

El contrato de prestación de servicios, contrato realidad y la eficiencia del control fiscal en Colombia

Por: José Ángel Espeleta Guerrero¹

Resumen

El despilfarro de recursos por el uso y abuso de la modalidad de vinculación por contrato de prestación de servicios, ha derivado en verdaderas nominas paralelas en las entidades del sector público, generando daños patrimoniales a las entidades del Estado por las demandas que presentan los contratistas por el cumplimiento de horario, subordinación y remuneración, casos en los cuales muchos Jueces de la Republica terminan condenando al Estado por configurarse los tres elementos del contrato de trabajo, que dista de la razón de ser del contrato por prestación de servicios llevando a lo que se ha conocido como contrato realidad, afectando los fundamentos del contrato en sus principios de igualdad, en cuanto al reconocimiento de éste como negocio jurídico de contenido económico, que desde el punto de vista fiscal requiere una mayor atención y control. El artículo tiene como objetivo analizar el control fiscal frente a los contratos de prestación de servicios, dentro de la Administración pública para evitar, prevenir, sancionar o disuadir la configuración del contrato realidad, en las entidades públicas a la luz de la ley y la jurisprudencia. Para tal fin, el método utilizado es la investigación jurídica con una técnica documental que permite el abordaje de los diferentes informes, auditorias, pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, elementos que sirven para saber el alcance del contrato realidad en la legislación contractual colombiana. Se concluye que persiste para el Estado colombiano un deficiente control fiscal frente a la interacción que se desprende el contrato por prestación de servicios, contrato laboral y contrato realidad.

Palabras claves: contrato de prestación de servicios, contrato laboral, contrato realidad laboral, control fiscal, Administración pública.

¹ Abogado de la Universidad Republicana 2012, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás 2017.

Abstract

The waste of resources due to the use and abuse of the modality of linkage by contract for the provision of services, has resulted in true parallel payrolls in public sector entities, generating patrimonial damages to State entities due to the demands presented by contractors for compliance with the schedule, subordination and remuneration, cases in which many Judges of the Republic end up condemning the State for configuring the three elements of the employment contract, which is far from the *raison d'être* of the contract for the provision of services, leading to what is has been known as a reality contract, affecting the fundamentals of the contract in its principles of equality, in terms of its recognition as a legal transaction with an economic content, which from the fiscal point of view requires greater attention and control. The objective of the article is to analyze fiscal control against contracts for the provision of services, within the Public Administration to avoid, prevent, penalize or dissuade the configuration of the contract in reality, in public entities in light of the law and jurisprudence. . For this purpose, the method used is legal research with a documentary technique that allows the approach of the different reports, audits, jurisprudential and doctrinal pronouncements, elements that serve to know the scope of the contract reality in Colombian contractual legislation. It is concluded that a deficient fiscal control persists for the Colombian State in the face of the interaction that emerges from the contract for the provision of services, labor contract and reality contract.

Keywords: contract for the provision of services, labor contract, labor reality contract, fiscal control, public administration.

Introducción

Los contratos de prestación de servicios tienen una naturaleza que puede ser comercial o civil, gozan de una amplia libertad contractual que les permite a las partes hacer acuerdos libres, siempre y cuando no se viole ninguna ley; tiene por objeto desarrollar o prestar un servicio, en el cual el contratista goza de cierta autonomía para cumplirlo, toda vez que no está sometido a la continuada y completa subordinación, tal como se precisa en el contrato realidad cuyo alcance y dimensiones dista mucho del contrato de prestación de servicios.

Significa que el “contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el fin de suplir actividades inherentes a la Administración o funcionamiento de la entidad” (Ámbito Jurídico, 2018, pág. 1), en pro de ejercer actividades especializadas que no pueden ser ejercidas por el personal de planta, sin que exista en ningún caso la relación de subordinación o dependencia.

El contrato por prestación de servicios tiene presencia en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 34, así mismo; en otras normas, entre éstas el Código de Comercio o Civil, la Ley 80 de 1993 sus decretos reglamentarios, y otras disposiciones que inciden en su celebración, por parte de las entidades estatales. Por tanto, en la actualidad se encuentra “que tanto en la Administración pública como en el sector privado se da cada vez más frecuente las contrataciones por medio de la modalidad de prestación de servicios, independientemente cual sea el origen de la labor a contratar” (Anaya, et. al, 2014., pág. 33).

