



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

**EL CONTRATO DE SUPERNUMERARIO FRENTE AL CONTRATO DE
PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

María del Pilar Delgado Rodríguez

Cohorte 45

Luis Fernando Borja Delgado

Cohorte 44

Facultad de Derecho.

Especialización en Derecho Administrativo

Docente: Dr. Hugo Alejandro Sánchez Hernández

2015

EL CONTRATO DE SUPERNUMERARIO FRENTE AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

INTRODUCCION

De acuerdo con el artículo 7º. del Decreto 1950 de 1973, está prohibido la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, so pena de tener que crearse los empleos correspondientes de acuerdo al procedimiento establecido en el mencionado decreto.

Sin embargo, aunque los contratos de trabajo, de acuerdo a la doctrina, no requieren términos específicos o sacramentales, que identifiquen la relación jurídica que se establece entre las partes, lo importante es el cumplimiento de funciones propias y permanentes de entidad frente a la configuración de los tres elementos esenciales que se encuentran en el numeral primero del artículo 23 del código sustantivo del trabajo, caso en el que se constituiría en un “contrato realidad”, con la consecuencia de que se tengan que reconocer el pago de las prestaciones y emolumentos que se dejaron de pagar por parte de la administración aparte de la reparación por las afectaciones que hayan podido producirse a raíz de la contratación incorrecta.

Las entidades estatales contratan personal por medio de la figura de prestación de servicios para que dichas personas presten apoyo a la entidad con el propósito de cumplir sus fines; sin embargo, esta modalidad en la actualidad se ha constituido en una verdadera relación laboral.

La pretensión legal de que sea creado el cargo con las funciones que se desempeñaron de manera permanente, inicialmente bajo la modalidad del contrato de prestación de servicios, tiene su justificación en la ley 790 de 2002, la cual establece que deben crearse los cargos que sean necesarios para el debido funcionamiento de la administración pública, quedando proscrita la celebración de contratos de prestación de servicios a manera de nóminas paralelas, garantizando con ellos los principios de primacía de lo real ante lo formal, igualdad, eficacia, moralidad entre otros. Sin embargo en la práctica, la creación de dichos cargos, se dificulta, toda vez que su trámite ante el Congreso de la República se convierte en una gestión de larga prolongación, que difícilmente tendría continuidad durante los cambios de Gobierno. Por este motivo se hace necesario buscar una alternativa viable que permita contratar al personal necesario para cumplir con los fines de la administración pública sin vulnerar los derechos del recurso humano.

Dado que el contrato de prestación de servicios es una forma excepcional y temporal de contratación, por medio de la cual los particulares pueden desempeñar actividades de apoyo a efectos de suplir necesidades que tiene la Administración Pública y que no existe un funcionario de planta que pueda

desempeñarlas, se predica de los mismos que no existe una relación laboral que genere reconocimiento y pago de salarios ni prestaciones sociales.

A contrario sensu, la vinculación de **supernumerarios** si está determinada como una relación laboral con la Administración, sujeta al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales de ley, a pesar de tener el carácter de temporalidad en los casos y condiciones que determinan el Decreto 1042 de 1978, la Ley 223 de 1995, el Decreto 1072 de 1999 y Decreto 765 de 2005,

Así las cosas, en la práctica se tienen casos, que tanto los contratistas de prestación de servicios, como los supernumerarios, tienen en común, el cumplimiento de funciones propias y permanentes en cada entidad, ambos pueden estar desempeñando sus funciones por largos periodos de tiempo, sin embargo, los primeros no son reconocidos como funcionarios sino como personal de apoyo sin ninguna relación laboral con la administración, en la mayoría de las ocasiones logran demostrar ante la jurisdicción contenciosa que dicha relación laboral si existe, con lo cual la administración se ve condenada a pagar las indemnizaciones, prestaciones sociales y emolumentos a que haya lugar, en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad de las formas, configurándose así un detrimento patrimonial en contra del Estado.

DESARROLLO

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

Las entidades estatales en la actualidad, contratan personal por medio de la figura de prestación de servicios, para que dichas personas presten apoyo a la entidad con el fin de cumplir con sus fines. Esta modalidad de contratación, se rige según lo establecido en la Ley 80 de 1993 (artículo 32), con características y diferencias con el contrato de trabajo, claramente determinadas en la ley y la jurisprudencia (Sentencia C-154-97, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, Corte Constitucional).

