

**DESARROLLO ACTUAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA
NORMATIVA QUE LO REGULA.**

ESTUDIANTE

JAIRO ANDRÉS CÁRDENAS VARGAS

TUTORA

SANDRA MARCELA CASTAÑEDA CASTAÑEDA

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSTGRADOS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ, D.C

2016

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	¡Error! Marcador no definido.
INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I. PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA.....	7
1.1. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN	7
1.2. DEFINICION DEL PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	7
1.3. HIPOTESIS.....	9
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	10
1.5. OBJETIVOS.....	12
1.5.1. OBJETIVO GENERAL	12
1.5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	12
1.6. MARCOS DE REFERENCIA:.....	13
1.6.1. MARCO CONCEPTUAL:	13
1.6.2. MARCO TEORICO.....	17
1.6.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.....	23
CAPITULO II. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.	26
CAPITULO III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	34
3.1. LINEAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	34
3.2. LINEAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO.	40
CONCLUSIONES	46
REFERENCIAS	49

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, consistió en desarrollar un estudio del contrato de prestación de servicios en la administración **pública, a partir de su implementación como forma de vinculación de personal en el desarrollo de las funciones del aparato estatal, para lo cual se estudió con detenimiento el concepto que la Ley le ha asignado** y los recientes pronunciamientos jurisprudenciales emitidos frente al tema, encontrando que el mismo viene siendo desnaturalizado en el actual diario, situación que conlleva a que la vinculación del personal de las diferentes entidades públicas se efectúe bajo la denominación de Contrato de Prestación de Servicios, aun cuando las condiciones de hecho en las que se desarrolla la relación laboral, no se acompasa con las características que la Ley ha establecido para esta forma de contratación.

PALABRAS CLAVES:

Contrato, prestación de servicios, subordinación, Administración Pública, Estado, prestaciones sociales, igualdad.

INTRODUCCIÓN

El contrato de prestación de servicios con la Administración Pública, ha generado diversas problemáticas de carácter jurídico; por lo que es necesario abordar su estudio en aras de establecer las razones que han dado lugar a la pérdida y transformación de su esencia y lograr que éste sea una de las principales formas de vinculación con el Estado para satisfacer las necesidades que la administración propende para su ejercicio práctico y el cumplimiento de sus funciones.

Ahora bien, el principio de la primacía de la realidad provoca cambios en la estructura de las categorías de vinculación laboral como es el caso del contrato de prestación de servicios, con el objeto de salvaguardar el contrato laboral, por lo cual se debe revisar si tal instrumento jurídico se torna eficiente y suficiente a la hora de salvaguardar los derechos laborales de las personas contratadas por medio de Contratos de Prestación de Servicios.

El contrato de prestación de servicios fue implementado en el Ordenamiento Jurídico Colombiano como un instrumento de la administración a efectos de que la misma pudiera cumplir con sus fines. Sin embargo, esta forma de vinculación laboral ha sido utilizada por entes oficiales para desnaturalizar el contrato laboral y consecuentemente convertir el carácter excepcional de su utilización en la administración, como regla general.

Define nuestra legislación que en ningún caso el contrato de prestación de servicios genera una relación laboral ni prestaciones sociales, con lo cual se establece una categoría distinta para vincular personas a la administración de manera transitoria a través de una relación contractual, más no laboral. En las entidades estatales el contrato de prestación de servicios en principio debe utilizarse de forma excepcional y transitoria en los eventos en que no es posible realizar las

funciones con el personal de planta o en que se requieran conocimientos especializados, mientras se crea el respectivo empleo en la planta de personal. (Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, abril 21 de 2003).

Lo anterior ha traído constantes debates en sede jurisdiccional, en el sentido que según los preceptos constitucionales la función pública se debe ejercer a través de empleados públicos debidamente nombrados y posesionados, con funciones detalladas en una ley o reglamento, lo que se ve vulnerado o totalmente desnaturalizado en la realidad práctica de cada una de las entidades estatales.

Para dirimir lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia acuñaron el principio de la primacía de la realidad sobre las formas pactadas por las partes en las relaciones de trabajo (Const. Colombia, Art. 53, 1991), según el cual debe aceptarse la configuración de la relación laboral cuando en ella aparezcan sus notas esenciales, sin reparar en la voluntad de las partes o en la denominación que ellas han querido dar.

El citado principio es expresión de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, pues por encima de las denominaciones utilizadas por los contratistas para definir la clase de relaciones que los unen, se debe entrar a examinar la realidad fáctica que la configuran y con base en ello, determinar las normas que le son aplicables.

De lo expuesto surge la necesidad de observar los cambios sustanciales que ha traído consigo el desarrollo legal en lo relacionado con el contrato de prestación de servicios en lo referente a las condiciones laborales que ostentan los contratantes y principalmente el estado de cosas actual en cuanto al principio de la primacía de la realidad y en general los mecanismos de protección y los medios judiciales a los que pueden acudir a efectos de la protección de sus derechos.

Todo lo anterior, en busca de establecer si las soluciones de carácter jurídico que se han planteado referente al tema objeto de estudio, han logrado acompasarse con el modelo de Estado Social de Derecho, que proclama ser el Estado Colombiano, en su Carta Política.

CAPITULO I. PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho para la convivencia y la inclusión social. Contratación Administrativa.

1.2. DEFINICION DEL PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

La figura del contrato de prestación de servicios fue introducida de vieja data en el ordenamiento jurídico nacional, sin embargo, dicha forma de contratación, juega un rol fundamental en el desarrollo de la función administrativa hasta nuestros tiempos, siendo así como, en la actualidad se erige como unos de los principales medios de vinculación laboral del personal de las entidades públicas.

En tratándose de la celebración de este tipo de contratos con personas naturales, establece la normativa vigente que solamente se podrán celebrar “*cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados*” (Ley 80, Art. 32, 1993), lo que quiere decir que adquiere una connotación excepcional, esto es, siempre que se requiera de personal adicional al de planta o cuando la administración requiera de personal con conocimientos especializados, aquella podrá acudir a este tipo de contratación.

Empero, el contrato de prestación de servicios, ha generado diversas controversias jurídicas, ya que su utilización en el campo de la contratación parece ser excesiva, generando de ésta manera, el desvío del espíritu de la norma antes mentada, y serias consecuencias de carácter prestacional y económico a quienes indebidamente son contratados por éste instrumento contractual, pues al tenor de la normativa que lo regula, éste no genera relación laboral alguna y por ende tampoco genera prestaciones sociales.

Ahora bien, se observa que el concepto que el artículo 32 de la Ley 80 otorga al contrato de prestación de servicios, no parece per se una trasgresión a los derechos laborales de quienes son contratados por este medio, ni supone una inadecuada figura contractual; pues la finalidad del mismo está definida, al establecer que los contratos que se celebren con personas naturales, se realizarán siempre que se requiera de servicios que la planta de personal del ente respectivo no pueda desarrollar tal actividad o que se requieran de conocimientos especializados, no obstante, se puede advertir que la utilización que el aparato estatal le da en la actualidad no se acompaña con su estructuración, situación que pone en evidencia consecuencias nocivas en materia laboral.

En razón de lo anterior, y a través del presente estudio se ha planteado el problema del desarrollo actual del contrato de prestación de servicios por parte de las entidades públicas nacionales a la luz de la normativa que lo regula, para lo cual se tuvo en cuenta las características especiales que tiene el Contrato de Prestación de Servicios en la legislación colombiana, a partir de su definición, en contraste con la implementación que los entes estatales le vienen dando.