Por su parte, el Decreto 1068 de 2015 en su artículo 2.8.4.4.5 establece que “cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán”; regla que sigue las directrices de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 indica que éstos se deben de realizar por medio de contratación directa. Lo que se debe dejar claro es que ninguna

de las normas establece un límite para la fijación del valor del contrato. El contrato de prestación de servicios en la Administración pública se ha dado como una herramienta de gestión “para vincular de manera temporal a personas naturales al servicio del Estado para el cumplimiento de determinadas actividades o para convenir con personas jurídicas unas obligaciones específicas de hacer, encaminadas siempre a satisfacer necesidades de interés general” (Arteaga, 2014, pág. 42).

El control fiscal se establece, de acuerdo a lo señalado en la Constitución Política de 1991 (en adelante CP) – art. 267 – como el mecanismo con el que cuenta la Administración pública, para ejercer dicho control en los sujetos que en el orden territorial integren la estructura de la administración departamental, municipal y las entidades de este orden enumeradas en la Ley 42 de 1993 – art. 3° – modificada por el Decreto 403 de 2020. El control fiscal también se aplica a los particulares “en ejercicio de funciones administrativas. Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico, y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas” (Pardo, 2019, pág. 12).

La función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República, se orienta por una meta, y es el control de gestión desde la función de advertencia, para promover el manejo adecuado de “los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, que ejerzan una función pública” (Corte Constitucional Sentencia C - 167, 1995). Así, “el contrato estatal siempre involucra la ejecución de recursos públicos porque con ellos se paga al sujeto contratista privado. Sin embargo, este solo podrá reputarse gestor fiscal si gestiona fondos públicos, no recursos privados” (Fajardo, 2017, pág. 339). De ahí que, la

gestión fiscal le permite al servidor público y de forma excepcional al particular, por vía contractual o funcional, no sólo la disponibilidad material sobre el patrimonio público, sino particularmente una disponibilidad jurídica sobre el mismo. Para que la gestión fiscal se dé en debida forma, es pertinente que el gestor fiscal goce de una disponibilidad jurídica y no solamente material de los recursos públicos. No cualquier disminución, “pérdida, uso indebido o malversación de fondos públicos imputable a un contratista del Estado es susceptible de ser reparada mediante el proceso de responsabilidad fiscal” (Fajardo, 2017, pág. 349).

En tal sentido, Cuesta y Zota (2016) plantean que:

Las entidades estatales colombianas están dando una errada utilización a la contratación por la modalidad de prestación de servicios, si se tiene en cuenta que esta clase de vinculación debe ser temporal y para ejercer una labor en la que no esté capacitado el recurso humano de la organización. La realidad indica que las actividades que desarrollan los contratistas en muchas ocasiones se convierten en permanentes, lo que supone que las entidades deberían efectuar los respectivos concursos para ocupar estos cargos definitivamente (pág. 26).

La contratación por medio de la prestación de servicios como mecanismo de gestión resulta de gran relevancia para la administración pública, debido a que ofrece alternativas efectivas para los eventos necesarios de personal calificado en el cumplimiento de ciertas labores específicas, tal como lo señala el marco normativo; sin embargo, dicha contratación se ha convertido en una opción que se ha desbordado, pues ya se ha hecho costumbre que éste modelo de contratación se posicione en el ámbito nacional, departamental y local, generando con ello, una serie de inconvenientes, siendo uno de éstos la afectación al patrimonio del

erario público que a su vez, afecta la gestión fiscal. De acuerdo con Ávila (2018) la contratación por prestación de servicios no precisa una forma de gestión por parte del Estado acorde a las necesidades de las personas; más bien, es un claro reflejo de que éste “cambió la forma de contratación, debido a que amplió indiscriminadamente una contratación expedita sin mayor evidencia sobre la efectividad de la gestión pública y la calidad de las políticas públicas” (Zanabria, González y Becerra, 2019, pág. 1).

La modalidad de contratos por prestación de servicios genera una compleja situación, cuando a través de su ejercicio se surte una serie de situaciones que se reflejan en los “altos costos tanto para quienes asumen estos contratos, como para el sector público, debido a que pueden afectar la continuidad de políticas públicas, patronazgo político, alta rotación de personal y afectar la gestión del conocimiento dentro de las entidades” (Zanabria, González y Becerra, 2019, pág. 2); adicionalmente, la vinculación por prestación de servicios en Colombia se distingue por ser una modalidad contractual que permite la realización de una labor o labores específicas, sin supeditar al profesional a la exclusividad con el contratante, y a su vez, no genera obligaciones, ni derechos laborales para las partes, siendo una modalidad de la nueva gestión pública – NGP –.

