el tiempo de trabajo requerido y demás, es el contratista.

Así mismo, la Corte Constitucional en su sentencia C- 154 de 1997, en lo concerniente al elemento de la subordinación, manifiesta que es aquel que diferencia una relación laboral del contrato administrativo de prestación de servicios, dejando claro que el contratista solo es un sujeto independiente en cuanto a la entidad, al cual, no se le deben consignar prestaciones sociales de ningún tipo, no obstante, si se llegase a acreditar la existencia de una relación laboral por el despliegue de acciones de subordinación referente a las labores realizadas por el contratista, como lo es la imposición de un horario laboral y la impartición de órdenes, se establecerá la existencia de un contrato de trabajo con derecho al pago de las prestaciones sociales no reconocidas. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154, 1997)

La subordinación configura entonces, el elemento diferenciador entre una relación laboral y contrato de prestación de servicios, toda vez que la segunda, como bien lo expreso la Corte, tiene como principal característica la autonomía, la cual podría establecerse como la piedra angular que compone el contrato administrativo de prestación de servicios.

Aquellas personas que se encuentran vinculadas a las diferentes entidades del Estado, y que desempeñan labores propias de la entidad de manera permanente, ostentan la calidad de servidor público, como bien lo delimita la Constitución Política, en su artículo 123, mientras que, aquellos individuos vinculados mediante contrato administrativo de prestación de servicios son meros contratistas, los cuales no gozan de los mismos beneficios que los servidores públicos en materia de prestaciones sociales. Para el presente caso, objeto de estudio, resulta de vital importancia la delimitación y correcta aplicación de los elementos que componen la relación laboral y la contractual, en aras de evitar la extralimitación de las funciones del contratista que en consecuencia desarrollaría labores de servidor público, cuando legalmente se encuentra estrictamente prohibido.

Cuando se evidencia que en efecto un contratista se ve inmerso en labores permanentes y distanciadas del objeto inicial de su contrato, es claro que la entidad estatal está vulnerando a quien presta el servicio, y es así como se puede demostrar con el estudio que nos ocupa, que a pesar de que realiza las mismas funciones que un trabajador de planta, no se le reconoce las prestaciones sociales que al servidor público sí. Es así que, una vez se identifica el incumplimiento de este elemento por parte de la Entidad Estatal contratante, es posible llevar un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que al contratante le sea reconocida la relación laboral y los derechos que con esta se desprenden, esta demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, será abordada de manera integral más adelante.

Tenemos entonces que, como asegura Vanegas, citado por León (2015), la subordinación no es solamente el constante recibimiento de órdenes, no es necesario que el empleador esté dando órdenes permanentemente, sino que tengan la posibilidad de hacerlo

en el momento en que lo crea necesario o conveniente a los fines de la empresa, respetando los derechos del trabajador.

Hasta este punto, se han analizado los tres elementos principales que constituyen el contrato de trabajo, como así lo establece el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 23, analizándose la aplicación de los mismos al contrato administrativo de prestación de servicio y evidenciándose como se diferencia ante una relación de índole laboral. No obstante, ha declarado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que este contrato reviste de otro una característica propia, que debe ser estrictamente aplicado para la correcta implementación de esta figura contractual. Este es el de la temporalidad. Como bien se ha manifestado, este contrato posee un carácter excepcional, por lo cual, las labores que desarrolle el contratista no pueden prolongarse en el tiempo.

Se ha dejado claridad que, las entidades estatales tienen la posibilidad de realizar contratos de prestación de servicios con el fin de llevar a cabo una labor específica que no puede ser realizada por el personal que la compone. Es así, que esta labor debe ser clara y por ende finalizará una vez el contratista haya culminado con su servicio, pero manifiesta expresamente la Ley 80 de 1993, debe hacerse en un plazo estrictamente razonable. No puede extenderse indefinidamente en el tiempo, como sí lo hace, un contrato laboral a término indefinido.

La Corte Constitucional es su sentencia C- 154 de 1997, la cual es pionera en la temática del contrato de prestación de servicios, establece que:

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades por ellos atendidas demanden una permanencia mayor o indefinida, excediendo de su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previsto sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

El Consejo de Estado, ha precisado en cuanto a cómo se evidencia la existencia del elemento de la subordinación en desarrollo de las funciones desplegadas por el contratista en función de su labor, indicando que:

(...) el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la

cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 201400011, 2018)

Esta característica atañe al hecho de que las entidades estatales no pueden manejar personal bajo la modalidad contractual de prestación de servicios de manera prolongada, pues al ser así:

(...) se estaría vulnerando su naturaleza excepcional, toda vez que, corresponde a las características propias del contrato de prestación de servicios, en cuanto es excepcional, ocasional, accesorio y auxiliar, precisamente porque la función pública cumple en esencia con el ejercicio de funciones, de carácter permanente ordinario, normal o usual. (Villegas, 2008, p. 217)

De igual manera, la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, hace una manifestación respecto a la prohibición de la celebración de contratos de prestación de servicios con el fin de ejercer funciones de carácter permanente, en donde establece que el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado para tareas que les pertenezcan a los empleados de planta, esta prohibición fue establecida como medida para proteger las relaciones laborales y que no se pierda la naturaleza que caracteriza a esta figura contractual, en el entendido que solo debe atender funciones excepcionales o con conocimientos especializados.

La configuración de los contratos por parte de las entidades del Estado, como se reitera, son de carácter excepcional, toda vez que para ser nombrado servidor público es necesario cumplir con los requisitos demandados, la Corte manifiesta que las relaciones contractuales efectuadas por el Estado están intrínsecamente relacionadas con la función pública, en el sentido que las labores desarrolladas en la administración pública deben ser realizadas por personal de planta únicamente, aquellos que ingresaron a las entidades del Estado mediante concurso de méritos. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614, 2009)

Es obligación de las entidades del estado crear los trabajos necesarios para abarcar las funciones que se desempeñan en las mismas. Razón por la cual, las vinculaciones que se hacen mediante contrato administrativo de prestación de servicios son única y exclusivamente, para desarrollar las labores específicas y de carácter temporal. Razón por la cual, no es concebible la contratación de personas naturales mediante esta figura contractual con el fin de realizar labores propias de la entidad.

3.2 Contrato realidad: una revisión actualizada

El legislador en su proceder, ha establecido ciertos parámetros en cuanto a la noción de contratación aplicables tanto en la legislación civil, laboral y administrativa. En principio, el contrato es considerado como una fuente de las obligaciones, y la manifestación de la voluntad de dos o más personas que poseen capacidad para obligarse, aquellos que por ley no sean considerados como incapaces, ya sea de manera absoluta o relativa.

Así mismo, cada contrato celebrado debe poseer tanto requisitos de existencia como de validez para que así puedan configurarse en la vida jurídica, en el entendido que, en los contratos debe existir una voluntad manifiesta y exteriorizada, así mismo, como ya se refirió, las partes en los contratos deben poseer la capacidad legal de ejercicio para la ejecución y cumplimiento de los mismos; de igual forma, debe ser celebrado con consentimiento libre de vicio, en donde no se evidencien la presencia del error, fuerza o dolo para constreñir a una de las partes a celebrar un contrato en cualquiera de sus modalidades, y no menos importante, deben poseer una causa y un objeto lícito, parámetros que no deben ser manifestados expresamente, ya que en ningún escenario puede celebrarse un contrato que vaya en contravía al ordenamiento jurídico.

Ahora, haciendo un enfoque en el ámbito laboral administrativo y en lo concerniente a la contratación estatal, es claro que la administración pública posee la necesidad de cumplir con los fines esenciales consagrados en la Carta Magna y, para poder efectuarlo, se ve en la necesidad de contratar el personal capacitado que efectúe las labores propias de las entidades en representación del Estado colombiano, este concepto es el que abarca la función pública.

En cuanto a las personas naturales vinculadas mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, a diferencia de los servidores públicos que, su contratación está reglada conforme a lo expuesto en la Constitución Política en su artículo 123, la administración pública permite la vinculación de las mismas con el único objetivo de realizar una labor no relacionada con la integralidad de la entidad estatal y que solo abarcará un periodo de tiempo determinado; esa es la esencia que ha plasmado el legislador en su artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993, no obstante, la realidad demuestra que las entidades estatales contratan en masa bajo la figura del contrato administrativo de prestación de servicios en los cuales los contratistas dentro de sus funciones se ven en la obligación de realizar funciones propias de un trabajador de planta, lo cual contraría la naturaleza de este tipo contractual y a la Constitución Política misma.

En principio, la simple figura del contrato administrativo de prestación de servicios podría configurarse como una violación directa a lo establecido por el constituyente, ya que permite la vinculación contractual de una persona natural sin tener en cuenta las funciones legales y reglamentarias que se exigen para el proceder de estas facultades, podría incluso hablarse de una vulneración al artículo cuarto de la Constitución Política, en el cual, menciona que es norma de normas, y el Estatuto de Contratación Estatal no tendría la facultad de sobreponerse a sus mandatos. No obstante, el presente escrito no pretende abarcar dicho planteamiento.

Para establecer de manera óptima lo concerniente al contrato administrativo de prestación de servicios, es menester indicar lo referente a una de las disposiciones del artículo

53 de la Constitución Política, en la cual reza “la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones”. (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente [Const]. 1991. art. 53)

En consecuencia, sin importar las disposiciones que se hayan plasmado en el contrato administrativo de prestación de servicios celebrados entre las entidades y las personas naturales, primarán las acciones, labores, mandatos y demás que se hayan dado en función del mismo. Ahora bien, el no reconocimiento de los parámetros que se dieron en realidad, constituiría entonces, vulneraciones a los derechos de los trabajadores.

La legislación laboral se refiere igualmente al carácter de orden público, en el que refiere que “las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables salvo los casos expresamente exceptuados en la ley” (Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2663, 1950, art.14). No obstante, aunque está disposición es aplicable a las relaciones laborales o contractuales creadas entre particulares, es viable su aplicación en el ámbito de lo administrativo laboral al verse inmersos derechos fundamentales como el de la igualdad al tratarse de personas naturales que desarrollan labores para la administración pública, en consecuencia, si en efecto, un contratista ha estado desarrollando labores propias de servidor público en función de su contrato, se generarían prerrogativas que no pueden ignorarse, pues vulnera el derecho fundamental a la igualdad en el sentido en que no se le reconocen los beneficios que le pertenecen a los funcionarios públicos, como lo son las prestaciones sociales.

Este principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones, aplicado esencialmente en el ámbito laboral, es indispensable en cuanto al reconocimiento, por parte de la autoridad competente de este contrato, toda vez que, para el reconocimiento del mismo, debe la jurisdicción competente estudiar las condiciones en que se encuentra laborando el contratista en cuanto a las que se han estipulado en el contrato administrativo de prestación de servicios. Deducción referente a los tres elementos básicos que componen las relaciones laborales, que de igual manera se aplican al contrato administrativo de prestación de servicios en las condiciones ya establecidas, verificando si concurren con las características ya descritas y analizadas anteriormente.

La Corte Constitucional, establece respecto al principio la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por lo sujetos de las relaciones laborales, lo siguiente:

(...) El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-555 , 1994)

La jurisdicción competente tendrá esta potestad ya que como es bien sabido, la Constitución Política es norma de normas, lo que significa que se encuentra sobre cualquier norma del ordenamiento jurídico, estando este facultado, con respaldo constitucional, de adoptar decisiones tendientes a demostrar la existencia de una relación laboral con la

administración pública, cuando el sujeto que prestó el servicio se vio inmerso en labores propias de la entidad, lo que entablaría una relación netamente de trabajo.

Bajo esta premisa, el contratista que observa la transgresión de sus funciones por parte de la entidad contratante, viéndose bajo una constante subordinación en cuanto a la labor que realiza, o en cuanto al horario que manera, incluso a las labores que desempeña, las cuales son de carácter permanente y propias de la entidad, puede acudir ante un juez para que se le sea reconocidas las funciones propias de servidor público y las prestaciones que con esta calidad existen.

Entonces, los servidores públicos, son aquellas personas naturales que se encuentran vinculadas a una entidad estatal, y, por ende, prestan sus servicios a favor de la administración pública. Se atañe que, según el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia (1991) “los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (art. 125). En ningún caso, la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (Banco de la República, 2017)

Para el caso objeto de estudio se puede deducir que, el contratista que considera que se le han vulnerados sus derechos por el incorrecto despliegue de sus funciones de acuerdo a su contrato, tiene la facultad de acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa con el fin de iniciar el reconocimiento de los derechos laborales vulnerados, así mismo, la labor realizada para una entidad del Estado, toda vez que, por parte de la entidad contratante se incumplen con los parámetros o elemento que rigen dicha relación contractual, como lo puede ser la evidente subordinación a la cual se ve sometido el contratista, vislumbrando la pérdida de la autonomía de la cual se encuentra dotado. Situación irregular que se presenta de manera continua y por lo cual, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han tenido que pronunciarse a fin de regular la materia, como lo son las Sentencias C- 154 de 1997, la C-614 de 2009, la T-903 de 2010 y las 00117 de 2018. 00799 de 2018, a manera de ejemplo.

Es necesario reiterar que el contratista no puede acceder de manera directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a fin de solicitar el reconocimiento del contrato realidad, porque primero debe agotar un requisito de procedibilidad conocido, para los funcionarios públicos, como el reclamo administrativo que es el ejercicio del derecho de petición ante una autoridad, en caso de quien presta el servicio, debe ser con su entidad estatal contratante, con el cual, se pretende solicitar el reconocimiento de sus acreencias laborales derivadas de la ocurrencia de un contrato realidad. En caso de que la entidad reaccione de forma negativa ante la petición efectuada, se expedirá un acto administrativo en el que se motive la decisión adoptada, el cual, es necesario para mover el aparato judicial.

La anterior aseveración va encaminada a señalar que como bien se ha reiterado, los contratistas no son empleados públicos ni reciben las asignaciones de aquellos que sí ostentan dicha calidad, razón por la cual, no podrían presentar una pretensión bajo la figura del

reclamo administrativo, no obstante, mediante la interposición de un derecho de petición ante la entidad estatal con la cual fue vinculada mediante contrato administrativo de prestación de servicios, solicitado el reconocimiento de prestaciones sociales al verse inmerso en situaciones de subordinación, se agotará lo concerniente al requisito de procedibilidad exigido para acceder ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Cuando se trate de trabajadores oficiales, que como bien dispone el artículo 5 del Decreto Ley 2135 de 1968, son aquellos que realizan labores de construcción y sostenimiento; las controversias que puedan surgir en cuanto a la relación que posean con la administración pública, se resolverán ante la jurisdicción ordinaria laboral, pues poseen una relación de índole definida en un contrato de trabajo.

De esta afirmación, el Departamento Administrativo de la Función Pública expone:

En conclusión, si el servidor público tiene un contrato de trabajo, se trata de un trabajador oficial y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demás normas que lo modifican o adicionan; si por el contrario, el servidor público fue vinculado mediante una relación legal y reglamentaria a un empleo de libre nombramiento y remoción o a un cargo de carrera administrativa, sea por concurso o provisional, en planta temporal o en cargo de periodo, tiene la calidad de empleado público y su régimen legal será el establecido en las normas para empleados públicos. (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2019)

El reclamo administrativo es desarrollado por la Corte Constitucional en su Sentencia C-792 del 2006, en donde ha referido:

En el artículo 6° del C.P.L.S.S. se adoptó una modalidad especial de aseguramiento de la oportunidad para la autotutela administrativa, porque al señalarse que la reclamación administrativa cuyo agotamiento es presupuesto para ocurrir ante la justicia ordinaria laboral, consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, la sustrae del ámbito del agotamiento de la vía gubernativa previsto en el C.C.A. como requisito para que los particulares puedan acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, para someterla a una regulación más general y sencilla, conforme a la cual, en todos los eventos en que se pretenda demandar a una entidad pública ante la justicia ordinaria laboral, un presupuesto de procedibilidad de la acción es esa previa reclamación administrativa.

Ahora bien, en cuanto a la conciliación extracontractual como requisito de procedibilidad, el Consejo de Estado ha sido claro en establecer que no es necesaria, ni obligatoria, por ende, no se podría exigir un posible proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta disposición se adoptó toda vez que, cuando se pretende el reconocimiento del contrato realidad, se busca que se reconozcan ciertas acreencias laborales, en sí, todo lo que abarca el concepto de prestaciones sociales, que como bien es sabido, no pueden ser materia de conciliación o de algún mecanismo alternativo de solución de conflictos pues trata de derechos de carácter irrenunciable y no negociable.

Respecto a la conciliación extrajudicial, el Consejo de Estado ha manifestado que:

Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00260, 2016)

Teniendo claro esta disposición, y una vez agotado el requisito de procedibilidad exigido, el contratista podrá presentar la demanda correspondiente, referente al medio de control que corresponda, en estas circunstancias, la nulidad y restablecimiento del derecho. Ahora, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 132, dispone de los requisitos necesarios, de manera taxativa, para la interposición de la correspondiente demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Respecto a los elementos ya desarrollados que rigen esta modalidad contractual, la prestación del servicio y la remuneración, adicionalmente se encuentra la subordinación la cual rompe con el equilibrio entre la relación laboral y una netamente contractual. Así como lo manifiesta el doctrinante Aldo Guarín Durán (2011), el cual establece que:

(...) Supone una vinculación de naturaleza independiente entre el contratista y el Estado, y que no constituye una relación laboral a no ser que, como viene sucediendo de manera lamentable, la entidad de forma deliberada (por ignorancia, mala fe o descuido) que no parece una condición entendible en el manejo de los asuntos del Estado, desvirtúe la naturaleza del contrato administrativo, con una ejecución contractual a través de la cual, por ejemplo, exija el cumplimiento de órdenes, mandatos, directrices, la observación de honorarios o jornadas estrictas de trabajo, con horarios de ingreso y salida, imponga sanciones disciplinariamente al contratista y establezca de manera impositiva la manera como debe ejecutarse en términos generales la actividad contractual, privando al contratista. (p.357)

El elemento de la no subordinación de quien presta el servicio no solo debe ser entendido cómo la autonomía de realizar su cometido en el horario que considere apto, sino se extiende a los elementos que utilizará para el desarrollo del fin del contrato, el criterio con el cual tomará las decisiones que considere adecuadas y el no seguimiento de órdenes, que en principio, no deberían darse.