Evolución legal del contrato administrativo de prestación de servicios

Vale la pena antes de seguir adelante, hacer un breve recuento de cuál ha sido la evolución de esta modalidad de contratación en el Estado, la cual no es considerada como una relación laboral con la administración y por ende no goza de la estabilidad y privilegios que tiene cualquier servidor público, llámese funcionario público o trabajador oficial.

Teniendo en cuenta que nuestra Constitución Nacional en su artículo 123, posibilita que de manera excepcional y temporal, los particulares puedan desempeñar funciones públicas, el mismo tiene su antecedente en las siguientes

normas: la Ley 3ª. de 1930, artículo 5º. que a la letra dice: “Queda facultado el poder ejecutivo para contratar expertos o consejeros técnicos, cuando para la mejor organización de algún ramo especial de la administración pública lo juzgue conveniente” (https://www.redjurista.com/Documents/l0003_30.aspx)

Posteriormente, el artículo 2º. del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, que se encuentra vigente, restringió el contrato de prestación de servicios a que fuera suscrito por una “persona natural” y determinó 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”.**” (negrilla y subraya por fuera de texto).

ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1968/decreto_2400_1968.html

El Artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, por su parte ratifica el carácter dado a los contratos de prestación servicios y en su parte pertinente establece: “en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.” (webidu.idu.gov.co:9090/pmb/tools/IDU_INFO/texto/.../DE-1950-73.do)

El Decreto Ley 150 de 1976, “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”, fue Derogado por el Decreto 301 del Decreto 222 de 1983, y en sus artículos 138, 139 y 142, definió el contrato de prestación de servicios, incorporándole a las personas jurídicas, ampliando la clase de contratos de servicios a los de “los de asesoría o de asistencia de cualquier clase; realización de estudios distintos de los de obras públicas; representación judicial; y rendición de conceptos.”, además, diferenciando el contrato de trabajo del contrato de prestación de servicios. (ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1976/decreto_0150_1976.html#138)

Los artículos 163 y 164 del Decreto 222 de 1983, derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1983, salvo los artículos 108 a 113, y que el Artículo 112 había sido derogado por el Artículo 124 de la Ley 9 de 1989, establecieron una limitante al contrato de prestación de servicios en el sentido de tener que contar con una autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces y ampliar la clase de los mismos. (ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1983/decreto_0222_1983.html)

Finalmente, el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, Modificada por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de

2008 y 2473 de 2010, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (Ver artículo 39 y ss Ley 142 de 1994. Contratos especiales autorizados para la gestión de los Servicios Públicos. AUTO Radicación 3485 Fecha 95/10/23 Consejo de Estado. Sección Primera. Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Descriptor: Municipio. Secretaría de Obras Públicas. Cesión de Bienes y AUTO 3440 fecha 95/10/17 Sección primera Consejo de Estado. Ponente. Dra. Nubia González Cerón.

3o. Contrato de prestación de servicios 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 conocimiento especializados. **(Expresiones subrayadas declaradas exequibles. Sentencia C 154/97 marzo 19 de 1997. Corte Constitucional. Ponente doctor Hernando Herrera Vergara. Ver Ley 190 de 1995 Estatuto Anticorrupción.)**

Se establecen unas formalidades que las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios, con la administración deben cumplir. (Ver además el Artículo 141 Decreto Nacional 2150 de 1995 Decreto Nacional 2681 de 1993 Oficio No. 024944/3.08.95. Oficina de Estudios y Conceptos. Funcionarios Públicos. CJA10451995 Oficio No. 44383/13.08.97. Secretaría Distrital de Salud. Entes descentralizados Adscritos a la Secretaría Distrital de Salud - Inspección, vigilancia y control. CJA07851997.)

“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” **(Expresiones subrayadas declaradas exequibles. Sentencia C 154/97 marzo 19 de 1997. Corte Constitucional Ponente doctor Hernando Herrera Vergara. (Ver artículo 282 Ley 100 de 1993. Ninguna persona natural podrá prestar directamente sus servicios al Estado, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, sin afiliarse a los sistemas de pensiones y salud a que se refiere la citada Ley. Radicación No. 852 fecha: 96/09/02. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente. Doctor César Hoyos Salazar.)** http://www.educacionbogota.edu.co/archivos/Temas%20estrategicos/FSE/2014/Normograma/Leyes/Ley_80_1993_Estatuto_General_Contratacion_Administracion_Publica.pdf.

SOBRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS AL CONTRATO REALIDAD Y EL PRINCIPIO DE PRIMACIA SOBRE LA REALIDAD DE LAS FORMAS

El contrato de trabajo realidad, tiene su fundamento en los artículos 23 y 24 del código sustantivo del trabajo (modificado por la Ley 50 de 1990), esto es, si se reúnen los tres elementos esenciales a saber: a) la actividad personal del trabajador, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c) un salario como retribución del servicio.

Por su parte, en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Así las cosas, en la Administración pública, existe una amplia literatura que trata a profundidad el tema de los contratos de prestación de servicios, los cuales con gran facilidad se convierten a la voz de los jueces laborales o administrativos en contratos realidad; adicionalmente podemos encontrar artículos generados por Directores de Entidades Estatales que fijan posiciones indicando la tendencia que el Estado tiene en la actualidad, por llevar a cabo contratación sin vinculación laboral, lo cual en algún momento se puede confundir como una forma de intermediación laboral, de deslaboralización, o de tercerización, convirtiendo al ordenador en uno de los principales agentes de vulneración de derechos laborales

del país, situación que si bien es cierto puede ser aliviada por una vinculación a través de supernumerarios, no menos cierto resulta que en justicia sean creados los cargos mediante las correspondientes ampliaciones de las plantas de personal

En repetidas ocasiones se ha podido confirmar la posición errónea asumida por la administración, evidenciando dicha situación a través de sentencias del Consejo de Estado y de la corte constitucional, que reconocen el vínculo laboral del contrato realidad creado inicialmente a través de la figura del contrato de prestación de servicios y que posteriormente debe ser corregido por la vía judicial, generando innecesariamente un desgaste y un detrimento para la administración en situaciones que pueden ser previsible y corregidas oportunamente.

Por otra parte bajo argumentos de orden presupuestal, no se justifica la restricción a la creación de un cargo público que supla las necesidades de la administración para cumplir con sus fines, sin embargo, se evidencian alternativas legales que con mayor eficacia, optimizan el uso de los recursos y los reorientan al cumplimiento de componente de servicio a la comunidad, por lo cual el objetivo primordial sería la creación de los cargos como supernumerarios en tanto se suprime definitivamente la inconveniente figura del contrato de prestación de servicios.

Tenemos entonces, que entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la sentencia Sentencia C-154-97, M.P. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, refiere la función reglada que tiene la administración para contratar,

define las características propias del contrato de prestación de servicio, las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, el Contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales/, el pago de prestaciones sociales en caso de subordinación, la demostración relación laboral subordinada y el contratista convertido en trabajador a través del principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades, sentencia que es referente para los casos suscitados en torno al contrato realidad. (Ver <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-154-97.htm>)

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C. P.: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, en sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009), se pronunció en el sentido de desvirtuar el contrato de prestación de servicios, cuando se demuestra la subordinación y dependencia, dando lugar al pago de prestaciones sociales, reconociendo el principio de la realidad sobre las formalidades, la aplicación a la relación de trabajo, los elementos de la relación laboral y que su existencia no implica reconocer la condición de empleado público ya que esta calidad no se confiere por el hecho de trabajar para el Estado.

También, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C. P.: GERARDO ARENAS MONSALVE, en sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012), Expediente: 25000-23-25-000-2003-00839-01, se pronunció en el siguiente sentido:

“Sea lo primero advertir, que la Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Sobre el punto, se reitera lo expuesto por esta Sala en sentencia del 16 de julio de 2009 (Rad. interna: 1258- 2007), con ponencia de quien hoy también emite esta providencia, en relación con los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral.”