Conforme a lo anterior, se expone la problemática desde el hecho que, en la actualidad, se evidencia una falta de control efectivo sobre los contratos de prestación de servicios, lo que ha permitido que en muchas ocasiones se conviertan en contratos realidad. Esto se debe, en parte, a la vaguedad regulatoria y a la interpretación ambigua de las normas existentes en materia de contratación pública. Además, se ha observado una tendencia de vincular personal de forma permanente en las entidades públicas mediante contratos de prestación de servicios, lo cual va en contra de la naturaleza de este tipo de

contratación y de los principios de la administración pública, como debido proceso, imparcialidad, moralidad y participación.

Es importante destacar que la deficiente aplicación del control fiscal en relación con los contratos de prestación de servicios ha provocado altos costos para las entidades públicas, afectando la continuidad de políticas públicas, generando patronazgo político y alta rotación de personal. Esta situación se agrava por la falta de una gestión fiscal eficiente, que permita prevenir, sancionar o disuadir la configuración de contratos laborales reales en las entidades públicas. Adicionalmente, el ordenamiento jurídico no establece límites claros para la fijación del valor de los contratos de prestación de servicios, lo propicia el uso inapropiado de esta modalidad, el desvío de recursos públicos, y el riesgo proveniente de la existencia de contratos realidad, vulnerando los principios de la administración pública, especialmente la eficiencia, puesto que la relación costo-beneficio de estas vinculaciones, no parece ser beneficiosa para el cumplimiento de la función administrativa.

En virtud de lo anterior, se expone el claro ejemplo que se dio en la vigencia de la Ley de Garantías en marzo de 2022, puesto que la Contraloría General de la República (2022) estableció la concentración de contratistas a nivel nacional. “10 departamentos presentan la mayor concentración de contratos. Desde la entrada en vigencia de la Ley de Garantías 2021 se han suscrito 645.495 contratos por más de 52.3 billones de pesos en los 32 departamentos del país y Bogotá” (Contraloría General de la República, 2022).

En materia fiscal frente al contrato de prestación de servicios, continúan existiendo ambigüedades para el pleno reconocimiento de la carga presupuestal, prestacional y parafiscal cuando se configura como contrato realidad, debido a que en el país “más de 2.5

millones de funcionarios públicos se encuentran vinculados laboralmente a una compañía por medio de un contrato por prestación de servicios” (elempleo, 2021, pág. 1) lo que debe ser considerado como una situación que más que dificultar el empleo formal, genera para el Estado riesgos judiciales y económicos que se controvierten exclusivamente con demandas laborales. Con lo referenciado se formula la siguiente pregunta de investigación: ¿Es eficiente el control fiscal frente a los contratos de prestación de servicios dentro de la Administración pública para evitar, prevenir, sancionar o disuadir la configuración de contrato laboral realidad en las entidades públicas a la luz de la ley y la jurisprudencia?

La hipótesis parte del hecho que sí bien existe frente a los contratos de prestación de servicios un proceso de control fiscal; éste no ha sido suficiente, para eximir a las entidades de enfrentar problemas cuando éstos llevan al contrato realidad. Es frecuente ver demandas de contrato realidad ante la justicia administrativa donde se abordan con línea de criterio unificada contratos prestación de servicios, frente a la primicia de la realidad, y si estos contratos en sí mismos siguen conservando su objeto principal y la exigencia legal para la cual fueron inicialmente suscritos.

Los organismos de control fiscal nacionales o regionales debe estar actualizados en los conceptos y lineamiento dados por los jueces de la república, además de observar lo dicho por la propia constitución y las leyes que rigen sobre el tema en particular, para el mejor ejercicio de control fiscal a los dineros públicos. Lo anterior se justifica en la necesidad de profundizar los medios de control que emplea la Contraloría General de la República, Contraloría de Bogotá y demás entes territoriales que ejercen el control fiscal en referencia a los contratos de prestación de servicios, los cuales, se vienen ejecutando por algún tiempo al interior de las entidades oficiales, en este sentido, se pretenden revisar los (principales lineamientos) para la

celebración de los contratos por prestación de servicios y la eficiencia del control fiscal para evitar que estos se conviertan en contrato realidad

Así las cosas, con lo propuesto anteriormente, el artículo tiene como objetivo general analizar el control fiscal frente a los contratos de prestación de servicios dentro de la Administración pública para evitar, prevenir, sancionar o disuadir la configuración del contrato laboral realidad en las entidades públicas a la luz de la ley y la jurisprudencia. Para tal fin, es necesario establecer los siguientes objetivos específicos: **(i)** identificar la problemática del contrato realidad en la administración pública, derivada de indebidas aplicaciones del contrato de prestación de servicios a la luz de la dogmática, la legislación y la jurisprudencia; **(ii)** examinar el contenido del control fiscal ejercido por la Contraloría General de la Nación sobre de los contratos celebrados con la administración pública; y por último, **(iii)** señalar las medidas para la materialización del principio de eficiencia en la contratación estatal bajo la modalidad de prestación de servicios .