Es la transgresión a la autonomía que por ley cobija al contratista para llevar a cabo su labor, la que posibilita el deslinde del reconocimiento de las cláusulas contractuales y la solicitud a la entidad contratante del reconocimiento de las prestaciones sociales y demás beneficios que se negaron a consignar. Es menester aclarar que una vez reconocido el contrato realidad por parte de la jurisdicción, el contratista solo recibirá lo que dejó de percibir, esto quiere decir que, se le reconocerán aquellas prestaciones ostentadas por servidores públicos, en concordancia a las labores y el tiempo en que se efectuaron, pero, en ningún momento el juez de conocimiento podrá otorgarle la calidad de servidor público, ni revincularlo bajo esa calidad.

No obstante, en la realidad de cómo se maneja el personal vinculado bajo la modalidad del contrato administrativo de prestación de servicios, se evidencia que la entidad no cumple a cabalidad con lo estipulado en el contrato, sino que el contratista se ve inmerso en la realización de labores que son propias de la entidad y no guardan relación con lo pactado, menciona el doctrinante Guarín (2011):

(...) por parte de la Administración Pública, es la imposición de funciones semejantes o incluso idénticas a las del personal de planta (*sin ninguna calificación especializada*) y la no exigencia de ninguna condición académica especial para su vinculación, entendiéndose una preparación o formación intelectual con conocimientos especializados, en una materia determinada, que justifique la contratación bajo esta modalidad. (p. 349)

Estas modalidades irregulares en la contratación estatal demuestran de manera continua el no acatamiento del fin del contrato administrativo de prestación de servicios, lo cual es obligación de quienes trabajan para el Estado, además, se sigue evidenciando su manejo irregular el cual va en contravía de las directrices establecidas y estudiadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, tendientes a regular el contrato administrativo de prestación de servicios, en donde de manera explícita manifiesta su carácter excepcional y temporal, resaltando el hecho de que las entidades del Estado deben abrir las vacantes necesarias para vincular trabajadores de planta para llevar a cabo las labores intrínsecamente relacionadas a la misma.

Una vez identificada la vulneración de la autonomía del contratista, evidenciándose que efectivamente estuvo sometido a factores de subordinación y labores propias de la entidad, nace la teoría del contrato realidad. En principio es necesario interpretar el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que hace mención respecto a que: “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo (Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2663, 1950), bajo este entendido y trayendo en mención el derecho de la igualdad, se presumiría que quien trabaje con el Estado debió previamente celebrar un contrato cuya exigibilidad debe constar por escrito que como bien lo manifiesta el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos celebrados con el Estado se perfeccionarán cuando estos se eleven a escritos; en este punto la administración pública no ha presentado mayor falencia, no obstante, en cuanto al desarrollo de las funciones plasmadas en el contrato administrativo de prestación de servicios, se observa la clara desnaturalización de las obligaciones endilgadas al contratista referente a las que desempeñe en un contrato, afectándolo, razón que le permite invocar el derecho de a la primacía la realidad en la jurisdicción competente.

Es por la anterior afirmación que nace la facultad de exigir ante la jurisdicción competente el reconocimiento de un contrato realidad, demostrando que efectivamente las labores que se llevaron a cabo por parte del contratista no se ajustaban a los parámetros de un contrato administrativo de prestación de servicios celebrado con la entidad estatal, sino que se asimilaban a las que se desarrollan los funcionarios de planta en razón de las funciones que establece su contrato.

Al reconocerse la existencia de una relación de trabajo distinta a la que corresponde a la prestación de servicios, surgen una serie de beneficios a favor del contratista. Aduce el doctrinante Benavides (2010), referente al pronunciamiento del Consejo de Estado que:

La consagración de contrato realidad tiene consecuencias significativas a favor del contratista. La Corte considera que, si bien no se le considera empleado público por las exigencias constitucionales del reconocimiento de esta calidad, el principio constitucional conlleva al reconocimiento de una relación laboral que genera la condena al pago de sumas equivalentes a las prestaciones sociales que habría tenido el contratista, si hubiese sido empleado público.

Ahora bien, es menester resaltar lo concerniente a la caducidad de la acción referente al reconocimiento de la existencia del contrato realidad. Antes de la sentencia 2011-00142 del 9 de abril del 2014 del Consejo de Estado, no existía término alguno para reclamar ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales mencionadas anteriormente, no obstante, con la entrada del pronunciamiento ya referido, se cuenta con un término de tres años desde la finalización de la relación contractual para hacer efectivas las pretensiones del contratista, so pena de la operación del fenómeno antes descrito.

Corolario con lo abarcado previamente, es claro que el legislador en su proceder, estableció que en cuanto una persona natural procede a realizar labores a favor de otro, en donde media una remuneración y exista subordinación, se estará exponiendo a una relación de trabajo, en la cual, como bien lo establece el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 24, se presume la celebración de un contrato mediante el cual el denominado trabajador se regirá. Ahora bien, dependerá de las características propias de las diferentes modalidades contractuales en donde se evidenciará la solemnidad de los mimos, de lo contrario, no podrá surtir ningún efecto.

Esto quiere decir que, en concordancia con los elementos propios que posee el contrato administrativo de prestación de servicios, para que en efecto nazca a la vida jurídica, debe cumplir con los mismos, de lo contrario se configuraría en una manifestación de voluntad con otra denominación, que como se llevó a estudio, es el contrato realidad, claramente siendo el juez de conocimiento el facultado para reconocerlo.

Ahora bien, se evidencia que en la celebración de un contrato administrativo de servicios, la entidad estatal contratante no pretende en ningún aspecto consolidar una relación de trabajo con el contratista, razón por la cual, usa este contrato excepcional y temporal para la administración pública, no obstante, ante el no acatamiento de los elementos propios del contrato de prestación de servicios, y en aras de dar protección al trabajador, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, establece el ya mencionado principio de la primacía de la realidad, que, una vez aplicado y avizorado la efectiva diferencia entre lo plasmado en el contrato y las labores efectuadas, da paso a la declaración judicial de una relación de trabajo.

En la aplicación de este articulado debe tenerse en cuenta que: una vez estudiada la situación en que se encuentra el contratista, en donde se le deberá garantizar “la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes

formales de derecho” (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente [Const]. 1991. art. 53). Por tanto, debe buscarse la situación que le sea más favorable, en razón a que en lo que refiere a su empleador existe una desventaja en cuanto al principio de la igualdad de armas.

Es claro, que el personal contratado mediante la figura del contrato administrativo de prestación de servicios y a quien no se le ha restado lo pactado en el mismo, se encuentra en una situación de desigualdad refiriéndose a los servidores públicos que hacen parte de la nómina de planta de la entidad estatal, y es ahí, en esta iniquidad donde se busca el renacimiento de sus derechos laborales.

Hasta este punto se ha examinado lo correspondiente a la constitución del contrato administrativo de prestación de servicios y la vulneración mayoritariamente del elemento de la subordinación, que da paso al reconocimiento de un contrato realidad, toda vez que, es evidente la transgresión de los derechos laborales de quienes son contratados de manera irregular por las diferentes entidades del Estado bajo esta modalidad contractual.

Identificar los medios y elementos que integran la esencia y naturaleza del contrato de prestación de servicios y del contrato realidad a partir de una revisión normativa, jurisprudencial y doctrinaria.

4 Del contrato realidad a partir de una revisión normativa, jurisprudencial y doctrinaria

Las entidades del Estado poseen la facultad de celebrar contratos con el objetivo de cumplir con aquellos fines que fueron consagrados en la Constitución Política de 1991, en donde se pretende el cumplimiento de los derechos y garantías que poseen cada uno de los ciudadanos. Como bien abarcó, el contrato administrativo de prestación de servicios es utilizado a fin de realizar labores que no son propias de los trabajadores de planta, pero que son necesarias para abarcar finalidades que de manera excepcional y transitoria que requiere la entidad.

A pesar de que de manera clara, concisa y delimitada se ha desglosado lo referente a este tipo contractual y la forma en que debe ser empleado, se siguen evidenciando irregularidades en cuanto a la forma en que se celebran y se ejecutan los contratos administrativos de prestación de servicios, en el entendido que, lo exigido por la entidad al contratista no se ajusta a lo que legal y jurisprudencialmente se ordena.

Contrario a las diferentes directrices dictadas acerca de la materia, pareciese que las entidades estatales desconocieran o no acataran lo establecido por el legislador y las altas Cortes, ya que los contratos administrativos de prestación de servicios siguen siendo utilizados para propósitos incorrectos, generando vulneraciones a derechos tanto de los trabajadores como de la administración pública.

En consecuencia, puede afirmarse que existen factores que siguen permitiendo a las diferentes entidades del Estado la utilización incorrecta de este tipo contractual y por defecto seguir ocultando relaciones laborales a través del contrato administrativo de prestación de servicios. Conforme a lo anterior y basándonos en el principio de la buena fe contractual, se supondrá que el mal actuar de las entidades no es por querer contravenir de manera directa a la ley y de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que rigen el tópico de la contratación estatal y en cambio, su origen puede establecerse frente a diversos escenarios posibles, los cuales, no pueden configurarse como una razón válida para exonerar de responsabilidad alguna a quienes perpetran estas vulneraciones.

Es así, que en efecto es de gran importancia determinar aquellos factores que posibilitan estas actuaciones reprochables, las cuales poseen cierta dificultad, pues en general las entidades estatales son diversas y realizan funciones diferentes. Esta afirmación, aunque puede alcanzar a ser controvertida, en efecto la ley establece que el contratista no podrá efectuar labores propias de la entidad, va encaminada a establecer, en un primer escenario, que quienes se encuentran vinculadas a la entidad, no poseen total claridad acerca de qué funciones son integralmente propias de cada institución, en consecuencia, los funcionarios que allí laboran no tienen delimitado este panorama.

Es claro que no todos los servidores públicos vinculados en la forma en que establece la ley tienen como carrera profesional la de abogacía, en consecuencia, la interpretación que logre hacerse de la ley y la jurisprudencia podría no ser la más acertada si no se tiene la capacitación ideal para el manejo de la temática. Entonces, al existir este primer yerro, alcanza a ser factible esta conjetura, en donde probablemente, la falta de conocimiento es una de las causales de la mal utilización del contrato administrativo de prestación de servicios.

Véase entonces, por ejemplo, con el elemento de la no subordinación, en el escenario de quien considera que tiene la facultad de impartir directrices para la correcta ejecución de la labor, negativamente tendría la claridad acerca de los pronunciamientos ya realizados continuadamente por las altas Cortes, o los desconocería, en consecuencia, incurrirá entonces en actuaciones que omitan en su totalidad la autonomía del contratista.

El Estado debe entonces priorizar la delimitación de las facultades que ha consignado en cada una de las entidades estatales, a fin de no llegar a incurrir en estas malas prácticas y promover en igual forma las capacitaciones necesarias. Esto con el fin de corregir los yerros existentes y no tener que reparar daño alguno.

Otro factor que en efecto puede ser crucial para la incorrecta ejecución del contrato administrativo de prestación de servicios es la irregular forma en que se están llevando a cabo los actos de control y vigilancia en relación con los contratos celebrados por las entidades estatales. Se presume que en efecto existe una oficina o despacho de índole jurídico dentro de cada entidad, el cual, es el encargado de realizar en principio, cada uno de los contratos requeridos, con minuciosa eficacia, en el caso de esta modalidad contractual, se debe dejar claridad de las funciones que va a desarrollar el contratista, sin dejar espacio para interpretaciones que puedan alcanzar a probarse como una clara vulneración a la autonomía de la cual se encuentra revestido quien presta el servicio.

Conforme a lo plasmado acerca del contrato administrativo de prestación de servicios, es claro que quien ejecuta la labor endilgada se denomina a su vez como un trabajador independiente, como bien lo establece la ley laboral en su artículo 34, donde desglosa lo pertinente a la naturaleza del mismo, y puede observarse el hecho de que el legislador le otorga una “libertad y autonomía técnica y directiva” (Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2663, 1950, art. 34), resumiendo los ejemplos ya mencionados, no existe verdaderamente una aplicación idónea de esta figura contractual conforme a los pronunciamientos adoptados por el legislador y las altas Cortes. Las entidades del Estado actuando como contratante y en cierta medida como empleador, posee total control acerca de cómo y cuándo debe ejecutar la labor por parte de quien presta el servicio.

Es entonces frente a los parámetros de la autonomía tanto financiera, técnica y administrativa y en un escenario ideal, que el contratista tendría total control acerca de la labor que pretende desarrollar, sin verse en la necesidad de recurrir a soporte alguno proveniente de la entidad contratante, sin que esta afirmación llegue a mal entenderse con lo concerniente a los honorarios que le deben ser reconocidos. Aun así, aunque la legislación es clara y concisa, las entidades estatales se creen facultadas para imponer reglas, horarios, insumos y demás a quien presta el servicio, bajo la falsa idea de que esta direccionando la labor de este, cuando en realidad realizan actos de subordinación, sometiendo las acciones a realizar a su parecer.

No obstante, lo anterior, y conforme a la Ley 909 de 2004, artículo 21, que trata acerca de los empleos de carácter temporal, su litera 1C indica que, este tipo de empleos pueden concretarse cuando se necesite “suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales”, es decir que, las entidades estatales se encuentran

facultadas para vincular personal de manera temporal cuando no es posible contender o manejar con la carga de trabajo existente.

Contrario a la forma en que se han venido desarrollando los contratos administrativos de prestación de servicios, la normatividad ya citada, manifiesta que para la correcta implementación de estas excepciones, debe en principio, existir disponibilidad presupuestal; dicho de otro modo y contrario a lo que se ha establecido en este documento, quien sea vinculado en un empleo de carácter temporal recibirá salario, contrario de honorarios, y será acreedor de las prestaciones sociales que por ley le corresponden. Es así como la principal disputa entre contratistas y sus empleadores, quienes, por una incorrecta aplicación de la legislación concerniente a la contratación estatal, privan a quien presta el servicio de dichas acreencias.

Debe haber claridad que, para la implementación de los empleos de carácter temporal, es obligatoria la justificación de los mismos, no es una facultad discrecional que posean las entidades estatales, sino como se referenció, es excepcional.

Continuando con el tema que nos ocupa, es entonces así, como existe un control previo de la celebración de los diversos contratos administrativos de prestación de servicios, debe realizarse un control durante la ejecución del contrato y posteriormente, a fin de determinarse que las labores desplegadas por los contratistas son, en esencia, por las cuales se les vinculó en un primer escenario. No es en efecto una situación que pueda conseguir ser considerada como novedosa, ya que es obligación de cada entidad proceder a realizarlo. Por otra parte, la falencia en el control y vigilancia en relación con la contratación estatal demuestra ser en efecto deficiente, de lo contrario, habría un efectivo control respecto de quienes prestan el servicio, y se les respetarían los derechos laborales que poseen.

Es claro que los órganos encargados de vigilar y controlar, que sin lugar a duda poseen conocimiento acerca de este fenómeno irregular generador de diversos perjuicios, no le ha otorgado la suficiente importancia, a pesar de que la Ley 1474 de 2011, en su artículo 83, exige la supervisión e interventoría contractual de las entidades por sí mismas; es evidente que las acciones desplegadas por los encargados de llevar a cabo esta labor no son óptimas ni eficientes. No obstante, lo anterior, como se ha venido plasmando, el yerro del ocultamiento de las relaciones laborales mediante la figura del contrato administrativo de prestación de servicios, ha alcanzado en un mayor número la magnitud que ya es considerada una situación incierta en la cual no se evidencia descenso. Es entonces que la intervención de entes como la Procuraduría General de la Nación y el mismo Ministerio del Trabajo resultan necesarias y urgentes. No obstante, su actuar no es suficiente, no despliega proyectos suficientes de índole educativo y correctivo que ayude a impedir esta incorrecta práctica contractual.

Ahora bien, dejando de lado la perspectiva que abarca únicamente la posición de las entidades estatales y haciendo un enfoque en las circunstancias socioeconómicas que afronta el Estado, lo cierto es que en Colombia, donde se tiene un porcentaje de desempleo del 10,5% y un 47,6% de la población trabajadora ejerce actividades de manera informal, se ha popularizado la utilización del contrato administrativo de prestación de servicios con el fin de vincular personal, que por la necesidad económica que naturalmente este pasando, no le

es relevante la forma en que prestará el servicio. Esto y a fin de evitar los rubros que corresponden a la vinculación mediante un contrato de trabajo a término indefinido o en materia estatal, la posesión del servidor público. (Portafolio , 2020), (RCN Radio , 2020)

Entonces, en un país en donde las oportunidades laborales tienden a ser escasas, y ante la posibilidad de ser víctima de degradación económica, muchas personas optan por ser vinculados a una entidad de forma irregular, en donde se verán obligados a desarrollar labores que no deberían ejecutar de acuerdo a la naturaleza contractual utilizada, viéndose en la labor de ejecutar las mismas funciones que tendría un trabajador de planta, sin el reconocimiento de las prestaciones sociales que por ley le corresponderían.

Es claro que no debe olvidarse la falta de conocimiento de la cual pueda carecer el contratista a la hora de ser vinculado, pues otra realidad es que este tipo contractual posee un carácter excepcional y temporal, en el cual, se requiere de diferentes tipos de oficios, en donde difícilmente todos los casos tienen el necesario conocimiento de tipo jurídico alguno y en consecuencia, por tal motivo, difícilmente podría lograrse evidenciarse en un primer momento las diferentes vulneraciones en que puede incurrir la entidad en contra de quienes prestan el servicio.

Estos son los principales factores, que, a consideración del autor, posibilitan la reiterada problemática del ocultamiento de las relaciones laborales mediante la implementación del contrato administrativo de prestación de servicios, desembocando en el reconocimiento por parte de la autoridad judicial competente del denominado contrato realidad.