En sentencia de tutela T-287/11, la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, dentro del Expediente T-2.726.909, sobre el principio constitucional de la primacía sobre la realidad expuso:

“La jurisprudencia de esta Corporación siempre ha estado encaminada a defender la amparabilidad del trabajo como derecho fundamental, más allá de las formas contractuales como éste se manifieste. De manera consecuente, la Corte ha sostenido que basta con la prestación efectiva de trabajo para que surjan derechos a favor del trabajador y que siempre que se realice una actividad en condiciones de subordinación habrá lugar a una relación de carácter laboral. De esa manera, el principio de primacía de la realidad sobre las formas implica la garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, puede hablarse de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que “una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica”; de ese modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral ordinaria. La noción del ‘contrato realidad’ se basa en una apreciación contextualizada del concepto de trabajo y no en una valoración inmaterial del mismo.” (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-287-11.htm>)

SOBRE LAS NOMINAS PARALELAS

Llamadas así porque se han convertido en una práctica recurrente en entidades del Estado, y porque generalmente salen a flote en medio de escándalos por favores políticos. “El término no existe técnicamente. En la ley de presupuesto se relaciona como servicios personales indirectos, un rubro que, según aclaró la Dirección General del Presupuesto Nacional, además de contratos de personal involucra algunos gastos generales de difícil especificación.” (ver el artículo <http://www.eltiempz.com/archivo/documento/MAM-650623>)

Tuvieron su origen en los años 90, a partir de conceptos de globalización y reestructuración (ver Rev, Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 19, enero-junio, 2007, pp. 15-34), con la concepción de reducir plantas de personal y evitar que continuara la burocratización del Gobierno, tuvo como consecuencia que las entidades entraron en una crisis que era necesario solucionar, dado que se hizo evidente que las Entidades públicas requerían de más funcionarios, debiendo acudir a la figura de los contratos de prestación de servicios para poder atender el objeto de sus funciones, con lo cual esa burocracia que se pretendió acabar o por lo menos disminuir, fue ampliamente superada con la firma de contratos que con el tiempo superó incluso la nómina de planta, como se evidenció en entidades como la Contraloría General de la República, el Ministerio de Hacienda, la Dian, el IGAC o en el Sena para citar un ejemplo concreto, en donde en 2009 se evidenció que mientras los trabajadores de planta eran 6.904, había más de 25.067 contratos de prestación de servicios, sin la debida

vinculación laboral, argumentado el gran número de estudiantes que debían atender, asunto que se ha convertido en algo general y cotidiano en todas y cada una de las entidades del orden Nacional, Departamental y Municipal. (Ver entre otros:

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8394760>),

<http://www.vanguardia.com/opinion/editorial/83243-las-nominas-paralelas>.)

Para no ir más lejos, se acaba de denunciar ante el Concejo de Bogotá, que “durante la administración de Gustavo Petro, las nóminas paralelas aumentaron un 40% y que eso le cuesta al Distrito 1,2 billones de pesos al año, se tuvo un “crecimiento desproporcionado” en nóminas paralelas a través de **órdenes de prestación de servicios-OPS**. Según el documento, al finalizar la administración anterior había 29.659 contratos, y durante la gestión Gustavo Petro se incrementó a 41.357 en el año 2014 y en lo corrido de 2015 la cifra alcanza los 39.546 contratos.” (Ver <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/durante-gestion-petro-nominas-paralelas-aumentaron-40-d-articulo-566539>).

Al respecto se ha evidenciado en las diferentes auditorías practicadas en las entidades, que esta clase de contratación realmente no ha sido una solución a la reducción de gastos del Estado, pues por una parte, lo que se ha logrado es evadir el ingreso de personal a través del sistema de concurso público de méritos, con lo cual quienes son contratados carecen de la idoneidad mínima para desempeñar las funciones que se les asignan, con resultados precarios de la

gestión contratada, y por otro lado,. "Se ha reducido el gasto de funcionamiento en lo que tiene que ver con el pago de nómina, pero solo porque los contratos de prestación de servicio se financian con un rubro que se llama proyectos de inversión. El Estado, en apariencia, tiene las finanzas sanas porque reduce sus gastos de funcionamiento, pero en realidad lo que se hizo fue trasladarlos". (Ver <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8394760>)

Sobre el Contrato de Prestación de servicios y las Nóminas Paralelas en las entidades públicas, la Corte Constitucional sentó su posición en Sentencia C-094 de 2003, y dijo:

“La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que 3 Ibidem. 14 no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”. (...)

“A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las

cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados outsourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas”.