Para tal fin, la metodología implementada será la investigación documental y evaluativa, que pretende explorar el marco normativo, los diferentes informes y auditorias, y pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, los cuales permitirán determinar si el control fiscal es apto para que los contratos de prestación de servicios no se utilicen de forma indiscriminada, evitando la generación de perjuicios y desgaste de índole administrativa y/o económica al Estado colombiano.

Capítulo 1.

La indebida aplicación del contrato por prestación de servicios vs el contrato realidad en la Administración Pública a la luz de la dogmática, la legislación y la jurisprudencia

El contrato de prestación de servicios en la Administración pública

El apartado inicia con el abordaje de la función pública como elemento central de la relación entre el servidor público con la administración o al conjunto de regímenes de Administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado. “El concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor, pues consiste en toda actividad ejercida por los órganos del Estado o, excepcionalmente, por los particulares, por expresa delegación legal o por concesión, para la realización de sus fines” (Tovar, 2018, pág. 27).

La función pública responde a la actividad del Estado, motivo por el cual no toda prestación de un servicio público exige necesariamente el ejercicio de una función pública, pero para su cabal funcionamiento si se ejerce a través de “personas vinculadas bajo la modalidad de servidores públicos, empleados públicos o de trabajadores oficiales en la forma prevista por la Constitución – artículos 122 y 133 –, la ley y los reglamentos” (Tovar, 2018, pág. 28).

La CP contempla que la remuneración del empleo público debe ser parte de la concerniente planta de personal y en el presupuesto de la entidad debe existir el estimado de la carga salarial. Es con la Ley 909 de 2004 que se determina que “el empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley, entendiendo por empleo el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de

los planes de desarrollo y los fines del Estado” (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2016).

Por otra parte, el Decreto 1082 de 2015, en el art. 2.2.1.2.1.4.9, establece que para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo administrativo, o para la ejecución de tareas artísticas que sólo puedan ser encomendadas a determinadas personas naturales, las entidades estatales podrán contratar bajo la modalidad de contratación directa por prestación de servicios profesionales y apoyo administrativo con la persona jurídica o natural que esté y relacionada con el área de que se trate.

Esta modalidad contractual no genera ningún vínculo laboral y, por consiguiente, no hay lugar a que se ocasionen acreencias laborales, y deben ser celebrados por el tiempo estrictamente necesario. Sin embargo, lo que se refleja en la mayoría de las entidades estatales, es que no se cumplen estos criterios toda vez que “se ha hecho común que se contrate a través del contrato de prestación de servicios, en actividades que bien podrían desarrollar por medio de un contrato laboral, o por empleados de planta” (Vallejo, 2017, pág. 1).

Con lo referido se puede establecer que el contrato por prestación de servicios ha desbordado los cánones para los que fue establecido, llevando al uso indiscriminado de éste. Así, las cifras de “Colombia Compra Eficiente evidencian que el crecimiento entre 2014 y 2016 pasó de 189.357 contratos a 243.427 en la mayoría de los casos con el fin de desempeñar funciones que ya tenían asignadas de forma permanente algunos servidores públicos en virtud del empleo público de la Administración Pública. Bogotá, Cali y Cartagena” (Universidad de los Andes, 2019) fueron las ciudades con el mayor número de contratos en el periodo señalado.

Los contratos de prestación de servicios para entidades públicas, sean profesionales o de apoyo a la gestión se encuentran regulados por la Ley 80 de 1993 y demás normas que

contemplan el contrato de prestación de servicios. Estos contratos permiten establecer que la realidad de estos se fundamenta en una misma expresión jurídica, que resulta ser el “apoyo que se le brinde a la entidad en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades inherentes a la administración de esta, que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, 2013). Respecto a los contratos de prestación de servicios que tienen asignadas funciones permanentes de las entidades públicas, la Corte Constitucional en Sentencia T – 501 de 2004 estableció que en caso de configurarse los aspectos de un contrato realidad, por contar con los elementos de una relación laboral, incluyendo el ejercicio de actividades del giro ordinario de las entidades públicas darían lugar al pago de prestaciones sociales.