Para poder comprender mejor lo relacionado en este escrito, es necesario traer a colación un caso ya fallado, a manera de ejemplo, a fin de observar las faltas en que incurrió la entidad estatal a la hora de ejecutar el contrato administrativo de prestación de servicios.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, en decisión del 14 de julio de 2017, en su sentencia No. 088, falló a favor de las pretensiones acotadas por la demandante quien incoó el medio de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo como entidad demandada al E.S.E Hospital Local San Benito Abad- Sucre.

En el caso en concreto, manifiesta la demandante que fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios como auxiliar de enfermería desde el día 02 de marzo de 2008 hasta el 30 de mayo de 2009 y del 01 de octubre de 2009 hasta el 12 de febrero de 2010. Frente a las labores que debía ejecutar establece que:

(...) prestó sus servicios en la entidad demandada, de manera personal, sin delegación alguna, bajo las órdenes de la Gerente de la E.S.E. demandada y de la enfermera jefe, cumpliendo a cabalidad un horario de trabajo elaborado por la parte accionada y recibiendo como contraprestación un salario mensual o remuneración. (Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, 2017)

Así mismo establece que el 08 de julio del 2014 solicitó las acreencias laborales que consideraba le adeudaba la entidad demandada por los servicios prestados.

Antes de establecer lo que consideró el despacho judicial, es sencillo detectar, en principio, la desnaturalización del contrato administrativo de prestación de servicios celebrado con la entidad denominada E.S.E Hospital Local San Benito Abad- Sucre, en el

entendido que, si se trae a colación los elementos que componen este tipo de contrato, los cuales fueron desarrollados anteriormente, evidenciando en primer lugar lo referente a la prestación personal del servicio.

Frente a este elemento, el cual es la realización de la labor consignada en el contrato, en donde se exige que debe ser ajena a las labores propias de la entidad, se tiene que la demandante fue vinculada para realizar labores de auxiliar de enfermería, que claramente y sin discusión alguna, son propias de un hospital público y que no tienden a ser transitorias ni excepcionales, entendiéndose que el servicio de la salud prestada en esta clase de entidades estatales es de carácter médico y de enfermería, similares a los desarrollados por la demandante, encontrándose que en efecto las labores ejecutadas eran propias de la entidad y debían ser realizadas por personal de planta debidamente vinculado. No por un contratista.

Continuando con el elemento de la remuneración, en donde se tiene que el trabajo de quien presta el servicio debe ser cancelado con unos honorarios previamente establecidos en el contrato administrativo de prestación de servicios celebrado, en el caso en cuestión puede no ser de gran disputa, toda vez que los honorarios tienen la posibilidad de ser cancelados de manera mensual o como bien lo dispongan las partes. No obstante, la demandante si es privada del derecho a recibir prestaciones sociales, toda vez que la naturaleza del contrato lo prohíbe, según lo manifiesta el E.S.E Hospital Local San Benito Abad- Sucre, lo que podría obtener, en conclusión, a manera de conjetura, que la entidad estatal en cuestión sí conocía de la legislación que regula la materia.

Ahora bien, a pesar de que estos hechos son del 2008 y 2010, es útil traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado, en su sentencia del 21 de abril de 2016 – C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, en donde estableció que los servicios de enfermería no pueden ser contratados mediante prestación de servicios, ya que en efecto se vulneraría el elemento de la no subordinación, que como bien se planteó, es el determinante para entrar a reconocer una relación laboral oculta bajo esta modalidad contractual; el consejo dispuso que:

Adicionalmente, se debe tener en consideración que en términos generales les corresponde a los médicos dictar las directrices y órdenes respecto de los cuidados especiales que requiere cada paciente, así como establecer condiciones respecto de cómo asistirlos en todo procedimiento médico y cómo se debe realizar el control de los pacientes en los centros de salud. Lo anterior implica que la relación entre médicos y enfermeras por lo general va más allá de la simple coordinación y pasa a ser de subordinación.

Lo expuesto no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente pues se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir. En consecuencia, les corresponderá a las entidades demandadas desvirtuar dicha presunción. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 2820-14, 2016)

Corolario con la cita expuesta, y conforme a lo establecido por la demandante en los hechos de su demanda, en el ejercicio de sus funciones se veía en la obligación de acatar las órdenes y reglamentos tanto del Gerente como del Jefe de Recursos Humanos de la entidad, así mismo, como de tener que acoplarse a un horario de trabajo. Frente a estas circunstancias, no es posible demostrar la no existencia de una relación de trabajo subordinada, entendiendo

que la demandante, que fue vinculada como auxiliar de enfermería, no gozó en ningún momento de la autonomía con la cual se encuentran revestidos los contratistas vinculados mediante contrato administrativo de prestación de servicios, ni pudo poner en práctica sus conocimientos de manera independiente, toda vez que la labor para la cual fue vinculada, se reitera, es propia de la entidad. Frente a estas circunstancias, es claro que se desnaturalizó por completo el contrato.

Finalmente, el Juzgado en cuestión reconoció la relación laboral que existía entre las partes y procedió a declarar la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el pago de las acreencias exigidas por la demandante y conceder únicamente los aportes a pensión ya que aconteció el fenómeno de la prescripción y según lo expuesto en el fallo de conformidad con la Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5:

(...) no es procedente el reconociendo y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales solicitados por la parte actora, con excepción de la petición relacionada con los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5, 2016)

El siguiente ejemplo a exponer, es lo decidido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Sub Sección B, en su sentencia del 1 de marzo de 2018, Consejero Ponente, Carmelo Perdomo Cuéter. En este caso, el Consejo se ve en la labor de estudiar la demanda con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Indeportes Córdoba).

En el caso en concreto, manifiesta la demandante que fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios como asesor en manejo personal supernumerario el 2 de febrero de 2005, no obstante, en el desarrollo de sus funciones se vio inmersa en funciones de secretaría hasta que decidió retirarse el 14 de agosto de 2012. Considera que en efecto existía una relación laboral, pues consideraba que dentro de sus funciones:

(...) cumplía horario, pues prestó sus servicios en las instalaciones del instituto con los elementos que este le suministraba y recibía órdenes del director; además, sus actividades eran de «[...] Secretaria [...], en razón de ello debía atender las llamadas, atender público, anunciar las personas que visitaban al director, programarle la agenda [...], atender los deportistas y miembros de las ligas deportivas, atender lo referente al préstamo del coliseo a quienes lo solicitaran, coordinar con los demás miembros de la institución las reuniones. Estas labores las desarrollaba de lunes a viernes en un horario de 8 a 12 m y de 2 p.m. a 6 p.m., en algunas ocasiones debía asistir los días sábados». Asimismo, para desarrollar sus funciones, le asignaron una camiseta «con el logo distintivo del Instituto». (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00117, 2018)

Así mismo pone de presente que solicitó en dos ocasiones el reconocimiento de las prestaciones sociales que consideraba le adeudaba la entidad, el 17 de enero de 2006 y el 21 de enero de 2008.

En este caso, al igual que con el expuesto previamente, la desnaturalización del contrato administrativo de prestación de servicios es evidente, y el no acatamiento de las directrices que rigen la materia y de los elementos que lo componen también. En primer lugar, recordando que la naturaleza del contrato es excepcional y transitoria, no es comprensible como la entidad estatal pretende desligarse de cualquier responsabilidad, cuando la demandante estuvo vinculada por más de siete años al instituto, término que en efecto supera cualquier sensación de transitoriedad.

Ahora, en concordancia con los elementos que componen el contrato administrativo de prestación de servicios, se tiene que frente a la prestación personal del servicio, las labores desarrolladas por la demandante son consideradas como propias para el funcionamiento del Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Indeportes Córdoba), toda vez que, como bien lo señala en los hechos de su demanda, procedía a atender público y miembros de la liga, a solicitar el préstamo del coliseo, a programar reuniones y demás labores que como bien lo adecuó, eran propias de la secretaría de la entidad estatal. No se evidencia entonces una función que no sea propia de la misma, que es en efecto, para lo que se debe celebrar un contrato administrativo de prestación de servicios. En consecuencia, en vez de vincular correctamente personal de planta para proceder al desarrollo de dichas funciones, se procedió al ocultamiento de la relación laboral mediante esta modalidad contractual.

Así mismo, frente al elemento de la remuneración, se deja de presente que el Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Indeportes Córdoba), se negó a realizar el pago de las prestaciones sociales solicitadas en dos ocasiones por parte de la demandante, a pesar de que sus labores eran propias de un trabajador de planta. Referente a sus honorarios, no se evidencia, en el presente caso, coyuntura alguna por la cual pueda creerse que fue parte de la solución del litigio.

Finalmente, en lo que respecta al elemento de la no subordinación, se distingue una clara vulneración a la autonomía con la cual recubrió el legislador al contratista, ya que, como bien lo estableció la demandante, se encontraba en constante subordinación por parte de quien supervisaba el contrato, debiendo realizar las labores que le requería, en el horario que le fue fijado, debiendo usar inclusive prenas alusivas a la entidad estatal. En este caso, no puede evidenciarse que la contratista pudiese ejercer labor alguna relacionada con el conocimiento práctico que poseyese, ni que fuera ajena a la entidad, en el entendido que, conforme a lo narrado, la ejecución de las mismas se vio siempre en función a las directrices establecidas por el director del Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Indeportes Córdoba). En consecuencia, no existió margen de discrecionalidad para la ejecución de la labor, ni un plazo fijó para la misma. Solo un ocultamiento de una relación laboral bajo la figura del contrato administrativo de prestación de servicios.

El consejo de Estado entonces procedió a fallar a favor de las pretensiones incoadas por la demandante, reconociendo la existencia de una relación laboral y en consecuencia el pago de lo adeudado. Acreencias laborales prestaciones sociales y prestaciones económicas.

Para finalizar, es viable afirmar que la administración pública en el ejercicio de sus funciones y con la incorrecta aplicación y celebración del contrato administrativo de prestación de servicios está desconociendo el ordenamiento jurídico colombiano, en

específico las normas que regulan la materia, como lo es el Estatuto de Contratación Estatal, en su artículo 32, numeral 2, donde en conjunto con la legislación civil, laboral y la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, han regulado de manera constante y clara lo correspondiente a esta figura contractual.

4.1 Análisis jurisprudencial consejo de estado y Corte constitucional

Revisar la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional que advierta acerca de los efectos de dicha innovación contractual, el deber y la garantía de los derechos laborales del trabajador.

En cuanto a la reiterada e incorrecta implementación del contrato administrativo de prestación de servicios, en donde se evidencia cómo las diferentes entidades del Estado no se atañen a los elementos propios de esta modalidad contractual, las altas Cortes, en concreto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se han visto en la importante labor de delimitar minuciosamente los factores que componen dicho contrato e identificar aquellos vínculos contractuales que en efecto se encuentran viciados al no ajustarse a las directrices pautadas.

Para el desarrollo de este documento, se estudiarán las principales sentencias expedidas por las altas Cortes ya mencionadas, a fin de traer de presente las diferentes prohibiciones que se han expedido con el fin de mitigar el impacto negativo que han generado entidades del Estado en cuanto a la forma en que se están celebrando y ejecutando los contratos administrativos de prestación de servicios.

La Corte Constitucional en su Sentencia C-555 de 1994, estudia lo pertinente a cerca del régimen que poseen los docentes de las diferentes instituciones públicas, dentro de sus consideraciones, hace referencia acerca del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, el cual, se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, toda vez que, dicho principio es base en la configuración del reconocimiento del contrato realidad. No obstante, si llegase a ser reconocido, la Corte advierte que bajo ninguna circunstancia puede otorgársele una condición de funcionario público al contratista. De forma expresa, manifiesta que a pesar de que un Juez de la República haya reconocido, en un caso concreto el contrato realidad, en ningún momento podrá otorgarle la calidad de empleado público mediante sentencia, toda vez que no está dentro de sus facultades. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-555 , 1994)

De esta premisa, se evidencia la prohibición expresa realizada por la alta Corte respecto a la posibilidad de nombramiento, por parte del Juez, como servidor público del contratista vinculado mediante prestación de servicios; respecto a este tópico la Corte expresa que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, artículo 53 de la Carta Política, no puede pasar por altos los requisitos constitucionales y legales establecidos para acceder a la función pública, que se entiende que es el nombramiento y la posesión. (Corte Constitucional, Sentencia C-555 de 1994)

Es acertada la Corte Constitucional en el sentido que, efectivamente, como se estableció en el cuerpo de este acápite, para ser nombrado funcionario público se requiere el cumplimiento de las disposiciones contempladas por ley, es decir, que sea vinculado a través

de una relación legal y reglamentaria o por medio de un contrato de trabajo. Esta condición se encuentra actualmente consagrada en la Ley 909 de 2014. Si llegase a actuar de forma contraria, se vería vulnerado el obligatorio cumplimiento del ordenamiento jurídico, parámetro que ciertamente se ve afectado en la deficiente utilización de la figura del contrato administrativo de prestación de servicios por parte de las entidades del Estado.

Dejando claro el anterior tópico, de igual forma la Corte Constitucional hace un llamado de atención a las diferentes entidades estatales que no acatan las directrices que atañen al contrato administrativo de prestación de servicios, desglosando los diferentes artículos constitucionales que desarrollan su intención, manifestando que:

Los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP art. 6). No es posible hablar de Estado de Derecho, si las autoridades, al igual que los particulares, y quizá en mayor medida, no se encuentran sujetas al imperio de la ley, hasta el punto de que su campo de acción sea exclusivamente el que aquella delimita. La Constitución prescribe que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley (CP art. 121); así mismo se ordena que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y que la Ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (CP art. 124). En fin, en la Carta se advierte que para proveer cualquier empleo público de carácter remunerado se requiere que esté contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (CP art. 122), disposición ésta que se complementa con las contenidas en los artículos 189-14, 305-7 y 315-7 de la CP, que al atribuir al Presidente, los Gobernadores y los Alcaldes la facultad de crear, fusionar o suprimir los empleos que demande la administración central, departamental o municipal, y señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos, prohíbe causar obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-555 , 1994)

Conforme a este pronunciamiento, puede vislumbrarse que la problemática de la cual es objeto de estudio de este escrito lleva siendo tratada y reiterada por más de dos décadas, lo que quiere decir que, las entidades estatales no han desglosado medidas positivas tendientes a buscar erradicar dicha práctica contractual, que como bien se ha mencionado, es incorrecta y atenta contra el ordenamiento jurídico mismo.

Siguiendo con los pronunciamientos expedidos por la Corte Constitucional en el año 1997, declaró la exequibilidad del artículo 32, numeral tercero de la Ley 80 de 1993, referente a la regulación del contrato de prestación de servicios en el entendido que las funciones devengadas de este tipo de relación contractual no pueden ser llevadas a cabo por personal de planta y que en ningún momento esta relación contractual genera un vínculo laboral.

En la Sentencia C-154 de 1997, esta honorable Corte hace una clara delimitación de los elementos que constituyen una relación laboral y de aquellos propios de un contrato de prestación de servicios, materia que pudo observarse con detenimiento en el acápite anterior de este trabajo. En síntesis, la Corte advierte que los elementos que poseen ambas figuras son inconfundibles y se encuentran bien delimitadas por la Ley y que, en caso de evidenciarse

una mala aplicación de la figura contractual de la prestación de servicios, se podrá dar cabida al contrato realidad, toda vez que, como lo manifiestan los accionantes en el presente caso, no es posible subsanar la insuficiencia de personal de planta en una entidad estatal mediante la vinculación de personas naturales bajo la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios, toda vez que dicho tipo contractual solo opera a fin de dar cumplimiento a los fines del Estado reconocidos en la Carta Política, esto mediante la implementación de labores acorde con el conocimiento, experticia técnica y científica que posee en contratista. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154, 1997)

Manifiesta la Corte que, aunque es cierto que las entidades estatales cuentan con autonomía para contratar, estas no pueden pasar por alto a las directrices establecidos, ya que la función administrativa ejercida constituye entonces una función reglada que debe acogerse a las mismas, concluyendo que dicha autonomía no es infinita y deben estar ceñidas a las reglas de la contratación estatal.

Es entonces que señala la Corte Constitucional que las entidades del Estado pueden proceder a contratar personas naturales a fin de subsanar las problemáticas que puedan presentarse dentro de la entidad, manifestando que:

No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154, 1997)

La Sentencia previamente mencionada es de gran relevancia en cuanto a lo que al contrato realidad se refiere, esto se puede acreditar a la forma en cómo, en decisiones posteriores tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado que tienden a ser recientes, se sigue citando en la parte considerativa del cuerpo de las sentencias expedidas. Evidenciándose entonces, que a pesar de que tiende a ser ya antigua, continúa siendo un referente adecuado al tópico mencionado.

Ahora bien, siguiendo con lo establecido por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia 614 de 2009, procedió a establecer los criterios referentes a la función permanente, el cual constituye un elemento esencial al momento de determinar si una persona se encuentra vinculada mediante prestación de servicios o una relación laboral. En la Sentencia C-614 del 2009, la alta Corte los plasma de la siguiente manera:

(i) criterio funcional, relacionado con las tareas que usualmente adelanta la entidad, en los términos de la Constitución y la Ley, (ii) Criterio de igualdad, respecto de las labores realizadas por los empleados de planta de la entidad, (iii) criterio temporal o de habitualidad, si las funciones desempeñadas se realizan de manera frecuente y con el cumplimiento de un horario de trabajo, (iv) criterio de excepcionalidad; si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas, pero que son del giro ordinario de la entidad y (v) criterio de la continuidad, cuando la vinculación se realizó con reiterados contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614, 2009)

Aunque este criterio no se configura como una advertencia por parte de la Corte Constitucional, esta establece de manera clara y precisa los parámetros reguladores del elemento constitutivo de la prestación del servicio, que deben ajustarse a la Ley 80 de 1993 con el fin de cumplir a cabalidad lo concerniente a este tipo de contrato, a fin de que manera intencional o por desconocimiento de los preceptos legales, se llegue a ocultar una relación laboral. Es de gran importancia acotar que las entidades del Estado no pueden exonerarse de la responsabilidad que se les endilga por dicho ocultamiento bajo la excusa de no tener conocimiento de la ley.