Al respecto, mediante el presente estudio se procedió a analizar los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al estudiar el tema de vinculaciones laborales que si bien pueden revestir de un carácter eminentemente técnico y/o profesional, denotan la tergiversación de esta figura jurídica, como quiera que las actividades objeto de desarrollo no reúnen en muchos casos los elementos necesarios para darles tal denominación, al ser actividades que el ente estatal requiere con carácter permanente para el desarrollo de sus funciones.

1.3. HIPOTESIS

Las características especiales que tiene el Contrato de Prestación de Servicios en la legislación colombiana, a partir de la definición que de éste hace la Ley 80 de 1993 permite que el Estado pueda realizar actividades propias que no puede cumplir con su planta de personal y es una forma adecuada para satisfacer los principios del Estado, teniendo presente que al ser éste contrato una forma excepcional de vinculación laboral, no puede convertirse en la regla general.

La definición que el artículo 32 de la Ley 80 otorga al contrato de prestación de servicios, no parece per se una trasgresión a los derechos laborales de quienes son contratados por este medio ni supone una inadecuada figura contractual; por el contrario, la finalidad del mismo está adecuadamente definida al establecer que los contratos que se celebren con personas naturales, se realizarán, por el término estrictamente necesario, siempre que se requiera de servicios que la planta de personal del ente respectivo no pueda desarrollar o de personal con conocimientos especializados, no obstante, lo que genera las problemáticas de carácter laboral evidenciadas a raíz de su implementación inadecuada, surgen precisamente en razón de la desnaturalización de la que viene siendo objeto ésta forma contractual, que en razón del uso excesivo que le vienen dando las entidades del Estado, tiende a mutar el fin para el cual ha sido estructurado, transformándose quizá en un mecanismo de contratación con sujeción laboral, como se analizará en el presente estudio.

1.4. JUSTIFICACIÓN

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 se abre un nuevo camino hacia la constitucionalización del derecho administrativo, es por esta razón que esos principios constitucionales como el de Legalidad, buena fe que subsume la confianza legítima, seguridad jurídica y otros, cobran una gran importancia en esta nueva regulación respecto de las relaciones entre el Estado y sus administrados.

La de legalidad en los actos administrativos, es un principio que se presume en las actuaciones de la administración, por esta razón entienden los administrados que cuando la administración decide crear una norma reguladora de derechos, lo hace dentro de unos marcos de garantía, respeto y protección de derechos de las personas hacia quienes va dirigido. En este orden de ideas, se entiende que se hace un estudio minucioso y legal de las decisiones que se pretende nazcan a la vida jurídica dirigidos a crear y regular derechos y obligaciones, por lo tanto, no es dable que con posterioridad a declarar nulo un acto que ya está siendo aplicado a un grupo de personas, intempestivamente sea sacado del mundo jurídico causando así flagrantes vulneraciones a derechos fundamentales de ese grupo de población al cual se le aplicaba y no hacer un pronunciamiento o una medida transitoria que proteja esos derechos, sino que el administrado deba asumir una carga que no le corresponde y soportar que sus derechos sean revocados o queden suspendidos hasta que nuevamente haya una regulación que le permita acceder a estos o eventualmente reconocidos con una norma anterior que no cuente con las mismas condiciones de favorabilidad que las que ese militar creía le serian reconocidos sus derechos.

Así mismo, y teniendo en cuenta que una de las medidas tomadas para atender la contingencia generada con la nulidad, fue la de revocar los actos administrativos de reconocimiento de asignación de retiro es evidente la vulneración del principio de confianza legítima, pues no se puede desconocer que cuando los administrados son titulares de derechos adquiridos o de situaciones particulares y concretas debidamente consolidadas, abrigan la justificada confianza de que unos y otras van a mantenerse y respetarse hacia el futuro. Puede decirse entonces, que la más legítima de las expectativas es la que se funda en la titularidad de un derecho adquirido o de una situación consolidada que ya forma parte del patrimonio de una persona. Por lo tanto, cuando el Estado vulnera los derechos adquiridos y quebranta la estabilidad de dichas situaciones, en el fondo está defraudando también la confianza de los administrados. En este orden de ideas, cuando se realiza la revocatoria de los actos administrativos de alcance individual se considera que es una de las principales causas de quebrantamiento de la confianza legítima. Por lo tanto, la revocatoria o retirada de esas decisiones que ya jugaron un papel en el plano jurídico al permitir la consolidación de situaciones subjetivas de carácter favorable defraudan la confianza legítima de quienes de buena fe han creído en la regularidad y estabilidad de ellas.

En consecuencia, como establece el autor García (2005), cuando la administración profiere un acto administrativo está fijando el derecho en el caso concreto, de tal suerte que el administrado, fundándose en el principio de seguridad jurídica, está llamado a confiar en la actuación administrativa y en la estabilidad de las decisiones favorables dictadas por las autoridades. Ahora, si la administración decide revocarlas por reputarlas contrarias a derecho, o peor aún, cuando decide hacerlo movido por el capricho y la arbitrariedad, está incurriendo en un comportamiento desleal, incoherente y contradictorio, que atenta contra la seguridad jurídica.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar la figura del Contrato de Prestación de Servicios en materia de contratación pública, su actual aplicación en nuestro ordenamiento jurídico y las posibles alternativas y/o soluciones frente a las problemáticas acaecidas a raíz de la utilización de dicha forma de contratación.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

Realizar un estudio casuístico tendiente a verificar si existe en Colombia una desnaturalización del Contrato de Prestación de Servicios.

Estudiar la normativa del Contrato de Prestación de servicios, estableciendo las transformaciones conceptuales de dicha forma contractual, teniendo como referentes primarios la Ley 80 de 1990 y la Constitución Política de Colombia.

Establecer a partir de la regulación normativa del contrato de Prestación de Servicios, las condiciones en las que se debe desarrollar dicha figura contractual.

Plantear posibles alternativas encaminadas a solucionar y evitar la transformación de la ejecución del contrato de prestación de servicios.

1.6. MARCOS DE REFERENCIA:

1.6.1. MARCO CONCEPTUAL:

A la hora de analizar el marco conceptual que guiará el presente documento es pertinente contemplar lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que dispone:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Ley 80, art. 32, 1993).

De la anterior definición se desprende que el contrato de prestación de servicios está destinado a desarrollar actividades que incumben a la administración o el funcionamiento de los entes estatales. Igualmente se observa a partir del citado precepto normativo, que las personas naturales pueden celebrar con el Estado ésta clase de contratos, siempre que la actividad objeto del mismo, no pueda ser desempeñada por la planta de personal de la respectiva entidad o requiera de conocimientos especializados.

Más allá de lo anterior, dispone la Ley que el mismo debe ser celebrado por el término estrictamente indispensable, lo que quiere decir, que reviste de un carácter eminentemente temporal y excepcional.

Al respecto, señala Conrado (2005 p. 53) que:

El contrato de prestación de servicios es un instrumento de gestión para vincular personas naturales al servicio, con carácter temporal y para el cumplimiento de determinados cometidos, o para convenir con personas jurídicas unas obligaciones específicas, encaminadas siempre a satisfacer necesidades de interés general.

Finalmente, se advierte que en razón de su naturaleza jurídica, éste no genera erogaciones prestacionales, pues no corresponde a una relación de tipo laboral.