En cuanto al contrato realidad conceptualizado por Diazgranados, et. al (2018), quienes afirman que es aquel que pese a tener una denominación civil o comercial, al contar fácticamente con los elementos propios de una relación de trabajo, se considerará lo que prime en la realidad, es decir, el contrato laboral. Se debe pues, “establecer en cada caso concreto los supuestos fácticos siendo necesario acudir a indicios que permiten inferir con base en el contrato realidad, la estructuración de una relación laboral” (Corte Constitucional Sentencia T-501, 2004).

Como complementó de lo señalado la jurisprudencia consagra una amplia protección de los derechos de los trabajadores con la “aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades con el que se declara la existencia de un contrato realidad cuando se evidencia la presencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo” (Corte Constitucional Sentencia T-992, 2005). Así, es frecuente que los empleadores, no todos, con la idea de reducir costos de un contrato laboral, como por ejemplo el pago de parafiscales, acuerden

que se contratará a través de una figura jurídica diferente, pese a que en la realidad es visible que se configuran los elementos de un contrato de trabajo.

Criterios para la configuración del contrato realidad a través del contrato de prestación de servicios

Se ha determinado que existen diversas modalidades de contrato de trabajo según la forma como el contrato realidad, “los cuales son: verbal, escrito y el contrato realidad. El contrato realidad tiene su sustento en la Constitución Nacional, en la jurisprudencia, en la ley laboral y en la doctrina” (Menjura, et. al, 2014, pág. 41), por cumplirse fácticamente con los elementos del Código Sustantivo del Trabajo.

Asimismo, también se tiene que “el contrato realidad es aquel que, aunque no se definió inicialmente, ni formalizó, la ley considera que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador” (Cuesta y Zota, 2016, pág. 13). Por otro lado, se tiene que la Corte Constitucional en Sentencia C – 023 de 1994 señala que la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. En consecuencia, se tiene que la configuración del contrato realidad se da cuando el principio de primacía de la realidad demuestra que un “trabajador que es vinculado mediante un contrato de prestación de servicios realmente es un empleado, teniendo en cuenta sus obligaciones con la organización y la rutina laboral que desempeña en el cumplimiento de las funciones por las cuales fue contratado” (Cuesta y Zota, 2016, pág. 14).

Respecto a lo expuesto anteriormente cabe aclarar que el contrato realidad constituye una “vulneración fehaciente de los Derechos Humanos – DD. HH –, pero requiere que se presente

una evolución jurídica en materia jurisdiccional nacional y extranjera que permita un reconocimiento efectivo y una protección garantista del derecho al trabajo en nuestro país”

(Cuesta y Zota, 2016, pág. 28) (véase figura 1).

CONTRATO LABORAL	CONTRATO POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS
El manejo del tiempo por el cual se debe responder por la actividad, esto quiere decir que mientras en el contrato por prestación de servicios el contratista puede manejar los espacios como lo desee siempre y cuando cumpla con el objeto por el cual fue contratado, en el caso del contrato laboral esto no es posible, ya que ahí si existe una subordinación por parte de los superiores y se debe cumplir con el horario manifestado por la compañía.	El contrato de prestación de servicios puede ser desempeñado por una persona natural o jurídica, ya que si bien es cierto pueden desempeñarse en una entidad sin la necesidad de una subordinación, caso que no sucede con el contrato de trabajo, ya que el mismo debe ser realizado por una persona natural por las características propias del mismo.
Partiendo del hecho de que el contrato laboral tenga exclusividad el empleado no podrá emplearse a otra entidad (en la mayoría de los casos dicha cláusula se encuentra presente), situación que no ocurre en el contrato por prestación de servicios, ya que el contratista podrá desempeñar varias actividades en diferentes entidades al mismo tiempo	Para solucionar las controversias generadas por un contrato de prestación de servicios se deberá acudir a un juez contencioso administrativo, y por el contrario el contrato laboral será resuelto por un juez laboral

Figura 1. Diferencias entre el contrato laboral y contrato por prestación de servicios

Fuente: Beltrán (2018)

Frente a la figura anterior, se tiene que, al existir un salario por una función determinada y una subordinación, se refiere a un contrato realidad que tiene inmersos los elementos que configuran el “contrato laboral y es ahí donde se ve una vulneración de los derechos fundamentales de los asociados toda vez que no cuenta con las prestaciones sociales que por ley tienen derecho al desarrollar una actividad propia de una relación laboral” (Salazar y Marulanda, 2014, pág. 28).