Así mismo, la Corte Constitucional procede a realizar un examen en cuanto a la protección que se les da a los trabajadores que poseen una relación laboral con el Estado frente a aquellos que están vinculados mediante el contrato administrativo de prestación de servicios, estableciendo que:

En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614, 2009)

Como es preciso afirmar, en principio, es el contratista quien sufre un detrimento en su patrimonio económico al no reconocérsele las prestaciones sociales que le corresponderían en cuanto a las labores que ejerció a favor de la entidad, a la cual se vinculó mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, el cual no se ajusta a los parámetros establecidos para esta clase de contrato, viéndose en la posición de desarrollar labores propias de la entidad, verse inmerso en trabajos subordinados y demás escenarios que puedan presentarse. Esta disposición se ha abarcado desde el principio de este trabajo, no obstante, es menester recalcar que las entidades estatales, al ocultar de manera reiterada una relación laboral mediante la figura del contrato administrativo de prestación de servicios, o acogiendo al principio de buena fe, sin intenciones dolosas, genera una serie de perjuicios que van más allá de los intereses económicos del contratista.

Prosigue la Corte Constitucional en Sentencia C-171 del 2012, donde se demandó la declaración de inexequibilidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, la cual regula lo concerniente a la operación de terceros en las empresas sociales del Estado, al encontrarse contraria al Estado Social de Derecho mismo. Mediante esta decisión estableció una serie de perjuicios que se generan al continuar utilizando el contrato administrativo de prestación de servicios como una modalidad de ocultamiento de las relaciones de índole laboral, en donde se observa de manera general los diversos escenarios que se ven reiteradamente perjudicados por el no acatamiento de los elementos que componen dicho contrato.

Dicha corporación expone en primera medida lo siguiente:

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171, 2012)

En este sentido, se puede observar que las entidades contratantes en efecto pasan por alto las disposiciones que manejan tanto la legislación civil, laboral y administrativa, esta última reflejada en la Ley 80 de 1993, la cual regula los parámetros concernientes a la contratación estatal. El legislador, en las diferentes ramas del derecho, ha establecido de manera concisa y clara las características con las cuales deberá nacer a la vida jurídica un contrato de prestación de servicios, ya sea entre civiles o con una entidad del Estado, sin dejar espacio para la interpretación de la parte contratante. Es así, que al desconocer las disposiciones entregadas por el legislador por parte de las entidades del Estado demuestran una preocupante tendencia a desconocer de manera intencional la legislación vigente o en su defecto no saber aplicarla. Lo cual, en un Estado social de derecho es inaceptable.

La Corte prosigue manifestando que:

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171, 2012)

Se puede observar que, más allá de desconocer los derechos de índole laboral que poseen las personas naturales, se vulnera de manera directa la función pública y con ella los fines del Estado. La Constitución Política de Colombia, es muy clara en establecer que cada servidor público poseerá unas funciones delimitadas, las cuales son necesarias para el correcto funcionamiento del Estado en cumplimiento de la protección a los derechos y las garantías que poseen los colombianos y asimismo de establecer la forma en cómo se vincularan dichos servidores a las diferentes entidades del Estado. El no acogerse a las

directrices que rigen al contrato administrativo de prestación de servicios, perjudica directamente a las disposiciones efectuadas por el legislador, ya que ignora y pasa por alto la esencia misma de la función pública, al disponer de personal que no es el indicado para desarrollar las labores propias de cada una de las entidades que hacen parte del Estado colombiano y designarlos sin seguir el conducto regular.

Como tercer ítem, la Corte Constitucional expone:

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171, 2012)

Ahora bien, además de generarse una vulneración por el desconocimiento de los preceptos constitucionales y administrativos en materia de contratación pública, también se evidencia una vulneración de índole laboral, en el entendido que, como bien se expresó, se vincula personal no capacitado que procede a llevar a cabo funciones similares o iguales a las de un servidor público, sin que se efectúa una retribución igual a quienes en efecto ostentan la calidad de servidor público. Las entidades al llevar a cabo esta modalidad contractual sin respetar los elementos que lo componen, menoscaban los derechos que le asisten a los contratistas, pues son vinculados para cumplir las mismas funciones propias de la entidad, bajo las mismas reglas y ordenanzas, pero sin reconocérsele las prestaciones sociales que deberían ostentar, conforme a los derechos constitucionales a la igualdad que les atañe.

Seguidamente como corolario de lo dicho anteriormente, la Corte resalta “en cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente”. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171, 2012)

Cada entidad del Estado debe tener un recuento del número de personal de planta existente y de igual forma de los cargos que necesita para el óptimo desempeño de la misma con el fin de llevar a cabo con éxito las funciones específicas endilgadas por el legislador. Así que, en contravía de las disposiciones legales, se contrata de manera desmesurada un número incierto de contratistas, que no deberían desarrollar labores propias de la entidad, ni de manera temporal, generando una serie de perjuicios que se resolverán en la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que, en efecto, se dejan de reconocer ciertas acreencias laborales, que a fin de cuentas constituirán una indemnización a favor del contratista que presta el servicio. Claramente esos montos no se constituyen en el presupuesto efectuado, toda vez que, las entidades estatales en el ejercicio de sus funciones, no deberían incurrir en la mal implementación del contrato administrativo de prestación de servicios.

Y para concluir, la Corte establece “finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171, 2012)

Este último perjuicio puede ser el de mayor interés, puesto que el detrimento patrimonial, al cual se hace referencia, genera un desgaste innecesario al erario a causa del tratar de ocultar relaciones de índole laboral bajo la figura del contrato de prestación de servicios. Lo cierto es que, ya sea de manera intencional o por desconocimiento de los preceptos legales, se generan perjuicios que son subsanados en la jurisdicción contencioso-administrativa, dejando como resultado al Estado como generador del daño y el que se encuentra en la obligación de pagar un rubro a manera de indemnización o restablecimiento de derecho.

Lo cierto es que si las entidades del Estado desde un principio utilizaran la figura del contrato administrativo de prestación de servicios de acuerdo a como lo reglamenta la ley, el Estado dejaría de cubrir perjuicios a derechos fundamentales y subsanaría el detrimento patrimonial que las demandas a las entidades generan. Lo cual resultaría obvio, teniendo en cuenta la forma persistente en que las altas Cortes siguen advirtiendo y sancionando hoy en día a las entidades que siguen trasgrediendo de manera continua el ordenamiento jurídico. Lo cual resulta siendo inconcebible e injustificable, al no ser una problemática reciente, sino que, como se señaló, lleva más de veinte años tratándose.

Las disposiciones que plantea la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente citada, constituyen un recuento de las diversas advertencias que ha planteado tanto esta alta Corte como el Consejo de Estado respecto a la afectación de la función pública causada por el desconocimiento u ocultamiento de las relaciones de índole laboral bajo la figura del contrato administrativo de prestación de servicios. Viéndose novedosa esta forma de delimitación, toda vez que, expone todos los escenarios que llegan a transgredirse con la mal implementación y ejecución de un solo contrato administrativo de prestación de servicios.

Por parte del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, en su Sentencia 00020 de 2016, procede a resolver el litigio creado por parte de una persona natural y la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, en donde la demandante manifiesta que se vio inmersa en labores propias de la entidad, aunque esta fue vinculada bajo un contrato administrativo de prestación de servicios.

En esta decisión, esta alta Corte establece las limitaciones constitucionales y legales que deben adoptarse al momento de consagrarse un contrato administrativo de prestación de servicios, toda vez que, como se ha consignado, requiere de ciertos parámetros de carácter obligatorio para su correcto ejercicio.

Es así que, la sala proclama que la figura contractual prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, referente al contrato administrativo de prestación de servicios, no puede seguir siendo utilizada para el ocultamiento de diferentes relaciones laborales, toda vez que, es el artículo 53 de la Constitución Política, el que contempla el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es aquel que da pie a la protección de los derechos laborales de los contratistas vulnerados. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00020, 2016)

El Consejo de Estado advierte de forma clara que las entidades estatales no pueden vulnerar los derechos de los trabajadores mediante la intención de querer ocultar dicha relación. Es claro al manifestar que más allá de la afectación a la función pública en la cual

incurren las entidades, se vulneran de igual forma derechos de índole constitucional, como es el derecho al trabajo y a la igualdad. Las entidades del Estado deben proteger a toda costa los derechos del trabajador, no importa la forma en que se encuentre vinculada, para así dar cumplimiento a lo establecido en la Constitución Política respecto a los fines del Estado.

En este mismo pronunciamiento, esta corporación menciona los requerimientos que establece la ley, que, aunque ya varios pronunciamientos de la Corte han establecido, siguen siendo desacatados por las entidades contratantes:

(...) ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, la Ley 790 de 2002 y la Ley 734 de 2002, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente. (Consejo de Estado, Rad. No. S. 00020, 2016).

Es entonces, en el entendido de lo dispuesto por el Consejo de Estado, que la vulneración que se da al ordenamiento jurídico, respecto al tratamiento de este tipo de contrato, no puede justificarse de modo alguno, toda vez que, existe diversidad de jurisprudencia que remite acerca de los parámetros legales establecidos y la forma en que se debe implementar de manera correcta la aplicación de este contrato. Es muy claro entonces que las funciones que desarrollan los contratistas deben plantearse con base a los requerimientos anteriormente expuestos.

En la Sentencia 00260 de 2016, el Consejo de Estado retoma el tópico de la declaratoria del contrato realidad mediante la interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en cuanto a la labor docente prestada en establecimientos educativos de carácter público; en esta jurisprudencia, en un primer escenario, establece lo pertinente a la desconfiguración del contrato administrativo de prestación de servicios, estableciendo que:

El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00260, 2016)

Pone presente lo correspondiente al fenómeno de la prescripción en cuanto al término con el cual cuenta el contratista para hacer reconocer y valer los derechos que considera que le han sido vulnerados. Frente a este tópico, manifiesta que son tres años contados a partir de la terminación del vínculo contractual en la que deberá demandarse ante lo contencioso administrativo, la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de las prestaciones sociales solicitadas por quien prestó el servicio ante la entidad contratante.

Superado este término, establece esta alta Corte, que se hará presente el fenómeno jurídico de la prescripción y no será posible el reconocimiento de las acreencias laborales solicitadas, exceptuando aquellas relacionadas a los aportes pensionales, al ser estos derechos irrenunciables con los que cuenta el contratista. Frente a esta aseveración, la Corte expone los principios por los cuales se rige este fenómeno, el cual que debe ser estudiado de manera minuciosa por los jueces:

- i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.
- ii) El principio *in dubio pro operario*, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.
- iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política²⁸, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.
- iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00260, 2016)

En igual sentido, acierta en reconocer el valor y el esfuerzo desplegado por el contratista que de manera injustificada entregó su esfuerzo a la entidad que lo vinculó mediante contrato administrativo de prestación de servicios, y en el cual, es evidente que no se cumplieron los presupuestos de ley que lo rigen. Entonces, al tratarse de derechos irrenunciables, como bien se estableció, el juez de conocimiento deberá realizar un examen a los aspectos relacionados con el derecho a la seguridad social que le atañe a quien prestó el servicio, consignando que:

Igualmente, en atención a que el derecho a una pensión redundante en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad), así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso-administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión en el texto de la demanda respecto de

las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00260, 2016)

Esta jurisprudencia es considerada de gran importancia, puesto que, de manera concreta y siendo en cierto sentido reciente, establece los parámetros que configuran al contrato administrativo de prestación de servicios y las comunes malinterpretaciones u ocultamientos que se evidencian por parte de las diferentes entidades estatales que conllevan a la jurisdicción administrativa laboral a decretar la existencia del contrato realidad. Al ser esta la Corte que encabeza a la jurisdicción encargada de dirimir estos conflictos, se configura un claro precedente que no deja lugar a libres interpretaciones por parte de las entidades contratantes en ejercicio de sus funciones.

En igual sentido, la corporación de la jurisdicción administrativa establece que el contrato administrativo de prestación de servicios y la labor docente, definido en el artículo 2 del Decreto Ley 2277 de 1979, no son compatibles, lo cual es lógico, toda vez que es imposible realizar labores ajenas a la entidad siendo docente, y viéndose inmerso en circunstancias de subordinación innegables, como, puesto que dichas faenas se encuentran intrínsecamente relacionadas, exponiendo que:

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan:

Art.44 - Deberes de los docentes

- a. Cumplir la constitución y las leyes de Colombia;
- b. Inculcar en los educandos el amor a los valores históricos y culturales de la Nación y el respeto a los símbolos patrios;
- c. Desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo;
- d. Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos;
- e. Dar un trato cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir sus tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósitos;
- f. Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo;
- g. Velar por la conservación de documentos, útiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados;
- h. Observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo.

Art. 45 - Prohibiciones. A los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa

Las demás que, para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00260, 2016) (Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 2277, 1979)

En la misma anualidad, la Corte Constitucional expidió la Sentencia de Unificación 448 de 2016, mediante la cual resolvió lo pertinente a una acción de tutela interpuesta en contra de una providencia judicial expedida por Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, el cual mediante sentencia del 2 de octubre de 2014 se abstuvo de ordenar el pago de la sanción moratoria exigida por la demandante. Aunque esta jurisprudencia en su mayoría va dirigida a esclarecer la procedencia del mecanismo constitucional en contra de una sentencia judicial, no se retrae de recopilar una serie de normatividad tendiente a esclarecer lo concerniente a la celebración y ejecución del contrato administrativo de prestación de servicios y del contrato realidad.

En un primer escenario, menciona la autonomía con la cual se encuentra facultado el contratista, trayendo a colación lo establecido en el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, en donde el legislador prohibió directamente el uso de esta modalidad contractual para el desempeño de funciones propias de la entidad, y que de ser necesarios más trabajadores de planta, se procedería a la creación de nuevos cargos; el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, mediante la cual el legislador prohibió la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones propias de la entidad y lo establecido en el artículo 48 de la misma ley la cual considera como falta gravísima el “Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-448, 2016) (Colombia. Congreso de la República. Ley 790, 2002)

De igual forma, prosigue plasmando la relevancia de la primacía de la realidad frente a cualquier tipo contractual, mediante el cual se protegerá al trabajador y a los derechos que le asisten más allá de lo plasmado en físico, concluyendo que:

De lo mencionado, se puede deducir que lo que en realidad debe tenerse en cuenta es la relación efectiva que existe entre trabajador y empleado, y no lo que se encuentre consignado en un contrato, pues lo escrito, puede en ocasiones resultar contrario a la realidad. De esta manera, un contrato llamado de prestación de servicios, puede esconder una verdadera relación laboral. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-448, 2016)

En su parte considerativa finaliza resaltando la advertencia ya consignada por la misma Corte en Sentencia T-501 de 2004, respecto de la mala implementación del contrato administrativo de prestación de servicios, frente al cual expone lo siguiente:

Se advierte que, si bien los contratos de prestación de servicios excluyen cualquier tipo de relación laboral, es claro que en algunas ocasiones el mismo es utilizado tanto por los empleadores privados como públicos para distraer la configuración de una verdadera relación laboral y el pago consecuente de las prestaciones que se originan en este tipo de relación. En la misma sentencia también se recuerda que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo son el salario, la continua subordinación y la prestación personal del servicio.

Así pues, se indica que la noción del contrato realidad conlleva a dar primacía a la estructuración material de los elementos fundamentales de una relación de

trabajo, independientemente de la denominación que adopte el empleador para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador.

Para tal efecto, se expone que se deben establecer los supuestos fácticos de cada caso concreto para lo cual es necesario acudir a indicios, con base en el contrato realidad, que permitieren inferir la estructuración de una relación laboral. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-448, 2016)

Ahora bien, el Consejo de Estado en su Sentencia 00117 de 2018, plasma la importancia de la aplicación de los preceptos reguladores del contrato administrativo de prestación de servicios, esto mediante la cita realizada a la Sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional que:

(...) manifiesta que encuentra en la prohibición de contratar personas naturales mediante el contrato de prestación de servicios con el fin de cumplir funciones de carácter permanente, está acorde a las disposiciones expuestas en la Constitución Política, toda vez que, se pretende la protección de las relaciones laborales que son ocultas y pasados por contractuales, toda vez que, este tipo de vinculación contractual reviste un carácter excepcional para el cumplimiento de funciones ocasionales que no son propias de la Administración Pública. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00117, 2018) (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614, 2009)

En el caso en concreto, se dispone a resolver lo pertinente al medio de control de nulidad y restablecimiento impetrado por la actora en contra del Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Intedeportes Córdoba), en donde, previo a examen de los elementos materiales probatorios, establece que en efecto existió el elemento de la subordinación en la relación contractual puesto que la demandante se vio inmersa en labores propias de la secretaria de la institución, cumpliendo horario, e incluso portando un uniforme distinguido entregado por la entidad. De manera reiterativa, esta alta Corte manifiesta la importancia de dicho elemento, su carencia resulta esencial para la correcta implementación del contrato administrativo de prestación de servicios. Frente a este tópico resalta:

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00117, 2018)

De nuevo la Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación 040 de 2018, procede a resolver la acción de tutela instaurada en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, en la cual, sostiene la accionante que se vio inmersa en circunstancias de subordinación, no obstante, que fue vinculada mediante

contrato por prestación de servicios. Pone de presente, el hecho de que cuenta con una discapacidad, en consecuencia, solicitó el reintegro laboral y el pago de los rubros dejados de percibir.

En este caso en específico, la Corte se ve en la labor de examinar lo concerniente al contrato administrativo de prestación de servicios y la denominada estabilidad laboral reforzada. Para empezar, la Corte hace claridad en cuanto a la protección que cuentan los trabajadores quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, aseverando que, sin importar el tipo de contrato mediante el cual el trabajador fue vinculado, el Estado posee la obligación de proteger a los trabajadores, estableciendo que:

(...) quien contrata la prestación de un servicio personal –con o sin subordinación– debe tener presente que adquiere con la persona que se lo presta una relación relevante a la luz de la Constitución, pues adquiere el deber de actuar con solidaridad cuando las circunstancias se lo requieran, y sus relaciones deben entonces trascender el principio de utilidad que en general es válido observar en los actos contractuales que desarrolle, y en las relaciones patrimoniales de disposición de sus bienes económicos. Una persona en condiciones de salud que interfieran en el desempeño regular de sus funciones se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta no solo porque esto puede exponerla a perder su vínculo, como lo muestra la experiencia relacionada en la jurisprudencia constitucional, sino además porque le dificulta la consecución de una nueva ocupación con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas, que le depare los bienes suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, con lo cual está en riesgo no solo su estabilidad y su dignidad, sino incluso su propia subsistencia, y su seguridad social.

Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-049, 2017)

De gran importancia igualmente, la Corte procede a reiterar la protección con la que cuentan los trabajadores vinculados mediante contratos administrativos de prestación de servicios, en el sentido que:

(...) en efecto, se ha reconocido la textura abierta de la noción de trabajo en la Constitución, la cual no implica exclusivamente la defensa de los derechos de los trabajadores dependientes, sino también la efectividad de las garantías constitucionales en el ejercicio del trabajo autónomo. (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-040, 2018)

Lo anterior, refiere que el contratar mediante la figura de prestación de servicios no es una alternativa para las entidades del Estado de continuar en la incorrecta labor de abarcar las necesidades de esta, con la utilización de una persona natural que solo debe prestar su labor en ocasiones específicas, excepcionales y temporales.

A pesar de que en efecto es el juez administrativo el competente para conocer de este tipo de controversias, en donde se busca el reconocimiento de un contrato realidad, advierte

la Corte, que es posible, vía acción de tutela, proceder a ordenar el pago de las acreencias laborales cuando el juez constitucional evidencie que quien preste el servicio es de especial protección constitucional, y que aunque cuente con un mecanismo idóneo para reclamar las prestaciones sociales que se le negaron, la vulneración y/o amenaza a sus derechos fundamentales es evidente, siendo entonces relevante y urgente su protección. En consecuencia, en este caso, la Corte Constitucional procedió a reconocer la existencia de un contrato realidad.

Finalmente, la Sentencia de radicado 25000-23-25-000-2011-00741-01(1280-18) proferida por el Consejo de Estado, en donde se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 21 de julio de 2017 la cual fue proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su Sección Segunda, por medio de la cual se negó la existencia del contrato realidad alegado por el accionante en contra del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Contrario a los demás pronunciamientos expuestos, los cuales tendían al reconocimiento del contrato realidad y la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, en este caso el Consejo realiza una diferenciación de lo que se entiende por actos de subordinación y actos de supervisión, de los cuales los segundos no configuran un presupuesto para el reconocimiento de acreencias laborales de una persona natural vinculada mediante un contrato administrativo de prestación de servicios.

En el cuerpo de la sentencia, el Consejo inicia señalando los presupuestos propios de dicho tipo contractual, estableciendo que:

Así, los contratos de prestación de servicios: (i) tienen como propósito desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad; (ii) solo pueden celebrarse con personas naturales; (iii) las actividades que se contratan no pueden realizarse con personal de planta o deben requerir un conocimiento especializado y; (iv) la suscripción de los mismos no constituye una relación de carácter laboral.

Si bien el artículo 3 (SIC)¹ de la Ley 80 de 1993 señala taxativamente que «[...] En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable [...]», tal afirmación, según lo ha considerado la jurisprudencia, al ser una presunción legal y no de derecho, puede ser desvirtuada si se logra demostrar que en la práctica encubre una relación de carácter laboral. (Colombia. Consejo de Estado, Sentencia 00471, 2020)

Entonces, como bien se ha venido tratando, y conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, sin importar lo que se consigne en el escrito contractual, primara la forma en que en efecto se ejecutó el contrato, y si se evidencia una permanencia en el servicio, un salario y circunstancias de subordinación, en efecto se estaría ante una verdadera relación de trabajo.

No obstante, en diversas circunstancias como en el caso concreto del litigio referenciado, quien presta el servicio y sabe que se encuentra dotado de autonomía para

¹ A pesar de que menciona el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en realidad se refiere al artículo 32 de dicha ley.

actuar, considera que fue sometido a realizar actos de subordinación toda vez que se le exigía llevar reportes o informes del proceso de la labor endilgada, frente a esta circunstancia, esta alta Corte ha precisado:

Sobre el particular, es importante señalar que la Ley 80 de 1993, en el artículo 4, ordinal 1.º, prevé como uno de los deberes y derechos de los entes estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal, exigir al contratista la ejecución adecuada y oportuna del contrato. En concordancia con ello, los artículos 14 y 26 de la misma normativa disponen que todas las entidades y servidores públicos tienen la obligación de propender por el cumplimiento del objeto y fines de aquel, así como de vigilar su correcto desarrollo, en aras de salvaguardar los derechos que le asistan a la administración, al contratista y a los terceros que pudieren verse afectados con el contrato.

Esta labor se realiza a través de figuras conocidas como la interventoría y/o supervisión, las cuales dan cuenta de una función de control administrativo que se caracteriza por ejercerse respecto de los negocios jurídicos de la administración pública, con el propósito de verificar que los procesos de selección, celebración, ejecución y liquidación de aquellos actos jurídicos que resultan del consuno del Estado con otra persona de la misma naturaleza o de índole privada, natural o jurídica. (Colombia. Consejo de Estado, Sentencia 00471, 2020)

Con lo anterior, es pertinente señalar las ocasiones en que un contratista es supervisado por la entidad que lo vinculó mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, toda vez que puede llegar a entenderse como una serie de directrices relacionadas con la labor que está llevando a cabo, es decir, subordinación, cuando su naturaleza en realidad es la de realizar un seguimiento a la misma, a fin de que se cumplan los parámetros de temporalidad y excepcionalidad existentes. Frente al concepto de supervisión se consignó:

De acuerdo con ello, la supervisión puede definirse como un seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que realiza la misma entidad estatal sobre el cumplimiento del objeto del contrato, actividad cuyo desarrollo permite solicitar que se rindan las explicaciones, aclaraciones o informes del caso e incluso impartir órdenes e instrucciones en forma escrita para que se adelanten todas las gestiones requeridas para el adecuado desarrollo del objeto contractual o convencional. (Colombia. Consejo de Estado, Sentencia 00471, 2020)

Como se avizoró, la jurisprudencia interna tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, en diversas ocasiones han establecido los parámetros por los cuales deben regirse la contratación estatal referente al contrato administrativo de prestación de servicios. Son unánimes los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto de esta temática, manifestando que el ocultamiento de relaciones laborales bajo esta modalidad contractual genera una serie de perjuicios tanto a nivel de función pública, como de derechos fundamentales que van en contravía de los fines del Estado. No obstante, esta modalidad sigue siendo practicada por parte de las entidades estatales, que de manera voluntaria o por desconocimiento de los preceptos legales siguen aplicando de manera incorrecta este contrato.

Es claro entonces que, la carencia de jurisprudencia en ningún caso podría ser alegada por parte de las entidades contratantes que pretendan no reconocer sus faltas, y que, en

cambio, es una desinteresada posición de las entidades del Estado la que constituye la incorrecta ejecución del contrato administrativo de prestación de servicios, las cuales parecen no constatar los perjuicios que siguen generando en su incorrecto actuar.

Tabla 1 Línea jurisprudencial acerca del contrato realidad

Alta Corte	Nomenclatura	Análisis
Corte Constitucional	C-555 de 1994	<p data-bbox="867 321 1421 352">M.P.: LUIS EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.</p> <p data-bbox="867 369 1421 489">Demanda de Inconstitucionalidad frente a los artículos 6 y 16 de la Ley 60 de 1993 y los artículos 23, 24, 92, 94, 95, 96, 105, 143, 155, 159, 160 y 162 de la Ley 115 de 1994.</p> <p data-bbox="867 506 1421 747">La Corte realiza un estudio en cuanto a la utilización de los contratos administrativos de prestación de servicios frente a los docentes temporales, toda vez que los demandantes afirman que los docentes vinculados mediante CAPS se encuentran desprovistos de seguridad jurídica alguna y se ven inmersos en labores propias de las entidades.</p> <p data-bbox="867 764 1421 915">El alto Tribunal realiza una minuciosa intervención frente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas, afirmando que es un principio constitucional esencial para determinar la existencia de un contrato realidad.</p> <p data-bbox="867 932 1421 993">Finalmente, declara la exequibilidad de la totalidad de los articulados.</p>
Corte Constitucional	C-154 de 1997	<p data-bbox="867 1010 1421 1041">M.P: HERNANDO HERRERA VERGARA.</p> <p data-bbox="867 1058 1421 1241">Demanda de inconstitucionalidad parcial frente al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Toda vez que las partes afirman que permite, motiva e induce a la administración pública a contratar de manera indebida para llevar a cabo funciones propias de las entidades estatales.</p> <p data-bbox="867 1299 1421 1451">La Corte realiza un estudio al artículo 32. Numeral 3 de la ley en mención. Frente a esta cuestión, procede a realizar una aclaración de la necesidad del contrato administrativo de prestación de servicios para la Administración Pública.</p> <p data-bbox="867 1470 1421 1589">De igual forma, procede a realizar una explicación minuciosa entre el contrato administrativo de prestación de servicios y el contrato de trabajo, resaltado sus características y diferencias</p> <p data-bbox="867 1608 1421 1740">Finalmente declara exequible las expresiones “no puedan realizarse con personal de planta o” y “En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales”</p>

Alta Corte	Nomenclatura	Análisis
Corte Constitucional	C-614 de 2009	<p data-bbox="867 275 1382 302">M.P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB</p> <p data-bbox="867 323 1414 533">Demanda de inconstitucionalidad. La Corte realiza un estudio a un apartado del artículo 2° del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que los demandantes afirman que la prohibición de contratar a terceros para ejercer funciones permanentes obstaculiza y limita la posibilidad de ser vinculado a una entidad estatal.</p> <p data-bbox="867 554 1414 827">Frente a esta cuestión, procede a realizar un análisis a la protección al derecho al trabajo desde un enfoque, claramente, constitucional. Así mismo, realiza una diferenciación entre una relación laboral ordinaria y lo concerniente a la contratación con el Estado, desglosado las características que atañen al contrato administrativo de prestación de servicios y las consecuencias de la mala implementación del mismo.</p> <p data-bbox="867 848 1414 957">Finalmente declara la exequibilidad del articulado, señalando la necesidad de la protección de los derechos de los trabajadores que se verían afectados sin dicha restricción.</p>
Corte Constitucional	C-171 de 2012	<p data-bbox="867 978 1317 1005">M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.</p> <p data-bbox="867 1026 1414 1215">Demanda de inconstitucionalidad. La Corte estudia el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, toda vez que el demandante considera que la prohibición de vincular terceros para que desarrollen funciones propias de las entidades públicas limita la promoción del derecho al trabajo.</p> <p data-bbox="867 1236 1414 1562">Frente a esta cuestión, la Corte realiza un enfoque hacia las Empresas Sociales del Estado y en la Ley 100 de 1993, la cual las constituye. La Corte procede a establecer la protección con la cual cuenta el trabajador, en especial cuando se trata de contratación estatal y realiza una delimitación de los diferentes ámbitos que se ven afectados con la mala implementación del contrato administrativo de prestación de servicios, abarcando desde la Función Pública hasta los derechos de los trabajadores.</p> <p data-bbox="867 1583 1414 1759">Finalmente declara la exequibilidad del articulado, ya que es potestad de las Empresas Sociales del Estado contratar terceros, siempre que no realicen funciones propias de la entidad, evitándose que se vulneren el derecho al trabajo y el empleo público mismo.</p>

Alta Corte	Nomenclatura	Análisis
Consejo de Estado	<p>S. 00020 de 2016</p> <p>Demandante: Magda Viviana Garrido Pinzón.</p> <p>Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca</p> <p>Normas Violadas: Art. 12 y 53 CP y #3, art. 32 de la Ley 80/93, art. 137, 138, 155, 161, 162 y 163 CPACA.</p>	<p>C.P. Gerardo Arenas Monsalve</p> <p>Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del derecho. Demandante establece que se desempeñó como maestra municipal por más de diez años aduce que se encontraba bajo subordinación por parte de la Institución.</p> <p>Tribunal Administrativo de Arauca falla a favor, estableciendo que se demostró la prestación personal del servicio, contraprestación económica y subordinación, y frente a los lineamientos de la Sentencia C-614/09 de la Corte Constitucional.</p> <p>Parte demandada apela estableciendo que no se demostraron los elementos de la relación laboral.</p> <p>El Consejo procede a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la demandante. Realiza un estudio de los elementos y características propias del contrato y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales y su implementación frente a la existencia de una vinculación contractual con el Estado.</p> <p>De igual forma procede a delimitar las circunstancias viables por las cuales la Administración Pública puede implementar el contrato administrativo de prestación de servicios y así mismo la consecuencia jurídica de su incorrecta implementación, que es la entrega de las acreencias laborales no consignadas.</p> <p>Finalmente, declara la nulidad de la Resolución que niega la existencia de una relación laboral y ordena, a título de restablecimiento del derecho el pago de las acreencias laborales adeudadas, al demostrarse que en efecto la demandada se vio inmersa en labores propias de la entidad, bajo constante subordinación.</p>
Consejo de Estado	<p>SU 00260 de 2016</p> <p>Demandante: Lucinda María Cordero Causil</p> <p>Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca</p> <p>Normas Violadas: Art.1, 2, 25 y 53 de la CP, 1, 2, 3, 10 y 36 del Decreto 2277 de 1979, 115 de la Ley 115 de 1994, 6 de la Ley 60 de 1993, 1° de la Ley</p>	<p>C.P. Carmel Perdomo Cuéter</p> <p>Sentencia de Unificación. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante establece que se desempeñó como docente en una institución educativa del Estado y se vio inmersa en actos de subordinación.</p> <p>El Tribunal Administrativo de Córdoba, negó las pretensiones de la demanda.</p> <p>La demandante apela estableciendo al señalar que el Consejo de Estado no ha fijado un término prescriptivo para la reclamación de las pretensiones.</p>

Alta Corte	Nomenclatura	Análisis
	64 de 1946 y 11 del Decreto 3135 de 1968; las Leyes 91 de 1989, 72 de 1931, 4ª de 1966, 4ª de 1992, 43 de 1975 y 70 de 1988; y los Decretos 1054 de 1938, 2939 y 484 de 1944, 1381 de 1997, 2922 de 1966, 3193 de 1968, 1848 de 1969 y 2477 de 1970.	<p>El Consejo procede a estudiar la demanda interpuesta por una trabajadora a fin de que se le reconozca la existencia de una relación laboral y el pago de las acreencias laborales solicitadas a su empleador. Esta sentencia procede abarcar los derechos que poseen los trabajadores, desde un ámbito nacional e internacional, de igual forma procede a revisar jurisprudencia previa en donde exponen lo concerniente a la declaratoria del contrato realidad, haciendo énfasis en la irrenunciabilidad de los derechos de índole laboral, los elementos esenciales que constituyen el contrato administrativo de prestación de servicios, la legislación vigente y de igual forma la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional y propia. Advierte las consecuencias de la incorrecta aplicación del contrato administrativo de prestación de servicios.</p> <p>Finalmente, declara la nulidad de la Resolución que niega la existencia de una relación laboral y ordena, a título de restablecimiento del derecho el pago de las acreencias laborales adeudadas, señalando que, “Por lo anterior, los derechos que desde ese fallo se vienen reconociendo, se ordenan no a título de Indemnización, como otrora se había venido haciendo, sino como el pago del conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio”.</p>

Alta Corte	Nomenclatura	Análisis
Corte Constitucional	SU 448 de 2016	<p data-bbox="867 275 1240 302">M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub</p> <p data-bbox="867 323 1414 653">Acción de tutela en contra de providencias judiciales. La Corte procede a estudiar la acción de tutela interpuesta por Martha Patricia Martínez Pinzón en contra del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, el cual mediante sentencia del 2 de octubre de 2014 se abstuvo de ordenar el pago de la sanción moratoria exigida. Demandante establece que se laboró en la Comisión de Regulación de Energía y Gas, bajo CAPS, no obstante, afirma que se encontraba en una auténtica relación laboral</p> <p data-bbox="867 674 1414 793">El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó el reconocimiento de la indemnización moratoria, declaró la existencia de la relación laboral y ordenó el pago de las prestaciones sociales adeudadas.</p> <p data-bbox="867 814 1414 898">La accionante interpone acción de tutela en contra de la Sentencia efectuada a fin de que se reconozca la indemnización moratoria.</p> <p data-bbox="867 919 1414 1094">En el caso en cuestión la Corte reitera la jurisprudencia existente en cuanto a la desnaturalización del contrato administrativo de prestación de servicios y la gravedad del ocultamiento de relaciones laborales mediante esta modalidad.</p> <p data-bbox="867 1115 1414 1360">Se enfoca primordialmente en la procedencia excepcional de la acción de tutela interpuesta en contra de providencias judiciales, no obstante, desglosa lo relacionado a los previos pronunciamientos judiciales efectuados sobre el contrato realidad, y conforme a los planteamientos puestos de presente, la Corte no accede a las pretensiones incoadas por la accionante.</p>
Consejo de Estado	S. 00117 de 2018	<p data-bbox="867 1381 1182 1409">C.P. Carmel Perdomo Cuéter</p> <p data-bbox="516 1430 846 1486">Demandante: Zuly Fátima Núñez Pacheco.</p> <p data-bbox="516 1507 846 1591">Demandado: Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Indeportes Córdoba)</p> <p data-bbox="516 1612 846 1852">Normas Violadas: Art. 4, 13, 25, 48, 53, 121, 123, 125 y 209 de la Constitución Política; 32 de la Ley 80 de 1993; 7 del Decreto 1950 de 1973; y 15, 17, 18, 20, 22, 23, Artículos 128, 157, 161 y 204 de la Ley 100 de 1993.</p> <p data-bbox="867 1430 1414 1640">Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. El Consejo procede a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la demandante. En esta sentencia se menciona lo concerniente a qué constituye el contrato administrativo de prestación de servicios, no obstante, hace una profunda interpretación del elemento de la “subordinación.</p> <p data-bbox="867 1661 1414 1780">Afirma la accionante que fue vinculada mediante CAPS a la entidad en mención, en donde poseía un horario, realizaba labores de secretaría e incluso debía portar un uniforme.</p> <p data-bbox="867 1801 1414 1852">Finalmente, confirma la decisión que accedió a sus pretensiones toda vez que, de las pruebas puestas</p>