De otro lado, la Corte Constitucional ha manifestado que:

Un contrato de prestación de servicios es la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.” (Corte Constitucional, Marzo 19 de 1997).

Aunado a lo anterior, mediante sentencia del 16 de mayo de 1991, proferida por el Consejo de Estado, sección primera, expediente 1323, se aclaró que a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse como contrato de Prestación de Servicios, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y la concepción tradicional que se ha tenido de aquel, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto y que han sido reconocidas por el Estado. (Gerencie.com, 2012).

En Principio es de gran importancia realizar la diferenciación entre el contrato laboral y el de prestación de servicios, pues a raíz de ello se puede determinar cuándo hay lugar o no a la

configuración de una relación laboral de la cual se desprenden beneficios de carácter prestacional.

Dispone el Código Sustantivo de Trabajo que para que se configure un contrato laboral la relación que de él emana debe contener los siguientes elementos:

- La prestación personal
- El pago de una remuneración
- La subordinación

La prestación personal del servicio, conlleva a que solamente quien adquiere las obligaciones derivadas del vínculo laboral puede desarrollar las actividades inherentes a dicho vínculo.

La remuneración, es la retribución de carácter pecuniario que recibe el trabajador encargado de la prestación del servicio y por su parte, la subordinación refiere el carácter de sujeción del trabajador frente a su empleador, frente a las condiciones de desarrollo del contrato.

Y es precisamente ésta última caracterización, la que le otorga autonomía al contrato de prestación de servicios frente al contrato de trabajo, puesto que en aquel también se encuentran presenten los elementos de prestación personal y remuneración, razón por la cual, el análisis que se haga en este punto, debe centrarse en la subordinación que pueda o no hacer parte en el desempeño de las funciones de la persona a cargo de la cual se encuentre la obligación del desarrollo de las actividades contratadas.

En este mismo sentido, ha precisado Benavides que:

Las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral han sido caracterizadas de manera reiterada por la jurisprudencia. De los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo, esto es: la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador, los dos primeros son comunes a la prestación del servicio, cuando el contratista es una persona natural. Por el contrario, el tercer elemento, la subordinación, constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación. El contratista de prestación de servicios ejecuta las tareas a él confiadas con la autonomía propia de un empresario o de un profesional independiente. (2014, p. 331).

Así, frente al elemento diferencial de los contratos que se vienen comentando, ha manifestado la Corte Constitucional:

La subordinación ha sido entendida por esta Corporación como la existencia de una relación jurídica de dependencia, la cual se manifiesta principalmente entre trabajadores y patronos, o entre estudiantes y profesores o directivos de un plantel educativo. (Corte Constitucional, febrero 5 de 2016).

En ese mismo orden, y para tratar de diferenciar el contrato laboral del de prestación de servicios, el Consejo de Estado introdujo el concepto de coordinación contractual, para determinar los casos en los cuales se ven configurados o no los elementos del contrato de trabajo, haciendo énfasis en el carácter demostrativo que le incumbe a quien pretenda alegarlo, para lo cual, dicha corporación ha señalado que

Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. (Consejo de Estado, noviembre 13 de 2014).

Desde ésta perspectiva y teniendo en cuenta los aspectos antes referenciados, se desarrollará el presente estudio, observando el trato que la jurisprudencia, la doctrina y la Ley vienen dando a la problemática presentada en torno a la transformación de la figura contractual de prestación de servicios.

1.6.2. MARCO TEORICO

Diversos autores han abordado el estudio del contrato de prestación de servicio, evidenciando las problemáticas que surgen a partir de su implementación en los entes estatales, así como las posibles causas que ponen de presente la tergiversación de dicha figura contractual.

Al respecto, (Manotas & Gómez, 2010), en su proyecto de investigación “Las incidencias fiscales y laborales de los contratos de prestación de servicios con duración mayor de un año en el distrito de Barranquilla” abordaron un análisis de las diversas formas de vinculación de personas naturales a la Administración Pública, a saber, la legal y reglamentaria, el contrato de trabajo de trabajador oficial y los contratos de prestación de servicios, estableciendo los puntos

diferenciales y convergentes, que postulan una reflexión sobre el desarrollo de cada uno de estos contratos.

En su documento, se señala que el principio constitucional de la primacía de la realidad, abre paso para que las circunstancias de hecho que dan origen a una relación jurídica – contractual, sean suficientes para determinar si de aquellas emana el denominado contrato realidad, puesto que tales situaciones de facto prevalecen sobre las formalidades que hayan establecidos en el respectivo contrato. Para el efecto, afirman los autores que debe tenerse en cuenta que siempre deben converger los elementos esenciales del contrato de trabajo, cuales son, la prestación personal del servicio, la subordinación del empleado respecto del empleador y la remuneración retributiva de la labor desempeñada.

En igual sentido, tratan de establecer los rasgos distintivos entre contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo, indicando que a pesar de tener en común la prestación de un servicio de carácter eminentemente laboral, el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo encuentran marcadas diferencias estructurales, así como en los efectos jurídicos que emanan de cada cual, siendo así como el contrato de prestación de servicios, según lo expresado por los autores, se desarrolla dentro de un marco de autonomía e independencia, encontrándose además el contratista con la posibilidad de celebrar simultáneamente diferentes relaciones negociales, mientras que en el contrato de trabajo, el empleado se encuentra en situación de subordinación en el desarrollo de sus funciones, frente a su empleador, aunado a que por regla general, éste, se ve ante la imposibilidad de ejecutar contratos de manera simultánea.

De igual manera, manifiestan que tal como el legislador ha concebido el contrato de prestación de servicios, éste debe ser desarrollado en una duración limitada, por lo que reviste de un carácter temporal, mientras que en la relación de trabajo, se entiende que el empleado goza de la prerrogativa de estabilidad laboral, en el ejercicio de sus funciones, teniendo en cuenta además, que la ejecución del contrato estatal de prestación de servicios está privado de la causación de prestaciones sociales, emolumentos que se encuentran presentes en el contrato laboral.

Por otro lado, los autores expresan que en punto de las controversias suscitadas en torno a una de tales relaciones contractuales, debe acudir al Juez competente según corresponda, esto es, a la jurisdicción laboral para dirimir las diferencias derivadas del contrato de trabajo, y a la contenciosa administrativa, cuando se trate de la prestación de servicios profesionales.

Finalmente, concluyen que si bien es cierto, tanto el contrato laboral como el de prestación de servicios guardan una estrecha relación, se hace necesario determinar en cada caso concreto, las circunstancias factico-jurídicas en el que se desarrolla, y de esta manera, posicionar cada una de ellas en el marco que corresponda, teniendo en cuenta los principios constitucionales y legales que los rigen difieren sustancialmente.

Por su parte, Menjura, Guerrero, Silva & Witt (2014), en su trabajo de grado estudiaron el tratamiento jurisprudencia para el reconocimiento del contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia en los años 2011 a 2014, planteando que para la Corte Constitucional es fundamental el reconocimiento de los derechos que han sido adquiridos dentro de una relación laboral, superando los aspectos técnicos de los contratos para el reconocimiento

de los derechos de los trabajadores, a través de la aplicación del principio de la primacía de la realidad.