El contrato de trabajo realidad es en el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna labor, se tienen varios elementos como capacidad de las partes para contratar, consentimiento y causa y objeto lícito, pero hay que tener en cuenta que para que sea de característica laboral deben darse tres elementos fundamentales que son (i) prestación personal del servicio, es decir que la persona contratada debe efectuar la actividad personalmente no puede delegar las funciones para las que fue contratado; (ii) subordinación, esta debe ser continuada, “el trabajador depende 100% de su empleador, el empleador está facultado para exigir al trabajador sus órdenes y lineamientos, bajo el parámetro del respeto por la dignidad humana; y (iii) salario este es en contraprestación por los servicios recibidos” (Salazar y Marulanda, 2014, pág. 59). obrando de mala fe la persona que contrata, porque pese a que se presentan los elementos del contrato laboral, decide suscribir un contrato de diferente naturaleza.

También, cabe resaltar que el Contrato de Trabajo Realidad es un fenómeno social que pone a Colombia como Estado Social de Derecho muy mal parado, en el desarrollo de sus políticas garantistas, en pro de garantizar un equilibrio en la relación laboral “solo si la parte afectada acude a la instancia judicial, que porcentaje de las personas cuyo vínculo es este tipo de

contrato se encuentran en la actualidad bajo este modelo de contratación, ya sea por ignorancia o por necesidad” (Sánchez, 2015, pág. 62).

En cuanto, a los diferentes criterios legales y jurisprudenciales para la configuración del contrato realidad y del contrato de prestación de servicios, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han precisado los criterios para determinar la configuración de estas modalidades contractuales. Así, se da una relación laboral o se reglamenta según el caso, cuando: Se presten servicios personales, se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador, 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” (Ministerio de Protección Social y del Trabajo, 2021, pág. 89); es decir, el contrato de prestación de servicios es un disfraz para la verdadera modalidad de contrato, que es la laboral.

Por su parte, la Corte Constitucional Sentencia C – 614 de 2009 trae a colación el Decreto Ley 3074 de 1968, define 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”, lo cual se fundamenta porque viola el artículo 2, 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia. Es decir, acudiendo como regla general a mecanismos de contratación como el concurso de méritos, garantizando la idoneidad del trabajador para desempeñar el empleo público, además de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, mientras que apelar a la contratación por prestación de servicios como alternativa excepcional y temporal. La Corte Constitucional en Sentencia T – 556 de 2011 hace referencia a la primacía de la realidad.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.

Principio que se agota cuando la relación de trabajo se da en debida forma, superando las apariencias que hayan querido ocultarla. Dicha primacía tiene validez, tanto en el ámbito público como privado.

Por su parte, El Consejo de Estado Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda (2014) se refiere a las personas vinculadas por la prestación de servicios con entidades territoriales que pueden exigir el pago de los servicios sociales cuando se declara la existencia de un contrato real, contados a partir de tres años las personas vinculadas por la prestación de servicios con entidades territoriales que sean capaces de exigir el pago de servicios sociales cuando se declare la existencia de un contrato real , contados a partir de ese momento tres años. Asimismo, el principio de realidad frente a la formalidad en ella firma de un contrato debe satisfacer los derechos adquiridos.

Lo anterior indica que para toda demanda que pretenda se le declare un contrato realidad debe ser probado, estas pruebas además deben ser practicadas en el lugar y tiempo determinados por el juez competente en cuyo caso el pago se considera como honorarios en el cumplimiento de un horario de trabajo, lo que le da derecho al pago de prestaciones y seguridad sociales.

Capítulo 2.

El control fiscal ejercido por la Contraloría General de la Nación sobre los contratos celebrados con la Administración Pública

La Contraloría General de la República estaba constituida por la Auditoría General ante ministerios, departamentos administrativos, Congreso Nacional, Ministerio Público y rama jurisdiccional; las auditorías especiales ante las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas, las revisorías delegadas (Cuellar, 2007, pág. 18). En consecuencia, la Contraloría General de la República ejercía su control sobre cualquier entidad de carácter público o privado, entre otras la gestión fiscal de los empleados públicos; todas las cuentas de los responsables del erario.