SOBRE LOS SUPERNUMERARIOS

El Decreto Nacional N° 1042 de 1978 en su artículo 83, regula lo relacionado con la vinculación de los supernumerarios a la administración pública, la cual se hará mediante acto administrativo, limitándolos a que se puedan vincular solamente en los casos de las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, y para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio, por un término no mayor a los tres (3) meses, “salvo autorización especial del gobierno cuanto se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.”, fijando su remuneración de acuerdo a la escala de dicho decreto y las funciones a desempeñar.

El término para desempeñar funciones de los supernumerarios, fue ampliado a seis (6) meses, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 1647 de 1991, en el cual se contempla que cuando las actividades deban desarrollarse en un periodo superior, deberá mediar autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público y se dispuso además que “Cuando la vinculación de este personal no exceda de seis (6) meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales; sin embargo, la Dirección de Impuestos Nacionales deberá suministrar la atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.”

(http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1647_1991.htm)

Sobre esta forma de vinculación a la Administración, las Altas Cortes también se han referido, siendo así las más relevantes, las emitidas por La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401 de 1998, M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, sobre los lineamientos que debe tener el gobierno para la vinculación de los supernumerarios, el carácter transitorio de esta vinculación, en la cual expuso:

“La vinculación de servidores supernumerarios llamados a prestar servicios temporales en la Administración Pública, no desconoce los derechos de quienes se hallan inscritos en la carrera administrativa. En efecto, en cuanto la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo sólo cuando se presentan vacancias temporales por licencia o vacaciones y cuando existe necesidad de desarrollar actividades de carácter meramente transitorio, resulta evidente que no conlleva el desplazamiento ni la desvinculación del cargo de otros funcionarios de carrera.”

De igual manera, en esta sentencia se encuentra referencia sobre el principio constitucional de primacía y al respecto se dijo:

“Ya anteriormente esta Corporación se había pronunciado respecto de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, cuando indicó que la realidad de una relación laboral se podía hacer prevalecer judicialmente frente a la apariencia de un contrato de prestación de servicios, a efectos de derivar el reconocimiento de las prestaciones sociales propias de la relación de trabajo.”

Por su parte, la Sentencia C-422 de 2012, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, analizó la Demanda de inconstitucionalidad presentada en contra los artículos 2º inciso primero (parcial) y el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 por la violación de los artículos constitucionales 122, 125 y 128, decidiendo finalmente que ratificaba la posición de su anterior pronunciamiento, esto es, lo resuelto en la C-401 de 1998.

De acuerdo a Villegas J. (2011), uno de los derechos que se pierden con el contrato de prestación de servicios y la vinculación a través de la figura de los supernumerarios, es el de ESTABILIDAD sobre el cual se refiere así: “Generalmente corresponde la estabilidad al derecho de permanecer de quien trabaja, mientras subsista la materia de la relación de trabajo y no se le aduzca y compruebe una justa causa de terminación de la relación de trabajo.”

Al referirse al tema publicó: “En Colombia este tipo de contratación ha pasado de ser excepcional a general y ha cubierto amplios campos de la actividad pública, los casos citados así lo evidencian. Y el efecto no ha podido ser más deleznable: deslaboralización, incremento de nóminas paralelas, debilidad de las organizaciones sindicales en el sector público y manejo politiquero de los cargos.”

CONCLUSIONES

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, establece los argumentos para realizar el contrato de carácter de prestación de servicios, así:

“Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.”

Recientemente el Consejo de Estado, ha producido en gran volumen jurisprudencia que orienta al nominador sobre la posibilidad de vincular personal en forma temporal, como ejemplo se puede tener en cuenta lo mencionado por el

Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve en sentencia con radicación número: 68001-23-31-000-2009-00726-01(1678-13), en la cual expresa lo siguiente:

“Pues bien, del conjunto normativo relacionado, que regula el personal Supernumerario, se colige, que dicha figura es de carácter excepcional y a ella puede acudir la Administración Pública a fin de vincular personal en forma temporal, con el objeto de cumplir labores de naturaleza transitoria; bien sea, para suplir la vacancia, en caso de licencia o vacaciones de los funcionarios titulares o bien para desarrollar labores que se requieran para cubrir las necesidades del servicio, evidentemente que no sean de carácter permanente, pero sí en calidad de apoyo. Sus labores son justamente aquellas que transitoriamente no pueden ser atendidas por el titular ausente o aquellas que nadie cumple dentro de la organización por no formar parte de las actividades ordinarias y por ser temporales. “