En esta ocasión, se tuvo el propósito de identificar las características del contrato de trabajo y su aparición en la historia, diferenciando el contrato de trabajo individual con el contrato de prestación de servicios y examinando los mecanismos que pueden ser utilizados para comprobar el principio de primacía de la realidad frente a la simulación en la contratación laboral, de conformidad el precedente constitucional.

En efecto, señalaron los autores que el contrato de trabajo cuenta con ciertas características que lo identifican y que dan lugar una relación de trabajo, dentro de lo cual encontraron:

- a) La actividad laboral que despliega el trabajador dentro o fuera del establecimiento donde se desempeña; Esta actividad debe ser lícita y puede ser profesional, técnica o informal, enmarcada en una actividad económica en la sociedad.
- b) La subordinación del trabajador frente a su empleador para el cumplimiento de las funciones a desarrollar; elemento esencial que permite diferenciar el contrato de trabajo del de prestación de servicios y que radica en la vigilancia y ordenación que ejerce el patrono para controlar el ejercicio de las funciones desarrolladas en la relación laboral.
- c) Remuneración pactada por la prestación del servicio contratado; la cual puede efectuarse mensual, quincenal o por cada jornada trabajada.

Así pues, apostillaron que una vez reunidos dichos elementos, se configura un verdadero contrato de trabajo, en el que las partes adquieren las obligaciones y derechos que deriva dicha relación, todo aquello, teniendo en cuenta que las condiciones en el que se desarrolla deben estar en armonía con los principios constitucionales que protege el Estado Social de Derecho y los Tratados Internacionales de la Organización Internacional de Trabajo, concluyendo que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado el principio constitucional de la primariedad de la realidad frente a las formas o apariencia de la contratación laboral, a fin de que el tipo de contrato y las formalidades que en él se estipulen no impidan que la relación laboral sea reconocida, siempre y cuando concurren los elementos del contrato de trabajo, configurativos de dicha relación, criterios con base en lo cual el fallador debe resolver las controversias que se susciten en este punto.

De otro lado, Benavides (2010), en su obra *Temas de Derecho Administrativo, Contratos Públicos Estudios*, analizó los distintos pronunciamientos jurisprudenciales del que han sido objeto los elementos que componen el contrato de prestación de servicios, frente a la problemática que ha generado la generalización de vinculación del personal en las entidades del Estado.

En su desarrollo, rubricó que la definición misma del contrato de prestación de servicios supone un amplio campo de aplicación, por cuanto se refiere al desarrollo generalizado de funciones de carácter administrativo, frente a lo cual la Ley ha establecido el carácter temporal del desarrollo de éste contrato y las especificidades que deben revestir las funciones contratadas.

Así pues, advierte el autor, que hay lugar a contratar por prestación de servicios, siempre que el objeto del contrato, no pueda ser desempeñado por el personal de planta, pues se supone que su desarrollo impone una labor subordinada, necesaria para el buen funcionamiento del servicio.

Aunado a lo anterior, resalta que la prueba de subordinación laboral, adquiere mayor relevancia con la implementación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, sin embargo, actualmente la configuración de dicho elemento en sede jurisdiccional, debe comprobarse a través de indicios, como lo son, la existencia de un horario, la asignación de turnos de plantilla, la supervisión de las labores desarrolladas, los memorandos de amonestación, el reconocimiento de viáticos, entre otros, encontrándose a cargo de quien pretende la demostración de un vínculo laboral, una ardua carga probatoria, concluyendo que de ser comprobados los elementos que abren paso al contrato de trabajo, al prestador del servicio se le deben reconocer las prestaciones sociales a que haya lugar, no obstante, el mismo no adquiere el estatus de empleado público, en razón a las exigencias constitucionales que se requieren para adquirir tal calidad.

Así mismo, Bohórquez y Conrado, (2009), analizaron los aspectos jurídicos y caracterización del contrato de prestación de servicios frente al contrato de trabajo, encontrando los siguientes rasgos distintivos del contrato de prestación de servicios frente al contrato laboral, según el Estatuto Contractual de la administración pública:

Consolida una obligación de hacer (ejecutar un servicio) a cargo del contratista que la desarrolla en un marco de autonomía, en pro del desarrollo de actividades que involucran en funcionamiento de la entidad contratante, de carácter temporal, y como instrumento

para satisfacer funciones que no puedan ser realizadas por el personal de planta del ente estatal,

Involucra los principios que rigen la contratación estatal, tales como la transparencia, economía, responsabilidad y celeridad, así como los principios generales del derecho y la administración pública,

Adquiere notables diferencias cuando es celebrado por personas naturales, tales como la independencia y autonomía del prestador de servicios, a la hora de ejecutar el objeto contractual, que además lo faculta para celebrar más de esta clase de contratos con la administración, cuya contraprestación genera honorarios y no salario como retribución (sin prestaciones sociales), siendo éste regulado por las disposiciones concernientes al Estatuto General de la Contratación Administrativa y por ende sus controversias resueltas en sede jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo (p. 89.).

Con base en lo anterior, concluyen los autores que es menester establecer los factores que identifican el contrato de prestación de servicios como forma de vinculación con el estado, pues éste reviste de notables diferencias frente al contrato de trabajo, lo que eventualmente permitiría dirimir las frecuentes controversias jurídicas que se dan en torno a la aplicación del principio de la realidad sobre las formas contractuales.

1.6.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Desde el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, se evidencia que el trabajo es un objetivo esencial del Estado Social de Derecho, el cual se ve reforzado con las garantías

establecidas en dicho cuerpo normativo, tales como la libre escogencia de profesión u oficio y la garantía de seguridad social, al punto de llegar a la consagración de los principios fundamentales que rigen la relación de trabajo, tales como la igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil, estabilidad laboral, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, principio de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros.

Por su parte, el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo establece el mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, estatuyendo los requisitos esenciales configurativos del contrato de trabajo como lo son: La actividad personal del trabajador, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional se ha referido a la prohibición que tiene la administración pública para celebrar contratos de prestación de servicios, cuando el fin del cargo esté atribuido a uno de planta, el cual sea esencial para el desarrollo de los fines del Estado, señalando que el contrato de prestación de servicios es un tipo de contratación excepcional, que tiene como fundamento el desarrollo de funciones ocasionales que no hacen parte de las funciones atribuibles al personal permanente. (Corte Constitucional, septiembre 2 de 2009).

Así mismo, analizó los conceptos de primacía de la realidad, la configuración del contrato realidad, en pro de la protección de los derechos al mínimo vital y vivienda digna, concluyendo que al comprobarse los elementos del contrato de trabajo, se deben reconocer los derechos de tipo laboral sobre las formalidades atribuidas a la relación contractual. (Corte Constitucional, julio 12 de 2011).

De su lado, el Consejo de Estado, Máxima autoridad judicial en materia administrativa, ha fijado los parámetros jurisprudenciales, a fin de demostrar la relación laboral de determinado vínculo contractual, para lo cual ha establecido que aparte de los requisitos contentivos del contrato laboral, debe acreditarse la permanencia y similitud de la labor frente a actividades desarrolladas por el personal de planta de la entidad. (Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, febrero 16 de 2012).

CAPITULO II. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Actualmente el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, define los diferentes tipos contractuales, mediante los cuales las entidades del Estado deben desarrollar las actividades necesarias para el ejercicio de sus funciones, dentro de lo cual se encuentra el contrato de prestación de servicios frente a lo cual se estatuyó:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Ley 80, art. 32, 1993).