De ahí que el control fiscal se puede efectuar de diferentes formas, como:

- El *control previo* que consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones y operaciones, los actos y documentos que los originan para comprobar el cumplimiento de las normas. Esto se realiza para evitar que la función pública genere transacciones u operaciones ilegales y por eso comprueba las exigencias legales.

- El *control perceptivo*, es mediante el cual se realiza para la comprobación física de fondos, valores y bienes nacionales, este control tiene importancia en bienes y elementos que se protejan y tiene como técnica para su aplicación en tesorerías, cajas y fondos de los empleados de manejo (Cuellar, 2007, pág. 25).

- El *control fiscal posterior*, tiene el control de todas las transacciones y operaciones por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registros, teniendo como fin establecer cierta responsabilidad. Además de esto se tienen diferentes principios de control fiscal

que contribuyen al rendimiento sobre la gestión de los recursos del Estado, para ello se tiene el principio de eficiencia, principio de eficacia, principio de economía y el principio de equidad.

En el caso de los principios, se enfoca en el último, ya que de acuerdo con la Ley 42 de 1993, en el artículo 8, en el cual permite identificar los receptores de la acción económica del Estado y analizar la distribución de costo y beneficio entre sectores económicos y sociales entre entidades territoriales (Hoyos, 2019, pág. 122)

Esto conduce a la Contraloría, ejerza el control posterior a la contratación administrativa a través de la Ley 80 de 1993, se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración pública, el cual estipula las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (Vives, 2015, pág. 47). Luego de las intervenciones de las autoridades que ejercen control fiscal, la intervención de las autoridades de control fiscal inician una vez se agota los trámites administrativos de legalización de contratos.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá diferentes controles como financiero, gestión y resultados. Esta fase, es una de las principales características, en la que la Contraloría puede llegar a detectar la primacía de la realidad, puesto que en la actualidad las entidades públicas, han institucionalizado una práctica para la utilización de la contratación de personal por prestación de servicios que no cumple con los requisitos de un trabajador independiente. (López & Asociados Abogados, 2018)

De esta forma, la “primacía de la realidad”, como se ha abordado anteriormente, no se establece por su denominación, sino por sus hechos, los cuales están configurados por situaciones en las cuales el empleador considera a un empleado como si no lo fuese, ocultando de manera oculta su verdadera condición jurídica, por lo que dichas situaciones hacen que los trabajadores se priven de la protección a la que tienen derecho (Vives, 2015, pág. 48).

Adicionalmente a estas anomalías, las empresas recurren a otras prácticas como las nóminas paralelas, las cuales hacen referencia a la utilización de los contratos por prestación de servicios o a la utilización de empresas de servicios temporales, las cuales están obligadas a vincular trabajadores en misión con un contrato de trabajo, por lo que quedan excluidos de beneficios y derechos a los que son acreedores los trabajadores de planta (González, 2020, pág. 49). Claramente, esto se puede considerar como otra relación laboral de encubrimiento a modo de prestación de servicios.

A manera de cierre y con lo expresado sobre la actividad que ejerce la Contraloría General de la República en referencia al control fiscal, se estima que en el presente capítulo evidenció que es innegable que existe una estrecha vinculación entre el incorrecto uso del contrato por prestación de servicios, y el contrato realidad previamente discutidos en el primer capítulo con relación al control fiscal. Esta relación se manifiesta en situaciones donde los contratos no se ajustan a los parámetros legales establecidos, lo que puede resultar en cuestionamientos y fiscalizaciones por parte de la Contraloría. Es en este punto donde se pone de manifiesto la importancia de comprender y aplicar adecuadamente los contratos en la Administración Pública.

Cabe destacar que el control fiscal abarca diferentes componentes, como el control financiero, gestión presupuestal, gestión contractual y plan de mejoramiento, todo esto se enfoca en la utilización adecuada de recursos, y el control de legalidad que verifica la conformidad con las normativas vigentes. Estos aspectos deben ser analizados en relación con los contratos de prestación de servicios para asegurar que se evite la materialización de los denominados "contratos realidad", tal como se señaló en el capítulo precedente.

A través de ejemplos concretos y casos de estudio, se ilustró de manera elocuente cómo las decisiones contractuales pueden tener un impacto directo en el proceso de control fiscal. Estos ejemplos, respaldados por la jurisprudencia pertinente, subrayan la necesidad imperante de una gestión rigurosa y diligente en la celebración de contratos con la Administración Pública. En última instancia, este análisis debe proporcionar recomendaciones concretas sobre cómo fortalecer y mejorar el control fiscal en este tipo de contratos. Esto podría incluir sugerencias sobre mecanismos de monitoreo más efectivos, la implementación de indicadores clave y posibles ajustes en las políticas y procedimientos de contratación.