Alta Corte	Nomenclatura	Análisis
Corte Constitucional	<p data-bbox="516 384 688 411">SU 040 de 2018</p> <p data-bbox="516 478 846 537">Accionante: María Eugenia Leyton Cortés.</p> <p data-bbox="516 604 846 716">Accionados: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá.</p> <p data-bbox="516 783 846 905">Derechos conculcados: Salud, mínimo vital, vida digna, trabajo, igualdad y estabilidad laboral.</p>	<p data-bbox="867 275 1421 365">en conocimiento, se logró determinar el elemento de la subordinación que ejercían los directivos de la entidad demandada sobre la actora.</p> <p data-bbox="867 384 1211 411">M.P. Cristina Pardo Schlesinger</p> <p data-bbox="867 430 1421 764">Trámite de Revisión. La Corte estudia la acción de tutela instaurada en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá y otro, en cuyos hechos la accionante manifiesta que existió una verdadera relación laboral entre ella y las entidades accionadas, toda vez que, desempeñaba labores en la línea de emergencia 1 2 4, y de manera unilateral terminaron su contrato, sin reconocerle prestación social alguna a pesar de verse inmersa en situaciones de subordinación, debiendo cumplir órdenes, un horario de trabajo, turnos, etc.</p> <p data-bbox="867 783 1421 1052">La Sala Séptima de Revisión, mediante sentencia T-23 de 2016 amparó los derechos fundamentales de la accionante, declarando la existencia de un contrato realidad y el reintegro de la accionante al cargo que venía desempeñando o similar. No obstante, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante auto 7478 de 2017 declaró la nulidad de la sentencia, toda vez que evidenció vulneraciones al debido proceso.</p> <p data-bbox="867 1071 1421 1436">Una vez frente pruebas aportadas, la Corte procede a declarar la existencia de un contrato a realidad, al observar que no se cumplían con los parámetros establecidos por el legislador y la jurisprudencia en cuanto al contrato administrativo de prestación de servicios, con especial situación que la accionante contaba con estabilidad laboral reforzada, procediendo la Corte a realizar estudio sobre la materia. Encontrando que, si existieron actos de subordinación, toda vez que la accionante debía cumplir con las órdenes señaladas por ella en el escrito de tutela.</p> <p data-bbox="867 1455 1421 1545">Finalmente, la Corte de manera extraordinaria declara la existencia del contrato realidad al observarse los requisitos para el mismo.</p>
Consejo de Estado	<p data-bbox="516 1564 846 1623">Sentencia del 28 de febrero de 2020.</p> <p data-bbox="516 1642 846 1701">Rad. 25000-23-25-000-2011-00741-01(1280-18)</p> <p data-bbox="516 1761 846 1822">Demandante: Juan Carlos Infante Langermbachl</p>	<p data-bbox="867 1564 1211 1591">C.P. William Hernández Gómez</p> <p data-bbox="867 1610 1421 1822">Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Recurso de Apelación. Demandante manifiesta que fue vinculado mediante CAPS en donde desempeño sus servicios como arquitecto, es así como se veía en la obligación de presentar informes y cumplir requerimientos efectuados por los servidores de la entidad demandada.</p>

Alta Corte	Nomenclatura	Análisis
	Demandado: Ministerio de Justicia y del Derecho Normas Violadas: artículos 1, 2, 13, 25, 43, 44 y 53 de la Constitución Política; 135, 136, 158 y 192 de la Ley 201 de 1995; y el 182 del Decreto Ley 262 de 2000.	<p>El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda al considerar que la relación que se efectuó era netamente laboral.</p> <p>El demandante apela la Sentencia estableciendo que acreditó por diversos medios la existencia del elemento de subordinación, toda vez que debía cumplir horarios de trabajo y acatar las órdenes y directrices de sus superiores.</p> <p>Procede el Consejo a establecer lo relacionado con el encubrimiento contractual del CAPS y la diferenciación entre actos de subordinación y supervisión, encontrando que en efecto no existió subordinación alguna y que los actos llevados a cabo fueron propios de la vigilancia y control de la entidad estatal, facultad de la cual se encuentran revestidas, por lo que en consecuencia no puede ser tomado como un acto de subordinación.</p> <p>Finalmente, no reconoce las acreencias laborales solicitadas al no evidenciarse subordinación alguna.</p>

Fuente: adaptado por el autor con base en la normatividad legal colombiana.

4.2 Efectos del encubrimiento contractual para la administración pública: revisión de los alcances legales de vigilancia y control a la contratación estatal

4.2.1 Mecanismos utilizados a fin de mitigar la contratación indebida

Conforme al análisis de los elementos propios que constituyen al contrato administrativo de prestación de servicios y al contrato realidad, se ha procedido a la revisión de los pronunciamientos con mayor relevancia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respecto a los efectos negativos que se configuran cuando las entidades estatales ocultan relaciones laborales mediante contratos de prestación de servicio.

No obstante, ante las reiteradas advertencias generadas por las altas Cortes y los diferentes precedentes jurisprudenciales que con las mismas se han generado, en la actualidad se sigue presentando la utilización incorrecta y contraria a derechos de este tipo contractual, que no solo afecta a los derechos laborales de los trabajadores sino a la función y administración pública.

Para abarcar con mayor claridad lo concerniente al factor de vigilancia y control con el que cuentan las entidades del Estado, se realizó un enfoque acerca de los diferentes órganos y mecanismos que ha facultado el legislativo en relación a la administración pública, con la intención de mitigar los perjuicios generados por las entidades del Estado a fin de erradicar estas prácticas contractuales irregulares, y se pretenderá el planteamiento de una alternativa enfocada a la prevención de la incorrecta utilización del contrato administrativo de prestación

de servicios y así mismo evitar que se llegue a instancias judiciales para el reconocimiento del denominado contrato realidad.

Con miras a desarrollar el planteamiento puesto de presente, es permitente adentrarse al estudio de la función de control y vigilancia que deben ejercer las entidades estatales en el desarrollo de sus funciones, y que en igual sentido debería ser aplicado al tópico de la celebración contractual, en específico, al contrato administrativo de prestación de servicios y las funciones que se efectuarán por los contratistas.

Entonces, de conformidad con la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que, en principio, se regula lo concerniente a los contratos celebrados por las diferentes entidades del Estado. En relación al contrato administrativo de prestación de servicios, el artículo 32, numeral tercero, de la ley en mención establece que:

(...) son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. (Colombia. Congreso de la República. Ley 80, 1993)

Es frente a esta premisa, que solo posee un enfoque en la definición de este tipo contractual y algunas restricciones, que se plantea la posibilidad de que la administración contrate el servicios de terceros, no obstante, frente a la evidente falta de especificidad en el tema, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han debido ahondar en los diferentes escenarios que se presentan en la implementación de este acuerdo de voluntades a fin de completar los lineamientos ya concebidos.

Respecto al contrato administrativo de prestación de servicios, esta ley es plenamente sustancial, no se evidencia en esta normativa ningún parámetro concerniente a algún tipo de control que se lleve a fin de regular este tipo de contrato, lo que generó, como se evidencia hoy en día, la oportunidad de ser interpretado y materializado de forma errónea, generando una serie de perjuicios que no cesan.

A partir de 1993, se han venido promulgando un serie de normatividades concernientes a la supervisión y la vigilancia de la contratación estatal, facultando desde la entidad contratante hasta la Procuraduría General de la Nación, de llevar actos tendientes al control de cómo se está implementando dicha contratación y si se están cumpliendo los parámetros constitucionales, que como se pudo observar en el anteriormente, son bastante claros respecto a la celebración y ejecución del contrato administrativo de prestación de servicios.

Es mediante la sanción de la Ley 1474 de 2011, la cual tiene como finalidad fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de la gestión pública, que se plantea el, cómo se regula la implementación de los contratos suscritos en las entidades del Estado. Es entonces en el artículo 83 de la ley en mención en donde se plasma dicha directriz:

Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están

obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. (Congreso de la República de Colombia. Ley 1474, 2011)

En cuanto al artículo en mención, es de gran importancia resaltar su primer párrafo, toda vez que expresa la obligación de contar con interventoría para llevar a cabo un seguimiento y control de los contratos que se desarrollan en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la cual, como se ha dejado de presente, es la encargada de regular la contratación estatal en Colombia, dentro de los cuales incluye claramente el contrato administrativo de prestación de servicios celebrados por las diferentes entidades del Estado.

Como se evidencia, es entonces deber de las entidades contratantes el efectuar labores de vigilancia, supervisión y control de los contratos que ellas mismas suscriben con personas naturales a título de prestación de servicios. Es menester dejar de presente que esta facultad es otorgada puesto que, se supone, que las entidades del Estado conocen y están en la obligación de dominar, acatar y dar cumplimiento a los parámetros legales puestos de presente por el legislativo. El Departamento Administrativo de la Función Pública, en uno de sus conceptos, explica esta facultad estableciendo que es a los supervisores que representan la entidad estatal a quienes les corresponde velar por que se cumplan con los fines del Estado, es así como debe velar por las obligaciones de carácter económico, financiero, legal y técnico, derivados de la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios. La importancia de esta facultad recae en la vigilancia y control que se lleva a las funciones de las diferentes entidades en la contratación estatal, verificando que en efecto se esté cumpliendo con las obligaciones contraídas en el contrato, y así mismo, velar por la protección de los intereses de la administración que se ven reflejadas en su forma de contratar. (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2014, p.5)

Ahora bien, no obstante, a las facultades otorgadas a las entidades del Estado para que ellas mismas supervisen la ejecución de los contratos que suscriben, bajo la presidencia de Juan Manuel Santos se expidieron las Circulares Conjuntas 005, 006 y 008, que tenían como propósito la formalización del empleo. La primera en mención, que data del 23 de noviembre del 2011 fue expedida por el Ministro de Trabajo de la época, Rafael Pardo Rueda y la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, Elizabeth Rodríguez Taylor. Se visualiza la finalidad de dicha circular en el párrafo introductorio de las misma, en la que expone que la prioridad del Gobierno Nacional es que se formalicen las relaciones laborales, lo cual, se logra si se da cumplimiento a los diferentes convenios internacionales ratificados por el Estado y los principios que orientan este tipo de vinculaciones defectuosas mediante la utilización indebida del contrato administrativo de prestación de servicios. (Younes, 2013, p.758)

La solución adoptada por el Gobierno Nacional en esta ocasión fue la de dar cumplimiento a los parámetros acotados en la Sentencia C-614 de 2009, estudiada

previamente en este escrito. Es así como frente a estas disposiciones se tendría, en principio, que hacer un estudio de la situación, en ese entonces actual, de las circunstancias por las cuales se llegó a la vinculación a la entidad estatal de personal mediante la figura del contrato de prestación de servicios. Este análisis iría encaminado a determinar los factores de “objeto, duración y fuentes de financiación”. (Younes, 2013, p.758)

Una vez consolidada la información pertinente de cada una de las entidades, se debía reportar de forma mensual ante el Sistema Único de la Información de Personal (SUIP), a más tardar para el 1 de diciembre de 2011, de igual forma, llevar acabo en el portal web del Sistema de Información y Gestión del Empleo Público (SIGEP), la respectiva convalidación de los datos recopilados y el número de contratos de prestaciones de servicios que se llevarían a cabo para el año 2012.

En la parte final de la circular en cuestión, se plasma una directriz, la cual, emite la posición expresa por parte del Gobierno acerca del incumplimiento de los parámetros ya planteados respecto a la constitución de los contratos de prestación de servicios, expresamente plantea:

Es de anotar que cuando la entidad requiera desarrollar actividades que no puedan ser cumplidas directamente con personal de planta, así como desarrollar programas o proyectos de duración determinada, suplir necesidades de personal por sobrecargada de trabajo o desarrollar labores de consultoría y asesoría de duración total no superior a doce meses, se debe estudiar de manera preferente, la posibilidad de suplir esta necesidad con la creación de empleos temporales, en los términos señalados en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004. (Younes, 2013, p.759)

Se pretendía en aquella época, tener un simple control del número de contratos de prestación de servicios que se consolidaban de forma anual en las entidades del Estado y en cierto sentido, tener un control de la temporalidad de los mismos. No obstante, como se ha resaltado a lo largo de este trabajo, es el elemento de la subordinación el que genera la ruptura entre una relación contractual y una laboral, que una vez probada ante la autoridad judicial competente, genera el reconocimiento del contrato realidad.

La circular 006, plantea los mismos parámetros acotados en la circular 005, pero tenía como destinatarios otras entidades estatales que no concebía la primera circular emitida, razón por la cual, no se ahondará en la explicación del contenido de la misma. No obstante, en el año 2012, se emitió la circular número 008 en la cual, frente a la evidente problemática del ocultamiento de las relaciones laborales mediante la vinculación como contratistas que cumplían funciones misionales, se pretendió llevar a cabo la identificación de cada una de estas situaciones para establecer si era necesario la ampliación de los cargos de personal de planta.

En respuesta se presentó un plan de tres fases, con los cuales pretendió mitigar la utilización indebida del contrato administrativo de prestación de servicios, que, en este caso, a diferencia de la primera circular emitida que buscaba un control de la temporalidad de las labores ejercidas por los contratistas, buscaba identificar si no existía suficiente personal de planta que atendiera las necesidades de la entidad a fin de cumplir su deber. Sin embargo, no se pronuncia acerca de la contratación en masa que hacen las entidades, ni las limita, ni siquiera advierte de la indebida utilización del contrato de prestación de servicios.

No obstante, es válido resaltar que en la circular en cuestión se protegió a quienes fungían como contratistas al momento de ser expedida, toda vez que, se hace la claridad en que “Adicionalmente se reitera que en ningún caso se deben interrumpir los servicios hoy contratados mediante la figura de prestación de servicios, en los términos señalados, mientras se formulan y se ponen en marcha los planes de acción”, evitando así, otro perjuicio que la administración pública tendría que cubrir. (Younes, 2013, p.761)

Hasta este punto, se ha determinado que está en cabeza de cada entidad estatal hacer efectivo el control de supervisión de los contratos de prestación de servicios que suscriben, frente a este punto no existe contradicción, de igual manera, se ha evidenciado que, a pesar de los exhaustivos esfuerzos del Gobierno Nacional por erradicar la indebida utilización de los contratos, se siguen efectuando estas prácticas inconvenientes.

Sorprende entonces que, partiendo del principio de la buena fe contractual, las entidades estatales no tienen el personal adecuado y especializado al momento de la configuración de contratos administrativos de prestación de servicios. No se puede llevar un autocontrol óptimo de una temática que es desconocida o de la cual no se tiene total manejo, lo cual no es excusa, porque estando en representación del Estado, y velando por el cumplimiento de los fines del mismo, no se puede entrar a manifestar el desconocimiento de la implementación de la ley, y más aún cuando la jurisprudencia ha desglosado de tal manera la problemática de los contratos administrativos de prestación de servicios que no hay lugar a malinterpretaciones.

Ahora, pese a las potestades otorgadas a las entidades estatales para que vigilen su actuar, existen órganos de control facultados para velar que la contratación estatal se efectúe de manera idónea. Así lo son la Procuraduría General de la Nación, la Oficina de Control Interno y finalmente el Ministerio del Trabajo, este enfocado únicamente a los derechos del contratista principalmente y no en la contratación pública.

Las funciones que tiene la Procuraduría General de la Nación están consagradas en la Constitución Política, en su artículo 277, entre las cuales está “velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas”, ostentando la facultad de efectuar un control a la contratación estatal. Dicha inspección se proyecta en la función de prevención que exterioriza este órgano, reflejada en su función preventiva, la cual se perfecciona al dar informe de los posibles riesgos en los que puede incurrir la entidad y generar una disuasión a los servidores. (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente [Const]. 1991. art. 77)

Entre las actividades de control ejercidas por la Procuraduría General de la nación está la actuación preventiva integral en materia de control estatal, la cual tiene un carácter excepcional, ya que como se estableció, las entidades estatales tienen un control autónomo. Con la implementación de esta medida, se busca aminorar los perjuicios causados por la mala implementación contractual que ejercen las entidades. Expresamente esta actuación es:

(...) es la vigilancia y control de gestión excepcional que ejerce la PNG sobre la actividad contractual de las entidades públicas y de los particulares que cumplen funciones públicas, con el fin de defender derechos fundamentales en peligro, evitar un inminente riesgo del patrimonio público, la inobservancia de los principios y fines de la contratación estatal, la vulneración del ordenamiento

jurídico o la comisión de faltas disciplinarias. Esta actuación es denominada acompañamiento preventivo. (Procuraduría General de la Nación , 2015, p. 31)

Basados en la información anteriormente expuesta, la Procuraduría General de la Nación estaría legitimada para intervenir en una entidad pública si logra determinar que se están vulnerando las disposiciones de que trate la actuación preventiva integral, toda vez, que como su nombre lo establece, lo que se busca es prevenir la comisión de un perjuicio que pudiere generarse dentro de la materialización de las labores no endilgadas en el contrato de prestación de servicios pero que aun así son llevadas a cabo por los contratistas.

Es importante acotar que para que se efectúe dicho control por parte de la Procuraduría General de la Nación, debe haber una petición en donde se determinará si efectivamente es necesario generar un acompañamiento con el fin de comprobar la posible configuración de una mala práctica contractual que concluya en una pérdida para la administración.

Mediante el Decreto 262 del 2000 se establece que la función preventiva se hará de manera selectiva, por lo cual, no sería posible tener un control completo y función de la problemática no superada del ocultamiento laboral. Así mismo, entre sus características, se halla que los requerimientos que puedan surgir de un posible control no constituyen una coadministración, toda vez que:

Como bien lo señala la Resolución No. 456 de 2010, el desarrollo de la actuación preventiva integral en materia de contratación estatal no puede implicar en modo alguno la coadministración o injerencia en las decisiones administrativas, financieras, técnicas o jurídicas de las entidades públicas o de los particulares que ejercen funciones públicas. En tal medida, la PGN no expide conceptos, avales o aprobaciones frente a documentos producidos o actuaciones desplegadas por los sujetos de vigilancia. (Procuraduría General de la Nación , 2015, p. 36)

Con las funciones de la Procuraduría General de la Nación, respecto de la vigilancia de la contratación estatal, ya desglosadas, se deja de presente el hecho de que, aunque la intervención de este órgano es útil y necesaria, no logra en su totalidad abarcar un control a la problemática que hoy día sigue afectando a la administración pública. Puesto que la mala implementación de los contratos de prestación de servicios suscritos por las entidades estatales puede presentarse tanto en una serie aleatoria de contratos como en la totalidad de los mismos, y como se expuso, esta función es de carácter aleatoria y limitada.