El primer factor que se debe abordar para el tema que nos ocupa, es el carácter excepcional que la norma contempla para la celebración de ésta figura negocial con personas naturales, debido a que el citado precepto normativo limita este evento al establecer que solamente podrán llevarse a cabo cuando el personal de planta no tenga la capacidad para desarrollar la actividad o cuando se requieran de conocimientos especializados.

Reviste de vital importancia lo anterior, dado que en principio la Ley dispone que la utilidad del contrato se contrae al desarrollo de actividades que tengan relación con la administración o su funcionamiento, lo que de entrada supone un amplio campo de aplicación en el campo de la contratación pública.

Ahora bien, si nos adentramos en el análisis de la definición del contrato de prestación de servicios, encontramos que si bien la generalidad de su aplicación, dispone el Estatuto Contractual de la Administración que además del carácter eminentemente excepcional y técnico que dicho contrato debe soportar, éste debe celebrarse por el término estrictamente indispensable y por tanto, se entiende que cuenta con el carácter de temporalidad, lo que de contera supone que el desarrollo del mismo no puede prolongarse de manera indefinida.

Todo lo anterior cuenta con un sentido lógico, si tenemos en cuenta que el legislador ha querido dotar con un carácter independiente al contrato por prestación de servicios frente al contrato de trabajo, bajo el cual, los empleados públicos que hacen parte de la planta de personal de las entidades del estado desarrollan las actividades inherentes al funcionamiento del aparato estatal en razón de su trascendencia y necesidad de permanencia dentro de la entidad.

Luego entonces, tenemos que ésta clase de contratos adquieren límites de carácter legal, los cuales deben ser cuidadosamente observados al momento de contratar a fin de que sean respetadas las garantías laborales de quienes son vinculados bajo ésta modalidad, teniendo en cuenta las precisas características del que está dotado el contrato de prestación de servicios, como lo son la temporalidad, necesidad, y especificidad que implica su naturaleza jurídica.

Aunado a lo anterior, se debe resaltar que la caracterización que se le ha dado al contrato por prestación de servicios, se deben precisamente a ese carácter de independencia que debe emerger del despliegue de las actividades que son objeto de su utilización, pues es precisamente para el desarrollo de actividades que no requieran de la sujeción del prestador de servicios frente al Estado que éste ha sido contemplado por la Ley.

De otro lado, resulta común que las entidades estatales actualmente vinculen a su personal a través de contrato de prestación de servicios, no siendo esto un inconveniente en sí mismo, pues lo que resulta serlo, es su uso indiscriminado, sin la observancia de las características propias de dicho instrumento contractual, situación que pone en evidencia una notable problemática de carácter laboral, entre otras razones, porque éste contrato no genera la causación de prestaciones propias de una relación de trabajo.

Al respecto, como se indicó en el trabajo de grado de Jiménez, Gallego, Gaitán & García (Buitrago, 2009), se puede evidenciar que algunas entidades públicas del Distrito capital, cuentan con una proporción de ocho contratistas por dos de carrera en sus plantas, lo cual se ve reflejado en las estadísticas suministradas por cada uno de tales entes, como se reseña en siguiente cuadro:

Fondo de Seguridad y Vigilancia Privada (en liquidación)	Contratos civiles 1.169 (99%), carrera administrativa 18 (0,9%), y provisionales 12 (0,2%).
Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)	Contratos civiles 635 (79%), trabajadores oficiales 97 (18%) y carrera administrativa 12 (2%).
Secretaria de Integración Social	Contratos Civiles 2.891 (68%), carrera administrativa 1034 (24%), provisionales 284 (6,7%).
Jardín Botánico	Contratos civiles 563 (98%), carrera administrativa 36 (1,2%) y provisionales 8 (0,2%).

Instituto para la Economía Social	Contratos civiles 1.208 (99%) 5 de carrera (0,3%).
Secretaria del Hábitat	Contratos civiles 495 (95%), 18 de carrera administrativa (3%) y 7 supernumerarios (1%).
Instituto de Recreación y Deporte	Contratos civiles 1.833 (97%), carrera administrativa 174 (1,8%) provisionales 37 (0,4%) trabajadores oficiales 7 (0,07%).
Secretaria de Medio Ambiente	Contratos civiles 871 (89%), carrera administrativa 101 (10%).
Secretaría de Hacienda	Contratos civiles 981 (56,4%) carrera administrativa 473 (27,2%), Supernumerarios 277 (15,9%) provisionales 26 (0,2%).
Secretaria de Educación	Contratos civiles 302 (95%), temporales 18 (4,9%).

Dicha situación pone en evidencia la problemática generada por la indebida utilización del contrato de prestación de servicios, por parte de los organismos oficiales, lo que sin duda, viene marcando su desnaturalización, situación que además implica serias consecuencias jurídicas.

Surge de esta manera, frente al tema objeto de análisis especial significación el hecho de que constitucionalmente se haya reconocido que la situación fáctica que en la realidad se despliegue debe primar frente a las denominaciones o tipos formales que se hayan tratado de imponer en determinada actividad contractual, pues tal principio pretende garantizar derechos de carácter laboral de quienes tengan un vínculo de éste tipo, el cual se le haya tratado de dar una la apariencia de un contrato sustancialmente distinto.

En efecto dispone la Constitución Política de Colombia, que:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

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

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Const. Colombia, Art. 53, 1991).

Pues bien, el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicio administrativo son convenios que presentan una variedad de diferencias, con génesis jurídicas propias, con tratamiento procesal disímiles, pero que se ejecutan en un mismo escenario, como es la función administrativa o administración pública; que se identifican en una interacción entre una actividad personal y la prestación de un servicio, es esta actividad personal o de prestación del servicio, la que genera en la ejecución de la actividad, confusión en estos contratos, donde se generan grandes dificultades para la Administración de Justicia, cuando entra a definir luego del cumplimiento del objeto contractual.

Las similitudes entre estas dos vinculaciones son varias, pero la que tiene mayor preponderancia es el “servicio” o la actividad ejecutada en el avance del objeto contractual. Es allí, donde la ejecución transcurre entre los estadios administrativos o de trabajo.

Por su parte, la subordinación presente en el contrato de trabajo, es el elemento que marca el derrotero diferencial entre el contrato laboral y el contrato por prestación de servicios, carácter que por tanto reviste de especial relevancia a la hora de determinar la realidad fáctica del vínculo prestacional, pues como se ha dicho, el contrato de prestación de servicios debe ser desarrollado con la independencia y autonomía que le asiste a quien desempeña la labor contratada.

En este punto, es menester traer a colación lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968 que señala que “Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones” (Decreto 2400, art. 2, 1968), así como lo prescrito en el numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario único, que en su parte pertinente impone como falta gravísima “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.” (Ley 734, art. 29, 2003).

Con éstas disposiciones normativas se denota la obligatoriedad de contratar el personal de planta a través del contrato de trabajo, así como la imposibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios cuando las condiciones del vínculo laboral requieran dedicación de tiempo completo e implique subordinación.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Procuraduría General de la Nación, ente de control de la función pública, mediante Circular N° 008 (Procuraduría General de la Nación, 2013), a través de la cual conminó a las autoridades públicas a dar cumplimiento a las disposiciones legales y jurisprudenciales que versan sobre la imposibilidad de acudir al contrato de prestación de servicios, cuando no se reúnan los elementos de su naturaleza, a fin de evitar la transgresión de las garantías constitucionales y en particular las de carácter laboral.