Encontramos entonces la similitud dentro del papel que cumple la persona natural en una Entidad pública al ser contratada por medio de la figura de Prestación de Servicios y la figura del supernumerario. Teniendo similitud en sus fines, podemos deducir que frente a dichas labores el correcto uso de los recursos públicos se encuentra orientado a destinar el rubro de personal correspondiente para la contratación de los supernumerarios que sean necesarios para desarrollar los fines del Estado, de manera que no se vulnere de forma disfrazada los derechos de aquellos que trabajan en pro de la administración pública, además,

evitando la posterior congestión judicial y la asignación de recursos por concepto de indemnización y/o nivelación que a la postre, terminan convirtiéndose en un mayor gasto, afectando el erario público, situación fácilmente previsible, que al aplicar la contratación correcta para las actividades que requieren de dicho apoyo de personal, se puede evitar.

Finalmente, podemos encontrar el mayor detrimento patrimonial al Estado, cuando se realiza una contratación de personal por medio de la figura de prestación de servicios, cargados montos a la cuenta contable de inversión, recursos destinados de forma errónea, toda vez que el deber ser de dicho presupuesto es el de la promoción de proyectos que mejoren el funcionamiento de la institución, mientras que equívocamente se interpreta que esto puede ser la contratación de personal para cumplir funciones permanentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bohórquez, C. & Conrado, R. (2009). El contrato de prestación de servicios de la administración pública. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Fandiño, J. (2008). Régimen jurídico del Contrato Estatal. Bogotá: Editorial Leyer. Obando, J. M. (2005). Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Ediciones Doctrina Ley Ltda.

- Hernández, P. A. (2004). Bases constitucionales de función pública. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

- Jiménez, W. (2005, octubre 18-21). Reforma administrativa y carrera administrativa en Colombia: frustraciones, razones y oportunidades, documento presentado en el X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile.

- LEGIS EDITORES S.A. Régimen del Empleado Oficial.

Parra, W. R. (1994). Los contratos estatales. Bogotá: Editorial Librería del Profesional. Cuarta edición.

Obando J (2010). Derecho Procesal Laboral. Bogotá, D.C. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. – Ediciones Tunvivor , Quinta Edición.

Quintero, A. & Mutis, A. (1995). Los contratos estatales en la Ley 80 de 1993. Bogotá: Editorial Temis.

Umberto Eco. (2001). Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimiento de estudio. Investigación y escritura. España. Gedisa S.A. 6 ed. 1 impresion

Villegas, J. (2011). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Editorial Legis.

Código Sustantivo del Trabajo. Constitución Política de la República de Colombia (1991).

Younes Moreno, Diego: Derecho Administrativo Laboral. Octava Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1998, Página 23.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-154 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. Estatuto General de Contratación. Ley 80 de 1993 de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-023 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretel.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-401 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Segunda, Sub sección b, Sentencia 1165/2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.,

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral, Radicación No. 24072, Sentencia del 29 de agosto de 2005, Radicación 24072, Acta No. 73, M.P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Consejo de Estado de Colombia, Sección Segunda, Sub sección b, Sentencia de 2009, Radicado 3074-05, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Segunda, Sub sección b, Sentencia de 2012, Radicado 1187-11, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Publicaciones Periódicas:

Benavides, J. (2010). *Contrato de prestación de servicios. Dificil delimitación frente al contrato realidad. Revista Derecho del Estado n.º 25, diciembre de 2010, pp. 85-115.*

Díaz, J. (2012), *La primacía de la realidad frente a los contratos de prestación de servicios administrativos, avances jurisprudenciales. Jurídicas CUC, 8 (1), pp 9 – 34. Universidad Sergio Arboleda.*

Gaviria M., Jorge – Granda V., Mónica (2014), *Contrato de Prestación de Servicios en el Sector Estatal. Revista Ratio Juris Vol. 9 N° 18 (enero-junio 2014) pp. 59-76 © Unaula. Páginas 59-76.*