Dejando a un lado la función de control y vigilancia de la Procuraduría General de la Nación, encontramos que el Decreto 4108 de 2011, el cual es modificadorio de la estructura del Ministerio del Trabajo, prevé una serie de disposiciones tendientes al control y vigilancia encaminadas a la protección de los derechos de los trabajadores. Es así como el artículo segundo de la presente ley consagra las funciones del Ministerio, de las cuales son importantes resaltar:

13. Fijar las políticas necesarias para la promoción y vigilancia de la protección de los derechos al trabajo, a la asociación y a la huelga, conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

14. Ejercer, en el marco de sus competencias, la prevención, inspección, control y vigilancia del cumplimiento de las normas sustantivas y procedimentales en

materia de trabajo y empleo, e poner las sanciones establecidas en el régimen legal vigente. (Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4108, 2011)

Frente a este aspecto, no queda duda que el Ministerio del Trabajo deberá velar por la protección de los derechos constitucionales que poseen los trabajadores, con una clara fijación en aquellos que se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente a sus empleadores. Al igual que la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio del Trabajo tiene funciones encaminadas a la protección, a la vigilancia, y supervisión del trabajo desarrollada por las diferentes divisiones que conforman al Ministerio.

Respecto a las funciones que tiene el Ministerio, no se observa en ningún momento, alguna que se encamine o relacione con la vigilancia de los contratos estatales. Puesto que como se afirmó desde un primer instante, vela es por la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, personas naturales que de forma directa o por intermedio de otro sujeto manifiestan la posible vulneración de sus derechos, toda vez que, como se sabe, la Constitución Política Colombiana consagra al trabajo como un derecho fundamental, frente a esta afirmación no hay posibilidad de generar controversia.

Como se ha observado, no obstante, que estos órganos de control presenten funciones encaminadas a la supervisión, ya sea directa o indirecta, a los contratos de índole estatal, no ha logrado mitigar la constante utilización del contrato administrativo de prestación de servicios en forma indebida. Estas dependencias son externas y excepcionales, toda vez que son las mismas entidades estatales las que deberían conocer e implementar los parámetros correctos tendientes a una óptima contratación estatal y solo en casos extraordinarios entraría a interceder un agente externo a las mismas. No es posible tampoco, extender las funciones de estos órganos, puesto que esto implicaría en un principio la declaración de la incapacidad de las entidades estatales de autorregularse y en segundo lugar una extralimitación de las funciones que constitucionalmente están declaradas, sin mencionar el desequilibrio que se generaría en el presupuesto asignado a cada dependencia.

Una vez examinadas las funciones de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio del Trabajo, es menester descartar la posibilidad de que sean estas dependencias las encargadas de mitigar el impacto negativo que actualmente sufre la administración pública a causa de la mala implementación de los contratos administrativos de prestación de servicios.

Ahora, respecto a lo concerniente a la Oficina de Control Interno, tenemos que es una dependencia encargada del sistema de control interno de las entidades estatales, tiene como fin la evaluación de la eficacia y la eficiencia de las labores administrativas desarrolladas, así mismo, la implementación de los correctivos necesarios con el objetivo que se cumplan los fines de la entidad. (UNAD, 2019)

Es importante recalcar que en las diferentes entidades del Estado pueden estar denominadas como auditoría interna o quien haga sus veces, todo esto mediante la regulación del Decreto 1537 de 2011 que reglamenta la Ley 87 de 1993, la cual está tendiente a fortalecer el Control Interno de las entidades y organismos del Estado. En el considerando de este decreto se plasma, que la función principal del control interno va encaminado a proteger los recursos que le pertenecen a la organización mediante la correcta administración, evitando

así posibles riesgos, cumpliendo con los objetivos de la entidad mediante la correcta aplicación de la gestión, llevando a cabo seguimientos con el fin de prevenir riesgos. (Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1537, 2001)

Queda claro entonces, que es mediante la gestión de esta oficina que se logra, o se pretende, tener un control completo de las funciones que se desarrollan en el interior de cada entidad, con el fin de evitar la comisión de cualquier conducta que conculque, en los parámetros de interés de este trabajo, los derechos de los trabajadores, el desconocimiento del ordenamiento jurídico, el déficit presupuestal en el que se ve inmerso la administración por el pago de indemnizaciones y los demás perjuicios que pueda generarse por el ocultamiento de las relaciones laborales.

Las acciones que deben ser llevada a cabo por la Oficina de Control de Riesgos deben cumplir con el Modelo Estándar de Control Interno, MECI, el cual fue implementado en el año 2005 mediante el Decreto 1599, cuya designio se constituye como un instrumento constituido para el aseguramiento de la correcta gestión administrativa de las diferentes entidades estatales así como los organismos, a fin que se dé cumplimiento a la ley en cuestión y las políticas estatales, toda vez que es esta oficina la responsable de llevar a cabo la evaluación de gestión dentro de la entidad de acuerdo con el MECI y mejorar el mandato endilgado. (Departamento Administrativo de la Función Pública , 2012)

Conforme a lo citado anteriormente, no cabe duda que, es la Oficina de Control Interno, auditoría interna, o quien haga sus veces, el mecanismo idóneo para el control de las gestiones que se realizan dentro de la entidad, revisando que estas se cumplan de tal forma que no impidan el normal desarrollo de la entidad del Estado, que, como todas, están encaminadas a cumplir con los fines del Estado consagrados en la Carta Magna. Su función principal es:

La existencia y la efectividad de las Oficina de Control Interno, como función independiente y objetiva de evaluación y asesoría, busca agregar valor y mejorar las operaciones de una entidad. Proporciona a la Alta Dirección y en general a la entidad, el conocimiento real del estado en que se encuentra la organización en un periodo de tiempo determinado, de tal forma que permita reorientar oportunamente las estrategias y acciones hacia el cumplimiento de los objetivos institucionales propuestos. (Departamento Administrativo de la Función Pública , 2012, p. 21)

Queda claro que su función es imprescindible dentro de las entidades estatales, puesto que con el despliegue de funciones de esta oficina es que se cumple con la autoinspección, que, por ley, faculta a las entidades a hacerlo. Entre las funciones más importantes que son desplegadas por la Oficina de Control Interno están la evaluación y seguimiento de las labores realizadas en la entidad del Estado. Ahora bien, entre los aspectos que son objeto de revisión por parte de este grupo multidisciplinario, se encuentra lo respectivo a la contratación estatal.

El artículo 12 de la Ley 87 de 1993, consagra las funciones de los auditores internos y dentro del literal E se dispone el “velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios”. Se entiende entonces, que entre las obligaciones que poseen las oficinas y sus auditores, es el velar por el cumplimiento de las diferentes leyes expedidas por el

legislador y así mismo, por los parámetros puestos a disposición por los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Como lo pone de presente el Departamento Administrativo de Función Pública, las Oficinas de Control Interno deben llevar a cabo el seguimiento y evaluación de varios aspectos, entre los cuales se encuentra la “asesoría y seguimiento a los procesos de contratación, verificando la necesidad y justificación de todas las adquisiciones y el cumplimiento de la normatividad que lo regula” (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2012, p. 47). En consecuencia, debería exteriorizarse un control y una regulación de los contratos administrativos de prestación de servicios realizados por la entidad, y dicho control debería ser materializado de forma íntegra, desde la constitución del contrato, haciendo un minucioso examen desde las cláusulas y alcances pactados, hasta las labores que está realizando el contratista.

La Oficina de Control Interno, como se ha expuesto, debe asegurarse del cumplimiento de los parámetros legales que rigen la contratación pública, pero para efectuar de manera correcta el seguimiento y evaluación de los contratos por prestación de servicios, debe tenerse total conocimiento de la legislación vigente, no sería procedente el desconocimiento de las mismas cuando se está frente a una entidad en representación del cumplimiento de las funciones del Estado colombiano. No obstante, como se observa, se siguen implementando de manera errónea la contratación estatal referente a la prestación de servicios.

Consta, respecto a la investigación hecha, cómo está regulada y supervisada la contratación estatal en Colombia, que en efecto existen las entidades, dependencias y las pertinentes oficinas que cumplen con la función de asegurarse que los contratos expedidos por las entidades estatales cumplan con las disposiciones legales que los reglamentan. Y así mismo, hacer un control efectivo para que no se estén vulnerando los derechos de los trabajadores por la extralimitación de las funciones que pueden llegar a cumplir por las órdenes expedidas por su contratista, ni el desconocimiento de las disposiciones constitucionales respecto a la función pública, ni el régimen laboral, ni el detrimento patrimonial del Estado.

Aun así, se evidencia por el elevado número de demandas que llegan a jurisdicción de lo contencioso administrativo, que no se está efectuando un control eficiente y efectivo a los contratos administrativos de prestación de servicios, no se tiene en cuenta si la realidad está acorde con las formalidades establecidas por los sujetos procesales, así como lo demanda el artículo 53 de la Constitución Política Colombiana. La abstención a la supervisión de los parámetros configurados para los contratos por prestación de servicios podría ser la causa generadora de los perjuicios anteriormente mencionados, que como se avizora, genera perjuicios en innumerables aspectos.

Por lo anterior, no es necesario la creación de nuevas dependencias encargadas de vigilar de forma exclusiva el desglose de la materialización de los contratos administrativos de prestación de servicios, puesto que las Oficinas de Control Interno se crearon para cumplir estas funciones y no otras. Debe instarse a las entidades a una vigilancia óptima que evite cualquier tipo de perjuicio, sin generar así costos adicionales a la administración pública y

evitando así mismo, el detrimento llevado a cabo por el pago de indemnizaciones a los contratistas.

4.2.2 Políticas de prevención de perjuicios

Con la información puesta de presente, puede concluirse que frente a los contratos administrativos de prestación de servicios no se efectúa un control eficaz de vigilancia y control respecto de si se acatan o no las cláusulas pactadas en el cuerpo contractual. Dicho control se limita a la configuración del contrato, en cuanto a que se encuentre materializado conforme a como la legislación civil, laboral y administrativa lo demande, ajustándose a los elementos configurativos del tipo contractual, pero al momento de ser ejecutado no coincide con la realidad de las labores endilgadas, o es tan subjetivo en sus cláusulas, que da paso a interpretaciones erróneas.

Está problemática no constituye una novedad para la administración pública, y ha sido objeto de numerosos estudios, aun así, ha sido imposible llegar a una solución efectiva contra la mala implementación de esta figura contractual. Como se puso de presente, se han planteado diferentes programas estatales con el fin de tener un control del número de contratos administrativos de prestación de servicios que se dan por entidad, estudiar si la problemática encuentra su génesis en un precario número de trabajadores incapaz de cumplir los fines destinados a la entidad pública y por el contrario es necesario la creación e implementación de nuevos cargos. No obstante, a los diversos programas, no se ha logrado disminuir la reclamación de derechos laborales por parte de los contratistas perjudicados.

Como bien lo manifestó el Consejo de Estado en su Sentencia 00020 de 2016, la consecuencia jurídica que se ha constituido para evitar que se siga mal implementado el contrato administrativo de prestación de servicios, es el pago de las acreencias laborales que la entidad estatal no procedió a reconocer al contratista. Frente a la obligación del desembolso monetario se creyó que las entidades del Estado serían diligentes a la hora de implementar esta modalidad contractual, no obstante, no se cumplió dicha pretensión.

Es claro que el Estado colombiano no puede intentar mitigar una problemática que representa un gasto mayor mediante la implementación o la creación de alguna dependencia u órgano que proceda a realizar y ejecutar de manera correcta los contratos administrativos de prestación de servicios celebrados por las diferentes entidades estatales, puesto que no es procedente generar más pérdidas monetarias, ni apretar aún más el presupuesto estatal.

Este planteamiento de solución a la problemática materia de estudio va encaminado a la realización de una eficiente supervisión del elemento de subordinación, el cual, a consideración del autor, solo es tomado en cuenta por la entidad una vez es desglosado frente a los estrados judiciales por el contratista. Efectivamente no existe una retroalimentación por parte de la entidad de los planteamientos establecidos por las altas Cortes en materia de contratación estatal. Puesto que los elementos que configuran esta modalidad contractual no son aplicados por la entidad contratante quien es la que establece cuáles son las labores que requiere del contratista. Tampoco la supuesta vigilancia y control se encamina a determinar si existe o no una extralimitación de las labores ejecutadas que no sean concordantes con las fijadas en el contrato.

Como bien se examinó en este escrito, las entidades estatales poseen la capacidad de realizar el control y vigilancia propio de su actuar, entre estos está lo concerniente a la contratación estatal y en efecto al contrato administrativo de prestación de servicios que llega a ser utilizado de manera desmedida, desnaturalizándolo por completo. Resulta entonces inocuo no avizorar como solución de esta problemática el exigir el efectivo ejercicio de las entidades estatales de proceder a asegurarse que la contratación que se esté llevando a cabo se ajusta a los parámetros ya establecidos por la legislación colombiana y los pronunciamientos de las altas Cortes.

Es por lo anterior, que en principio, las entidades estatales, actuando por medio de su oficina jurídica, proceda a realizar un minucioso trabajo al plasmar los contratos administrativos de prestación de servicios, teniendo en cuenta que no son de carácter general y puede estar encaminados a distintas labores; estableciendo de manera puntual el trabajo a desarrollar por el contratista, creando cláusulas que adviertan sobre las consecuencias de la mala implementación del mismo, a fin de que no haya una excusa a nivel laboral de realizar exigencias adicionales a quien presta el servicio, toda vez que deben ser de carácter específico.

Realmente, frente a esta disposición, no existe una controversia profunda, puesto que el verdadero problema radica en la ejecución del contrato y en las labores en que se ven inmersos los contratistas, que como bien se estableció, principalmente son tendientes al cumplimiento de labores propias de funcionarios de planta o al cumplimiento de directrices que desconocen en su totalidad la existencia de la autonomía que los reviste.

Es entonces, en la ejecución de las labores realizadas por los contratistas, que se debe desplegar un control efectivo, buscando que no se desnaturalice el contrato administrativo de prestación de servicios, y esto se ve representado en una mayor exigencia por parte de quien debe realizar el control interno de la entidad estatal. Así mismo la aplicación de medidas correctivas contra los servidores públicos que procedan a efectuar directrices erróneas tendiente a desconocer las características y elementos que componen este tipo de contrato.

Aun así, debe reconocerse que, uno de los escenarios que pueden presentarse en la cotidianidad del ejercicio de las funciones de las entidades del Estado, es la falta de personal a fin de cumplir a cabalidad con las labores exigidas, por la cual se pudo recurrir al contrato administrativo de prestación de servicios como salvavidas de la necesidad de personal que no se encuentra previsto en el presupuesto realizado.

De igual forma, la Oficina de Control Interno, auditoría interna o quien haga sus veces, debe realizar un control previo y efectivo a los contratos suscritos por la entidad, a fin de que no haya lugar a tergiversaciones en las labores a efectuar, pero de mayor relevancia es proceder a realizar un control posterior a la suscripción de los contratos de prestación de servicios, en donde, frente a los diferentes pronunciamientos elevados por las altas Cortes, se valide que las actuaciones que está ejerciendo el trabajador son acordes al contrato y la Ley y no contrarias, con el fin de prever posibles demandas de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Este organismo debe adecuarse a las necesidades actuales que poseen las entidades y así mismo velar por identificar aquellas

falencias que conllevan a la implementación de este tipo contractual como opción para suplir este déficit.

En estricto sentido, debe instarse a las entidades estatales a que proceden a vigilar el cumplimiento y ejecución de cada uno de los contratos administrativos de prestación de servicios celebrados con las diferentes personas naturales existentes, lo cual podría llegar a sonar ilógico toda vez que esa es la función por la cual se le facultó, a fin de establecer, en primera medida, que los parámetros contractuales que componen al contrato, sean acordes a la realidad de las labores ejercidas día a día por los contratistas, y en igual forma, se tenga un panorama verdadero conforme a las funciones que cumple la entidad en relación con el número de personal que se necesita, identificando si en efecto, la planta de personal no es suficiente para cubrir las labores que allí deben efectuarse.

Esta última aseveración podría generar diversas reacciones en el sentido que, crear nuevos cargo significa la utilización de más recursos financieros por parte del Estado, no obstante, si se piensa en los rubros empelados en las diferentes indemnizaciones generadas de manera constante por la deficiente implementación de este tipo contractual, es preferible la inversión en servicios activos relacionados con el deber ser y actuar del Estado, al resarcimiento por el no acatamiento de los pronunciamientos legales y jurisprudenciales. Debe optarse por un actuar preventivo y no simplemente optar por restablecer lo ya vulnerado.

Entonces, el hecho de llegar a instancias judiciales a fin de que sea reconocido el contrato realidad solo demuestra que el actuar eficiente de las entidades del Estado recae únicamente en la autoridad ejercida por el juez competente, por el contrario, a sabiendas de su mal actuar, pretenderán cubrir sus falencias a toda costa. Es claro que el derecho de defensa es inviolable, no obstante, desgastar el aparato judicial de esa forma, solo genera mayores gastos para la Nación, que podrían evitarse con un actuar ajustado a derecho.

Ahora bien, en conexidad con lo expuesto y a manera de hipótesis, sugiero que debe incentivarse la viabilidad de instaurar acciones de repetición en contra de los servidores públicos quienes, por su omisión o extralimitación, generen un rubro al Estado a manera de indemnización, claramente, en el escenario en que se cumplan con los elementos que configuran esta acción.