Así mismo, dicho concepto advirtió sobre las consecuencias de carácter disciplinario que pueden llegarse a generarse en caso de utilizar dicha figura contractual en contravía de lo dispuesto por las disposiciones legales que lo regulan, lo que evidencia la intención de generar conciencia en

los diferentes servidores del Estado para su correcta implementación en la administración pública.

Ahora bien, no obstante el carácter restrictivo del contenido normativo y conceptual antes referenciado, dicha circunstancia parece no ser suficiente para que los contratos de prestación de servicios dejen de ser utilizados como regla general en la vinculación de personal a los entes del Estado, pues lo cierto es que las plantas de tales entidades no cuentan con los cargos necesarios para el desarrollo cabal de sus funciones, lo que pone en evidencia una problemática política y estructural antes que un yerro de carácter legal.

A ésta conclusión se llega luego del análisis conceptual del contrato de prestación de servicios, el cual como se vio, se encuentra definido en nuestra legislación, delimitado en su campo de aplicación y reforzado por algunas otras disposiciones normativas que propenden por su correcta aplicación, resultando necesario que los entes competentes del Estado reglamenten esta forma contractual y establezcan bases sólidas que no permitan que se desfigure la naturaleza misma de éste y que por el contrario se logre una aplicación efectiva y coherente en nuestro contexto socio-jurídico.

CAPITULO III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

En principio debe resaltarse que las altas cortes que han tratado con más frecuencia el tema, cuentan con posiciones disímiles al abordar un análisis de la aplicación y eficacia del contrato de prestación de servicios, circunstancia que poco aporta a la problemática que se viene comentando en éste punto.

Al efecto, se tiene de un lado a la Corte Constitucional Colombiana, quien a través de sus pronunciamientos ha manifestado su postura garantista en lo referente al personal que desempeña funciones bajo el ropaje de la prestación de servicios cuando en realidad la situación fáctica cuenta con la virtualidad de poner a flote una verdadera relación laboral.

Y de otro lado se encuentra el Consejo de Estado como máximo ente judicial en lo contencioso administrativo, que al evaluar ésta clase de eventos se ha pronunciado en un sentido mucho más estricto, imponiendo importantes cargas probatorias a quienes invoquen la primacía de la realidad sobre las formas.

3.1. LINEAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Encontramos que de antaño, el órgano de cierre constitucional ha reconocido la importancia que reviste el principio constitucional de la primacía de la realidad, fijando criterios que van en contravía del concepto de la mera prestación de servicios, e imponiendo la carga de desvirtuar la subordinación laboral en cabeza del contratante, teniendo como base el postulado del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo que prescribe que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, manifestándose en los siguientes términos:

Aún más, la periodicidad de la retribución en sumas iguales durante meses y la clase de trabajo que se desempeñe, por ejemplo actividades habituales con sometimiento a horarios y el mismo lugar fijo para el cumplimiento de las labores, impositivamente determinados por el contratante, coadyuvan a sustentar la presunción de subordinación, que debe ser desvirtuada por quien dispone, organiza, recibe o en cuyo ámbito o beneficio se ejecute el servicio personal. (Corte Constitucional, junio 26 de 2008).

Más adelante, la Sala Plena de la Honorable Corte Constitucional apostilló algunos criterios que deben ser tenidos en cuenta según su criterio, para determinar la forma de vinculación realmente presentada en cada caso, a saber:

Existirá una relación laboral o reglamentaria según el caso cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Además de los tres elementos propios de las relaciones laborales, la permanencia en el empleo es un criterio determinante para reconocer si en un caso concreto se presenta una relación laboral. (Corte Constitucional, febrero 09 de 2016).

En este mismo sentido, ha sostenido la Corte la imposibilidad de vincular a personal con carácter permanente mediante el contrato por prestación de servicios, fijando los criterios que deben ser observados a fin de determinar dicha circunstancia.

La Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la

administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”;

(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”;

(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”.

(iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”;

y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral” . (Corte Constitucional, marzo 07 de 2012).

Tales lineamientos, han dotado de sustento legal para proteger sus derechos laborales a quienes ejercen habitualmente una función por prestación de servicios idénticas a las desarrolladas por el

personal de la entidad, con el cumplimiento de horarios similares a los cumplidos por ellos, y cuya naturaleza se asemeja a los cargos de planta.

Más adelante, reforzando su criterio en punto de la forma de vinculación de personal de la administración, señaló dicha corporación:

Para la Corte la vinculación a la administración pública puede efectuarse mediante (i) un vínculo reglamentario o contractual de los cuales surge una relación laboral que origina prestaciones sociales o (ii) mediante un contrato de prestación de servicios del cual derivan no derivan derechos prestacionales ni beneficios de tipo labora. Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación es posible que de facto el contrato de prestación de servicios cambie su naturaleza hacia un vínculo de carácter laboral, cuando se acreditan materialmente la prestación personal, continuada, subordinada y remunerada de un servicio. (Corte Constitucional, julio 08 de 2015).

Con fundamento en lo expuesto, se evidencia que la Corte Constitucional ha reconocido la obligación de examinar la clase de vinculación por el solo hecho de acreditar la concurrencia de los requisitos señalados por la Ley para la configuración del contrato realidad, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo, para en su lugar proceder a la protección efectiva de los derechos de carácter laboral que dicha situación haya ocasionado al prestador del servicio, caso en el cual, ha dicho la Corte que se abre paso al reconocimiento de las prestaciones económicas que ha dejado de percibir como consecuencia de dicha situación, tendiente a garantizar las condiciones mínimas del trabajador de acuerdo a la realidad en el ejercicio de su actividad.

Llama la atención en este punto, y particularmente el caso concreto de la sentencia de tutela antes citada, que al fallador le bastó la demostración por parte del actor de los elementos fundamentales de la relación laboral configurativa del contrato de trabajo y la demostración del actuar discriminatorio de la entidad tutelada, en el entendido que éste desempeñaba funciones iguales a las desarrolladas por pares que pertenecían a la entidad estatal convocada, y el hecho que dicha circunstancia per se genere las consecuencias de reconocimiento de ese vínculo laboral.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado los siguientes lineamientos en lo que atañe a la comprobación de un vínculo de carácter laboral en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad y los efectos jurídicos que de dicha situación de derivan, a saber:

(i) se debe declarar la existencia de una relación laboral en el evento en que el juez constitucional constate la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal de la actividad, la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y el pago de una compensación al trabajo prestado. (ii) La declaración del contrato realidad se puede hacer a partir de indicios, pues para demostrar la relación laboral oculta, resultan relevantes aquellos hechos ciertos que revelan la existencia de otros, que en principio son inciertos, y que ponen de relieve que se presenta una relación laboral. (iii) El elemento determinante de la relación laboral es la subordinación del trabajador respecto del empleador. (Corte Constitucional, mayo 04 de 2015).