Vega de Herrera, Mariela.(2007). *El contrato estatal de prestación de servicios: Su incidencia en la función pública. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 19, enero-junio, 2007, pp. 15-34. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo>.*

Vega de Herrera, Mariela. (2006). *El debate jurídico en torno al contrato de prestación de servicios. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. IX, núm. 17, enero-junio, 2006, pp. 67-75. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia*

Tesis Publicada

Benavides, J. (2012). *El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública. Tesis publicada Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 13. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda,2012*

Páginas WEB consultadas:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S01216972008000200011&script=sci_arttext

FORMAS DE CONTRATACION LABORAL – REVISTA -

http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/2/leg_jur_1_v7_r2.pdf

DIFERENCIA ENTRE LOS CONTRATOS ESTATALES

http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive_publicaciones?no=461

DESIGUALDAD EN SIISTEMAS DE CONTRATACION

<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11465/1/Trabajo%20Final%20Seminario%20de%20Investigacion.pdf>

LEY DE GARANTÍAS Y CONTRATACIÓN ESTATAL CON MIRAS A LAS ELECCIONES DE 2014

<http://wsr.registraduria.gov.co/Ley-de-Garantias-y-contratacion.html>

VISCISITUDES COL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

https://www.icetex.gov.co/dnnpro5/Portals/0/Documentos/La%20Institucion/Juridica/Editoriales/Editorial_9_vicisitudes_del_contrato.pdf

MANUAL FUNCIONES DE LOS SUPERNUMERARIOS CONTRALORIA

http://www.contraloriabogota.gov.co/intranet/contenido/Normatividad/Resoluciones/2012/RR_013%20Manual%20Funciones%20Supernumerarios/MANUALDE%20FUNCIONES%20SUPERNUMERARIOS.pdf

CARTILLA VINCULACION FUNCION PÚBLICA

<https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/374.pdf/1ebc4dec-9170-4e24-9188-fa0d475b206e>

CARTILLA LABORAL MINTRABAJO

<https://www.google.com/search?q=revistas+juridicas+virtuales+en+colombia&ie=utf-8&oe=utf8#q=LOS+SUPERNUMERARIOS+EN+LA+CONTRATACION+ESTATAL&start=10>

DESFINANCIAMIENTO SUPERNUMERARIOS

http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-341914_archivo_pdf.pdf

VANGUARDIA.COM, ARTICULO

<http://www.vanguardia.com/economia/local/78029-72-supernumerarios-salieron-de-la-dian-santander>.

CONCEPTO 55 – OFICINA JURIDICA NACIONAL

<http://www.legal.unal.edu.co/sisjurun/normas/Norma1.jsp?i=38297>

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUPERNUMERARIOS,
PROCURADURÍA REGIONAL DE CALDAS

http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.PirelTesouroPageFactory&action=consultar_pirelTesouro&letra=N

https://www.redjurista.com/Documents/l0003_30.aspx)

ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1968/decreto_2400_1968.html

webidu.idu.gov.co:9090/pmb/tools/IDU_INFO/texto/.../DE-1950-73.do

ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1976/decreto_0150_1976.html#138

ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1983/decreto_0222_1983.html

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-154-97.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-287-11.htm>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-65062>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8394760>

<http://www.vanguardia.com/opinion/editorial/83243-las-nominas-paralelas>

[-http://www.elespectador.com/noticias/bogota/durante-gestion-](http://www.elespectador.com/noticias/bogota/durante-gestion-)

[petronominas-paralelas-aumentaron-40-d-articulo-566539](http://www.elespectador.com/noticias/bogota/durante-gestion-petronominas-paralelas-aumentaron-40-d-articulo-566539)

http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1647_1991.htm

Normas Constitucionales y Legales sobre el tema

- Constitución Política de Colombia

- Decreto 1950 de 1973

- Decreto 1042 de 1978

- Decreto 1222 de 1986

- Decreto 1333 de 1986

- Ley 136 de 1994

- Ley 223 de 1995

- Ley 489 de 1998

- Ley 909 de 2004

- Decreto Ley 1569 de 1998

- Decreto 2503 de 1998

- Decreto 2504 de 1998

- Decreto 1173 de 1999

- Decreto 1487 de 2000

- Decreto 1227 de 2005
- Decreto 4968 de 2007
- Decreto 1894 de 2012