En cuanto a la acción de repetición, el Consejo de Estado ha dictaminado lo siguiente:

La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición. Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes: i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la

obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado. (...) iii) El pago efectivo realizado por el Estado. iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa. (...) Sin embargo debe preverse que bajo el imperio de la Ley 678 de 2001, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, las disposiciones contenidas en sus artículos 5 y 6 establecen la presunción de dolo y de culpa grave en los eventos allí determinados. (Colombia. Consejo de Estado. Sentencia n° 41001-23-31-000-2010-00195-01, 2016)

Para la sustentación de esta hipótesis, se tomará como ejemplo lo plasmado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, quien, mediante sentencia del 12 de septiembre de 2016, rad. 17001-33-31-003-2011-00352-01(55248), resolvió lo pertinente al recurso de apelación interpuesto por la Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia en contra del Exdirector Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, toda vez que la parte demandada suscribió diversos contratos administrativos de prestación de servicios con una contratista, proceso donde finalmente el Juez competente declaró la existencia de una relación laboral y condenó al Estado al pago de la indemnización pertinente.

Hace claridad esta alta Corte que, para que proceda de manera exitosa una acción de repetición, deben darse los requisitos tanto objetivos como subjetivos que exige la normatividad vigente, Ley 678 de 2001, esto es la calidad del agente, que sea un servidor público y que su acción u omisión sea causal o determinante en la condena; en segunda medida que exista ya sea una sentencia, o acta de algún medio alternativo de solución de conflictos en el cual se encuentre obligado el Estado a pagar una suma determinada; la materialización de ese pago por parte del Estado y finalmente, el elemento subjetivo que recae en que la conducta materializada se haya efectuado con dolo o culpa grave.

Al ser el cuarto elemento netamente subjetivo, debió el legislador delimitar las actuaciones mediante las cuales puede evidenciarse la presencia del dolo o de la culpa grave, siendo esto plasmado en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, los cuales señalan:

Artículo 5o. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial. (Ley 678, art. 5, 2001)

Seguidamente plasma las causales que configuran la culpa grave, delimitando que,

Artículo 6o. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. <Aparte tachado inexecutable> Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. (Colombia. Congreso de la República. Ley 678 , 2001)

A pesar de que, en el caso en concreto, la parte demandante no aportó las pruebas idóneas a fin de demostrar que la actuación del Exdirector Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales fue dolosa o se vio inmersa en una culpa grave, siendo esta fallada en contra de las pretensiones de la parte demandante, demuestra que sí es posible repetir contra aquellos funcionarios que, aprovechándose de su posición y con conocimiento de la legislación referente a la contratación estatal, deciden hacer caso omiso o extralimitarse a las directrices que se han impartido.

Esta hipótesis va dirigida a proponer que, además de la diligencia que debe efectuarse en cuanto a la vigilancia y control de cada una de las entidades estatales, las capacitaciones pertinentes y el examen de la necesidad de más personal de planta, es idónea una sanción de tipo monetaria que contrarreste las numerosas pérdidas que se dan en cuanto al cumplimiento de las sanciones impuestas por la autoridad judicial referente a indemnizaciones cuando se declara el contrato realidad, claro está, cuando se den los elementos subjetivos y objetivos que constituyen a la acción de repetición. Es necesario que, a la hora de instaurar esta acción, se tenga una carga probatoria lo suficientemente convencible para que de una repercusión en contra de estos agentes estatales que no quieren acatar la normatividad, y que con su actuar irregular solo perjudican a la administración pública misma.

Consecuentemente a las sanciones ya establecidas para este tipo de actuar, aparte de una posible acción de repetición, es menester el actuar proactivo de los órganos que poseen la capacidad de ejercer actos de control y vigilancia, no sólo en cada caso en particular, sino en realizar una retro inspección en conjunto de las condenas efectuadas por la jurisdicción contencioso administrativa en contra de cada una de las entidades estatales existentes, y así mismo de los funcionarios que no están realizando su labor en debida forma, pero que siguen operando igualmente a pesar de haber sido capacitados, para, si es necesario, realizar un

cambio en la nómina con personal capacitado y eficiente que no se disponga a contravenir la legislación colombiana, debiendo ser esta última alternativa la última ratio, porque el fin principal de estas disposiciones es que la administración y función pública avance en sus labores de manera impoluta.

Así mismo, como bien se estableció, debe actuarse a fin de poder suplir la necesidad existente de ampliar el personal de planta a fin de contar con el equipo necesario que pueda, en efecto, cumplir con la misión y los deberes propios de cada entidad del Estado, evitando a toda costa el desgaste judicial.

No debe dejarse de lado aquellos comportamientos que, más allá de una actual necesidad o desconocimiento, pueden llegar a ser efectuados de manera dolosa o con culpa grave por algunos servidores públicos, si llegase a probarse, que hacen parte de las diferentes entidades estatales, quienes actúan en contra de lo legislado y los pronunciamientos jurisprudenciales de común conocimiento a fin de evitar el pago de acreencias laborales y demás posibilidades. Frente a estos comportamientos reprochables, deben seguir adelantándose las investigaciones pertinentes, toda vez que la carga por el reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado es inaceptable, y quierase o no, representan una de las realidades más dolorosas del país, que es el desconocimiento y no acatamiento de las leyes, que solo conllevan a la corrupción.

Este texto abarcó la investigación correspondiente al Contrato administrativo de prestación de servicios y las consecuencias directas del reiterativo ocultamiento de las relaciones laborales mediante esta figura contractual que desembocan en el reconocimiento, por parte de la autoridad judicial competente, del denominado contrato realidad. Demostrando que los perjuicios generados por aquellos que no cumplen las directrices establecidas por el Legislador y por las altas Cortes, pueden ser mitigados mediante herramientas que ya se tienen a disposición, pero que no poseen un despliegue eficiente.

5 Conclusiones

El Estatuto General de Contratación Estatal de la administración pública o Ley 80 de 1993, faculta a las diferentes entidades del Estado a celebrar con terceros el denominado contrato administrativo de prestación de servicios, a fin que se lleven a cabo labores que no puede realizar con el personal planta, propias de cada entidad, modalidad contractual que de manera desmesurada se ha utilizado, generando perjuicios tanto a los trabajadores como a la administración y función pública al no ajustarse a los elementos propios del contrato.

A pesar de los diversos pronunciamientos efectuados tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, donde de manera clara y concreta se establecieron los elementos que componen al contrato administrativo de prestación de servicios: temporalidad, excepcionalidad y sobre todo la autonomía de la cual se encuentra revestido el contratista, actualmente la equivocada utilización de este tipo contractual no cesa, y la simulación de relaciones laborales mediante esta figura contractual se han vuelto una práctica común.

Esta modalidad contractual, ha llevado consigo diversos perjuicios, desde el desconocimiento del régimen de contratación estatal, de múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública, el régimen laboral, el régimen presupuestal y finalmente el detrimento patrimonial del Estado, este último reflejado en las indemnizaciones generadas frente a la declaración del contrato realidad, siendo estas por concepto de las acreencias laborales que dejó de percibir el contratista, bajo la modalidad de prestación de servicios y como consecuencia de las labores que debió efectuar, en donde subyacen los elementos esenciales del contrato de trabajo conforme a lo establecido por la legislación laboral.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, toma entonces un papel fundamental frente al denominado contrato administrativo de prestación de servicios, pues con base en esta afirmación, frente a la que se hace un enfoque de la desnaturalización de los elementos propios del vínculo contractual, llevando a la autoridad judicial a fallar a favor de las pretensiones del demandante, a quien previamente el contratante le debió negar el reconocimiento de las acreencias laborales solicitadas.

Ni las disposiciones legales y jurisprudenciales, ni las diversas medidas adoptadas por el Gobierno Nacional a lo largo de los diversos mandatos, parecen ser suficientes, pues a pesar de ser claras, delimitantes y concisas, esta incorrecta práctica contractual no cesa. Es por lo anterior, que se debe actuar a fin de mitigar el impacto negativo generado por las diferentes entidades del Estado, por el no acatamiento de estas directrices, teniendo en cuenta que son *erga omnes*, y por lo tanto, una entidad que representa directamente al Estado colombiano no debería incurrir en dichas faltas.

En principio y conforme a la facultad de vigilancia y control de cada una de las entidades, debe realizarse un seguimiento eficaz a todo el proceso contractual, esto quiere decir, que, a partir de la celebración del contrato, su ejecución y finalmente su culminación, las labores efectuadas por el contratista, o sea quien presta el servicio, se encuentren en relación con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Las funciones de la Oficina de Control interno o sus similares, serían el filtro ideal con el cual se evite cualquier tipo de omisión o extralimitación que conlleve cualquier tipo de indemnización, por lo cual, es deber de cada entidad, en principio, reforzar esa facultad, cumpliendo con los parámetros ya puestos de presente por el Consejo de Estado, en el sentido de realizar un seguimiento completo y detallado a la forma en que el contrato se está desarrollando, evidenciando, si es posible, desde un primer escenario, las omisiones y/o extralimitaciones que dan paso a la problemática tratada en este documento.

Como respuesta a la problemática frente a la cual se dio desarrollo, es necesaria la aplicación de sanciones correspondientes a fin de mitigar el desgaste judicial causado por la omisión o extralimitación del contratante repitiendo contra él, cuando la comisión de su conducta se vea influenciada por dolo o culpa grave, teniendo en cuenta que los controles ya establecidos por el legislador no son ejecutados. Todo con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, que como se sabe, no es opcional, por el contrario, es de obligatorio cumplimiento.

Es claro entonces, que de igual manera debe brindársele al personal de planta las capacitaciones necesarias para comprender de fondo lo constituido por el legislador en cuanto a la materia, porque claramente el contratante en todos los casos no es abogado y sus omisiones o extralimitaciones pueden verse ligadas a este motivo. No obstante, como ultima ratio, y siendo una medida drástica, se debe optar por el cambio de personal de planta frente a aquellos servidores, quienes viéndose ya inmersos en alegaciones de este tipo, sigan incurriendo en estas prácticas contractuales, bajo la premisa que no cumple con sus labores, y como resultado de su actuar sigue perpetuando los perjuicios que hoy día debe hacerse cargo Colombia como Estado.

La simulación de las relaciones laborales, mediante la implementación del contrato administrativo de prestación de servicios, evidencian que a pesar de los esfuerzos realizados por el Gobierno Nacional, las medidas adoptadas, no han dado los resultados esperados, y en consecuencia, el ordenamiento jurídico sigue siendo desconocido, entonces, son necesarias políticas más fuertes y estrictas, a fin de cumplir la función del Estado Social de Derecho, en el que las personas son su esencia, garantizando sus derechos como es la dignidad humana, sin obtener ventaja de la posición dominante por la situación económica política y social que vive nuestro país.

6 Bibliografía

- Benavides, J. (2010). Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación al contrato realidad. *Revista Derecho del Estado*(25), 85- 115.
- Colombia Congreso de la República. Ley 1438. (2011). *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá : D.O. No. 47.957 de 19 de enero de 2011.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá: D.O 40995-1.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 100. (1993). *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: D.O. No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 201. (1995). *Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá : D.O. No. 41.950, de 2 de agosto de 1995.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 64. (1946). *Por la cual se reforma y adiciona la Ley 6 de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social*. Bogotá : D.O. No. 26.317, del 30 de diciembre de 1946.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 678 . (2001). *Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición*. Bogotá : D.O. No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 72. (1931). *Por la cual se reforma la Ley 57 de 1926 sobre descanso dominical*. Bogotá : D.O. No 21.706, de 2 de junio de 1931.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 789. (2002). *Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del código sustantivo de trabajo*. Bogotá : D.O. 45046 de diciembre 27 de 2002 .
- Colombia. Congreso de la República. Ley 790. (2002). *Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República*. Bogotá : D.O. No. 45.046 de 27 de diciembre de 2002.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 80. (1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá .
- Colombia. Congreso de la República. Ley 87. (1993). *Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones*. Bogotá : D.O. No. 41.120, de 29 de noviembre de 1993.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 909. (2004). *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. Bogotá : D.O. No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004.

- Colombia. Congreso de la República. Ley 91. (1989). *Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*. Bogotá : D.O. No 39.124 de 29 de diciembre de 1989.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00020. (2016). *Demanda contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca*. Bogotá : C.P. Gerardo Arenas Monsalve.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00117. (2018). *Demanda contra Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Indeportes Córdoba)*. Bogotá : C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00260. (2016). *Sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá : C.P. Carmel Perdomo Cuéter.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 00799. (2018). *Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984*. Bogotá : M.P. César Palomino Cortés.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 2011-00142. (2014). *Contrato realidad-Prestaciones. El derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral*. Bogotá : C.P Luis Rafael Vergara Quintero.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 201400011. (2018). *Nulidad y restablecimiento del derecho. Contrato realidad. Demandado: Municipio de Pereira*. Bogotá : C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 2820-14. (2016). *Acción de nulidad y restablecimiento del derecho Decreto 01 de 1984*. Bogotá : C.P. Gabriel Valbuena Hernández.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5. (2016). *Nulidad y restablecimiento del derecho*. Bogotá: C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia nº 41001-23-31-000-2010-00195-01. (2016). *Acción de repetición (Apelación sentencia)*. Bogotá: M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154. (1997). *Norma acusada: Numeral 3o. - parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa"*. Bogotá : M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171. (2012). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud*. Bogotá : M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-555 . (1994). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 (parcial) y 16 (parcial) de la Ley 60 de 1993 "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencia de conformidad con*

los artículos 151 y 288 de la Constitución Política . Bogotá : M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614. (2009). *Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968*. Bogotá : M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-792. (2006). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º (parcial) de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo*. Bogotá : M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-040. (2018). *Acción de Tutela instaurada por María Eugenia Leyton Cortés contra la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá*. Bogotá : M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-049. (2017). *Acción de tutela presentada por Ángel María Echavarría Oquendo contra Inciviles S.A*. Bogotá : M.P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-448. (2016). *Acción de Tutela instaurada por Martha Patricia Martínez Pinzón, contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B*. Bogotá: M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-501. (2004). *Acción de tutela instaurada por Solangel Orjuela Díaz contra el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. – Seccional Bogotá*. Bogotá : M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-903. (2010). *Acción de tutela instaurada por Gilmer Sierra García contra el Municipio de Montenegro, Quindío*. Bogotá : M.P. Juan Carlos Henao Pérez .
- Colombia. Ley 84. (1873). *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Santa fé de Bogotá : D.O. AÑO IX. N. 2867. 31, mayo, 1873.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1537. (2001). *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 87 de 1993 en cuanto a elementos técnicos y administrativos que fortalezcan el sistema de control interno de las entidades y organismos del Estado*. Bogotá : D.O. julio de 2001.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1950. (1973). *Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*. Bogotá : D.O. No 33.962, del 5 de noviembre de 1973.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 262. (2000). *Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General*. Bogotá : D.O. No 43.904, del 22 de febrero de 2000.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2663. (1950). *Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá: D.O. No 27.622, del 7 de junio de 1951.

- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4108. (2011). *Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo*. Bogotá: D.O. No. 48.241 de 2 de noviembre de 2011.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 222. (1983). *Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: D.O. No. 38.650, del 11 de enero de 1989.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 2277. (1979). *Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*. Bogotá : D.O. No. 35374 de 22 de octubre de 1979.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 3074. (1968). *Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968*. Bogotá : D.O. 32686 de enero 16 de 1969.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 3135. (1968). *Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*. Bogotá : D.O. 32647 del 16 noviembre de 1968.
- Colombia. Procuraduría Genenal de la Nación. Resolución 456. (2010). *Por medio de la cual se fijan políticas y se definen aspectos relevantes de la actuación preventiva integral que las dependencias competentes de la Procuraduría General de la Nación, realizan sobre la gestión contractual de las entidades públicas*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1474. (2011). *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Bogotá: D. O. No. 48.128 de 12 de julio de 2011.
- Departamento Administrativo de la Función Pública . (noviembre de 2012). *Cartillas de Administración Pública*. Obtenido de DAFP: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/archivos/1476380742_10daf526532d495a693ec4ac5075fa28.pdf
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (1 de septiembre de 2014). *Concepto 11461*. Obtenido de Gestor Normativo: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=63621>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (11 de abril de 2016). *Concepto 74771* . Obtenido de Gestor Normativo : <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77352#:~:text=Los%20servidores%20p%C3%BAblicos%20est%C3%A1n%20al,p%C3%BAblicas%20y%20regular%C3%A1%20su%20ejercicio.%E2%80%9D>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (14 de febrero de 2019). *Concepto 44171*. Obtenido de Gestor Normativo : <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=91422>

- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (17 de julio de 2006). *Respuesta a la consulta radicada bajo el número 17686 de 2006*. Obtenido de DIAN : <https://www.incp.org.co/Site/2006/InfoINCP/t48.htm>
- Guarín, A. (2011). *Manual de Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo. (14 de julio de 2017). *Sentencia 088 - Nulidad y restablecimiento del derecho (Contrato realidad)*. Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2370869/13807039/2015+-+00017+NR-+E.S.E.++CONTRATO+REALIDAD.pdf/0fe0f5e2-42ea-46e2-a60d-a997b0bce115>
- León, H. (2015). Alcance del elemento subordinación en el contrato realidad: construcción de una línea jurisprudencial de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. *Cuadernos de Maestría en Derecho*(4), 151- 197.
- Olano, H. (2009). *Preguntas y respuestas de derecho constitucional colombiano y teoría general del Estado*. Bogotá : Ediciones Doctrina y Ley.
- Portafolio . (31 de enero de 2020). *El desempleo aumentó en Colombia en 2019*. Obtenido de Portafolio : <https://www.portafolio.co/economia/tasa-de-desempleo-en-colombia-2019-supero-10-desempleo-537638>
- Procuraduría General de la Nación . (2015). *¿Cómo ejercer control sobre la gestión contractual del Estado colombiano?* Obtenido de PGN: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/guiacontrolcontratacionestatal2014%202015.pdf>
- RCN Radio . (12 de febrero de 2020). *Colombia cerró el 2019 con una tasa de informalidad del 47%*. Obtenido de Economía : <https://www.rcnradio.com/economia/colombia-cerro-el-2019-con-una-tasa-de-informalidad-del-47>
- Real Academia Española . (2001). *Definición de trabajo* . Obtenido de RAE: <https://www.rae.es/drae2001/trabajo>
- Vidal, J., & Molina, C. (2016). *Derecho Administrativo*. Bogotá : Editorial Legis.
- Younes, D. (2013). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Editorial Themis.