Ahora bien, se debe tener en cuenta que dada la naturaleza subsidiaria del mecanismo constitucional de tutela, la existencia de mecanismos principales y la competencia para resolver

controversias de carácter laboral en materia de contratación administrativa, claro resulta que la Corte Constitucional por regla general no es el ente jurisdiccional competente para dirimir éste tipo de conflictos jurídicos, y solo será procedente la intervención del Juez Constitucional en los casos en los que esté en juego vulneración de derechos fundamentales sumada a la inminencia de la configuración de un perjuicio tal que amerite la intervención del Juez de tutela. En éste sentido se ha manifestado recientemente la misma Corte en sentencia de tutela en los términos que se transcriben a continuación:

Es competencia de los jueces ordinarios dentro del proceso correspondiente y con los elementos de prueba que consideren apropiados, determinar la configuración de los presupuestos mencionados para declarar la existencia de un contrato realidad, lo cual conlleva la existencia de un mecanismo de defensa judicial idóneo. Sin embargo, cuando dicho mecanismo no es idóneo ni eficaz para el caso concreto, excepcionalmente, y en casos donde sea evidente la configuración de un verdadero contrato laboral, el juez de tutela puede declarar su existencia.

Esta excepción es procedente únicamente cuando existe certeza de la afectación del mínimo vital del accionante o de algún otro tipo de derecho fundamental, que involucre la posible configuración de un perjuicio irremediable. (Corte Constitucional, febrero 09 de 2016).

Así pues, se tiene que en principio es la Jurisdicción de lo Contencioso administrativa quien debe conocer sobre las demandas que involucren la solicitud de declaratoria del vínculo laboral frente a las entidades estatales, ello, sin perjuicio de la actividad judicial que tiene a su cargo la Jurisdicción ordinaria en tratándose de trabajadores oficiales, con base en lo cual, a continuación

se abordará el estudio del precedente jurisprudencial trazado sobre el tema objeto de estudio en el campo de lo contencioso administrativo.

3.2. LINEAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO.

Como se manifestó inicialmente, el Consejo de Estado ha dejado por sentado una ardua actividad probatoria a cargo de quien pretenda demostrar una relación de tipo laboral sobre las formalidades presentes en un contrato celebrado con la administración, para lo cual ha manifestado que ciertas circunstancias que pueden estar presentes en la actividad desarrollada en el marco de un contrato de trabajo no conllevan per se a declarar la configuración de un vínculo de tal clase. Al respecto se ha manifestado:

Si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales. (Consejo de Estado, noviembre 18 de 2003).

A partir de lo anterior, estableció dicha Corporación, la posibilidad de que aun cuando las condiciones laborales de un contratista puedan ser equivalentes a las de un trabajador de planta, ello no quiere decir que en efecto el prestador de servicios tenga por ese solo hecho demostrada la subordinación como elemento distintivo de aquella forma de contratación. En ese mismo sentido señaló el órgano de cierre en materia administrativa:

Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor. (Consejo de Estado, febrero 19 de 2004).

Bajo estos criterios, el Consejo de Estado ha desarrollado la idea de que la actividad probatoria de quien reclame la constitución de una verdadera relación de trabajo, debe acreditar de manera incuestionable, los elementos de subordinación y dependencia respecto del personal contratante, sin perjuicio de la coordinación que el prestador del servicio pueda requerir frente al mismo. Al respecto ha manifestado dicha corporación:

Constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales

actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (Consejo de Estado, febrero 08 de 2007).

Ahora, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, ha resaltado la importancia que reviste la verificación de los elementos que rigen una relación de carácter laboral, bajo el entendido de propender por la aplicación del principio de la primacía de la realidad frente a la denominación que formalmente se le dé a determinado vínculo contractual, para lo cual ha señalado:

Esta Corporación ha sido insistente en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras. En ese orden, la Sala ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. (Consejo de Estado, diciembre 10 de 2015).

Sin embargo, es menester aclarar que en esa misma providencia judicial fue enfática la aludida sección en clarificar que el lineamiento jurisprudencial decantado por el Consejo de Estado impone acreditar ciertos requisitos que comprueben sin hesitación alguna la configuración de un verdadero contrato de trabajo. Al efecto, se señaló:

Además de las exigencias legales citadas, 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. (Consejo de Estado, diciembre 10 de 2015).

Se observa a partir de tales exigencias, la dinámica probatoria impuesta al prestador de servicios a fin de comprobar en un caso hipotético la realidad fáctica, que supone que, además de los elementos necesarios para la configuración de un contrato de trabajo, debe demostrarse circunstancias tales como la permanencia de la función desarrollada y la similitud de dicha función con las desarrolladas en determinados cargos de la entidad estatal.

Bajo éste mismo horizonte argumentativo, la Sección Segunda, Subsección A, señaló la insuficiencia probatoria en un caso de prestadores de servicios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional, en el que a pesar de la similitud funcional ejercida por los contratistas frente a empleados de la planta de personal de dicha entidad, no se allegó el respectivo manual de funciones que corroborara dicha circunstancia, ni prueba fehaciente de que tales funciones fueren idénticas a las del personal adscrito a la entidad estatal, aduciendo además, con referencia a un pretérito fallo del Consejo de Estado, que el término de permanencia en el desarrollo de

funciones de manera prolongada (10 años), tampoco contaba con la virtualidad de enervar un vínculo de carácter eminentemente laboral. El pronunciamiento es del siguiente talante:

Adujo la parte actora que las citadas funciones son iguales a las que ejercen los funcionarios de planta de la DIAN. Al respecto debe señalarse que bien pudo presentarse el cumplimiento de ciertas tareas que corresponden a aquellas atribuidas a los empleados de planta de la entidad, no obstante, al proceso no se aportó copia del Manual de Requisitos y Funciones para los Empleos de la DIAN, ni obra prueba que permita establecer que las responsabilidades y funciones que ejerció eran idénticas a las asignadas al cargo con la misma denominación en la planta de la demandada y que por tal motivo se incurrió en violación al derecho a la igualdad. Entonces, en casos como el sub lite no se puede predicar la violación de este derecho y tampoco resulta aplicable el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades. Sobre el particular es pertinente acoger las razones que expresó esta Sección, entre otras, en sentencia de 2 de mayo de 2013 con ponencia de quien proyecta ésta. Así las cosas, como se precisó en la providencia transcrita el término de vinculación de la actora durante más de diez años a la entidad no determinó su permanencia en el servicio, sino que la misma obedeció a la finalidad de la actividad que desarrollaba. (Consejo de Estado, julio 02 de 2015).

Así, es evidente la dinámica probatoria requerida por el Consejo de Estado para que se abra paso a la aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad, en punto de la exigencia de comprobación de elementos y/o circunstancias adicionales a los elementos configurativos del contrato de trabajo, tales como, la temporalidad y similitud de las

funciones desplegadas con las actividades de los cargos de planta, confrontando lo anterior, con la coordinación que debe sostener el prestador del servicio con el ente estatal.

CONCLUSIONES

Han sido constantes los estudios que han venido realizando las altas Corporaciones en materia Constitucional y administrativa en lo que tiene que ver con la contratación por prestación de servicios frente a las formalidades establecidas en diferentes relaciones contractuales de particulares con el Estado, situación que como menos, pone en evidencia una problemática en lo tocante a éste tipo de vinculación con el Estado, principalmente, en lo que tiene que ver con el tema prestacional que involucra el hecho de que en la realidad se sostenga un verdadero contrato de trabajo.

La Legislación colombiana ha regulado la aplicación de la vinculación por prestación de servicios con el Estado, para lo cual, ha tratado de delimitar ésta actividad a los casos estrictamente necesarios, señalando su campo de aplicación, imponiendo restricciones para su utilización y sanciones a quienes indebidamente lo implementen.

No obstante su reglamentación, ésta figura contractual sigue siendo objeto de diversas controversias en el campo judicial, encontrándose que en la actualidad, es una de las principales formas de vinculación con el Estado, a pesar que de acuerdo con su definición legal, dicha forma contractual debe ser utilizada con independencia y con carácter excepcional, sin que se prolongue en el tiempo y siempre que la actividad objeto del contrato no pueda ser desarrollada por el personal de planta, con la notable consecuencia de que la prestación de servicios no genera las erogaciones prestacionales propias del vínculo de trabajo.

Ahora, al abordar el estudio de casos que involucren la prestación de servicios de particulares con el Estado, han sido disímiles los pronunciamientos de los órganos de cierre

competentes para dirimir esta clase de controversias jurídicas, siendo así como, de un lado la Corte Constitucional ha fijado el criterio, según el cual, siempre que se demuestren los elementos configurativos de un contrato de trabajo se abre paso a su reconocimiento, claro está en el marco de sus competencias, y de otro lado, el criterio trazado por el Consejo de Estado, según el cual, el prestador del servicio debe aportar elementos materiales probatorios que además de comprobar la presencia de los elementos de la esencia de la relación laboral de tal manera que no haya asomo de duda sobre tales circunstancias, demuestre ciertos factores que dotan de certeza la declaratoria de la primacía de la realidad sobre las formas, tales como la prolongación en el tiempo de la actividad, y su equidad frente a las funciones del personal de planta.

Lo anterior, denota que no se cuenta con un criterio unificado del recaudo probatorio necesario para la demostración del vínculo laboral, situación que poco contribuye a confrontar la problemática que emerge a raíz del excesivo uso que se le viene dando al contrato de prestación de servicios.

Llama la atención el hecho de que en algunas ocasiones se exija una amplia actividad probatoria a quien pretenda demostrar una relación de carácter laboral, pues dicha circunstancia puede ser aprovechada por quienes pretendan encubrir el elemento de subordinación, siendo el prestador del servicio quien en la práctica se encuentre en desventaja por su condición de subordinado. Así mismo puede decirse que dicha exigencia probatoria puede resultar desproporcionada, pues lo cierto es que la Ley exige la demostración de los elementos de la esencia del contrato laboral, sin que en manera alguna haga alusión a cargas probatorias adicionales, pues nótese una relación laboral puede surgir sin el elemento de temporalidad, y así mismo puede configurarse sin que la actividad

desarrollada sea idéntica a una función estatuida en la planta de personal de la respectiva entidad, pues en sí, lo que configura el contrato de trabajo se circunscribe llanamente a la presencia de los elementos de prestación personal del servicio, remuneración y subordinación laboral.

Agotado el análisis de la realidad práctica, el contrato de prestación de servicios con la administración pública viene siendo utilizando de manera indiscriminada, sin que en muchas ocasiones se atienda la realidad de dicha figura contractual, muy a pesar de que el concepto que la Ley le otorga se encuentra bien estructurado y la actividad legislativa encaminada a solventar la notable problemática, frente a lo cual emerge la necesidad de implementar mecanismos que posibiliten efectivamente superar dicha problemática, como lo sería la posible reglamentación de las entidades públicas en los casos en que su personal se encuentre vinculado mayoritariamente por ésta clase de vinculación contractual. Así mismo, resultaría valioso el aporte que en materia jurisprudencial podría darse con la unificación de los criterios que las altas corporaciones judiciales emitan en éste punto, siempre que se tenga en cuenta como principio rector, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades que dispone el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 53. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Ley 80 de 1993 Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 2003. DO N° 41.094.

(2002, 05 de febrero) Ley 734 de 2002 Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Febrero 5 de 2002. DO N° 44.699.

(2011, 18 de enero) Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. DO N° 47.956.

Decreto 2363 de 1950. Sobre el Código Sustantivo del Trabajo. Agosto 5 de 1950. DO N° 27.622.

Decreto 2400 de 1968. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones. Septiembre 19 de 1968. DO N° 36.625.

Colombia, Procuraduría General de la Nación (2013, 7 de mayo) “Circular 008 de 2013. Cumplimiento de normas constitucionales, leyes 1233108, 1429/10, 1438/11 y sentencias de constitucionalidad c-61412009 c-17112012 sobre deslaborización y tercerización laboral”.

Benavides, J., (2010). Temas en contratos estatales. Medellín.: Biblioteca Jurídica Diké.

Benavides, J., (2014). Temas de Derecho Administrativo. Bogotá.: Biblioteca Jurídica Diké.

Corte Constitucional. Sentencia C 614 de 2009 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Septiembre 2 de 2009).

Bohórquez., C. & Conrado., R., (2009). El contrato de prestación de servicios de la administración pública. Bogotá D.C.: Milla Ltda.

Buitrago, J, (2009). Del empleo público, la carrera administrativa y sus amenazas, un reto para la democracia”.

Jiménez, A, Gallego, J, Gaitan, A, & García, J. (2012). Contrato de prestación de servicios profesionales y su correlación con la posible existencia de las nóminas paralelas en las entidades públicas (tesis de postgrado). Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

Manotas, J, & Gómez, C. (2010). Los contratos administrativos de prestación de servicios y su estrecha relación con el contrato de trabajo en la administración pública (tesis de pregrado). Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia.

Menjuria, D, Guerrero, M, Silva, A, & Witt, S. (2014). Contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. Tratamiento jurisprudencial 2011 A 2014 (tesis de pregrado). Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

Gerience.com. (2012). Contrato de servicios, Bogotá. Extraído en junio 1, 2016, de <http://www.gerencie.com/contrato-de-servicios.html>

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 154 de 1997 (MP. Hernando Herrera Vergara; Marzo 19 de 1997).

Colombia, Corte Constitucional (2008, junio), Sentencia T 638”, M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 614 de 2009 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Septiembre 2 de 2009).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 556 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa; Julio 12 de 2011).

Colombia, Corte Constitucional (2012, marzo), Sentencia C 171”, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2015, mayo), Sentencia T 253”, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2015, julio), Sentencia T 426”, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 029 de 2016 (MP. Alberto Rojas Ríos; Febrero 05 de 2016).

Colombia, Corte Constitucional (2016, febrero), Sentencia T 040”, M. P. Alejandro Linares Cantillo. Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2003, noviembre 18). Sala Plena. Proceso IJ 0039, M.P. Nicolas Pájaro Peñaranda. Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado. Sala Plena. Proceso 0064-01, M. P. Marco Antonio Velilla; Febrero 16 de 2012) Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado. Sala Plena. Proceso 214523 (MP. Jesús María Lemus Bustamante; Abril 21 de 2003).

Colombia, Consejo de Estado (2004, febrero 19). Sección Segunda, Subsección “B”. Proceso 0099-2003, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

Colombia, Consejo de Estado (2007, febrero 8). Sección Segunda, Subsección “A”. Proceso 6870-2005, M.P. Ángel Gómez Salcedo. Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “A”. Proceso 6870-2005 (MP. Marco Antonio Velilla; Febrero 16 de 2012) Bogotá.

Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Proceso 4380-13 (MP. Alfonso Vargas Rincón; Noviembre 13 de 2014).

Colombia, Consejo de Estado (2015, diciembre 10). Sección Segunda, Subsección “B”. Proceso 2592-2014, M.P. Sandra Lisset Ibarra Velez.

Colombia, Consejo de Estado (2015, julio 02). Sección Segunda, Subsección “A”. Proceso 0225-2013, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