Capítulo 3.

La eficiencia del control fiscal frente al contrato de prestación de servicios y contrato realidad

La eficiencia es un criterio económico fundamental en la teoría económica que mide “la optimización de recursos en la producción y distribución de bienes y servicios, minimizando costos y maximizando la producción” (Westreicher, 2021, pág. 1). En general, este criterio se refiere a “la capacidad de un sistema económico para utilizar los recursos productivos de manera efectiva y satisfacer las necesidades de la sociedad” (Medina, 2019, pág. 10). Desde esta noción, la eficiencia y el bienestar social son dos conceptos que generalmente van de la mano; siendo la eficiencia no solo un criterio clave en el ámbito de la economía, sino también en la gestión pública y el derecho.

En este sentido, el Analisis Economico Del Derecho (en adelante AED), es empleado como “un metodo de interpretación dirigido a maximizar utilidades al menor costo, o maximizar los resultados o beneficios en un marco de escasez de recursos” (Medina, 2019, pág. 11). De acuerdo con, el AED no trata de buscar respuestas a los problemas planteados por la teoría económica, tales como la asignación de los recursos o las formas de mercado, sino que trata de explicar cuestiones como la eficiencia de las instituciones y las normas jurídicas que hasta hace pocos años permanecieron al margen del análisis económico.

Así las cosas, de acuerdo con Pascual (2014) el AED “aplica métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico” (pág. 99), siendo el máximo bienestar social un alcance clave entre el derecho y la economía, siendo la eficiencia el criterio central entre estas dos corrientes. La eficiencia *paretiana*, o mejor conocida como Óptimo de Pareto, es un criterio

común de eficiencia empleado por el AED, ya que permite “evaluar la eficiencia de una economía ahorrada de recursos o una política fiscal”. De acuerdo con Millar y Meiners (1989), Pareto señala que “cualquier cambio de situación afectaría a una economía sin perjudicar a otra; es decir, las situaciones son eficientes, si al haber un cambio de esa situación, se beneficia a alguno, sin perjudicar a otro” (pág. 32); en otras palabras, “no es posible que algún sujeto pueda mejorar su situación sin que ello implique que al menos otra persona se vea perjudicada en tanto que empeoraría la suya” (Medina, 2019, pág. 17).

En este sentido, una forma de lograr la eficiencia es mediante un contrato, ya que, si ambas partes lo firman y se obligan libremente, se presume que es porque ambas mejoran, lo que nos lleva a una situación más eficiente que la anterior. Por lo tanto, una situación sería inmejorable, y por lo tanto óptima, cuando, dados los recursos existentes, es imposible que una persona mejore sin que otro empeore; esto es lo que se conoce como "Óptimo de Pareto". Moverse hacia la eficiencia absoluta implica moverse hacia el Óptimo de Pareto, ya que la distribución y uso de recursos es lo óptimo y adecuado que ninguna situación distinta mejoraría a la sociedad.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, de acuerdo con la Ley 42 de 1993, la eficiencia está dirigida a “determinar en la administración, en un periodo determinado, que la asignación de los recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados”. Esta directriz se encuentra bajo el concepto de eficiencia descrita anteriormente, que sugiere “medir tanto la efectividad de los resultados de cada entidad, como la eficacia en la utilización de recursos” (Villací & Arroyave, 2017, pág. 95). Asimismo, la Sentencia C – 826 de 2013 emitida por la Corte Constitucional, cataloga la eficiencia como un principio de la siguiente manera:

Se trata de la máxima “racionalidad de la relación costos – beneficios, de forma tal que la Administración Pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a ser limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público (Corte Constitucional Sentencia C - 826, 2013).

Significa que la eficiencia estima que el Estado, por el interés general, debe contar con una adecuada planeación del gasto, y optimizar la relación costos – beneficios. Al respecto la CP de 1991 en los art. 267 y 268 hace referencia al alcance de este principio con relación al Control Fiscal función desempeñado por la Contraloría General de la República, particularmente el art. 268 de la CP estipula lo concerniente sobre la calidad y eficiencia del Control Fiscal Interno de las entidades y organismos del Estado.

Entonces, conforme al artículo 4 de la Ley 42 de 1993, el control fiscal como función pública, vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles. Conforme lo establece la Corte Constitucional Sentencia C – 534 de 1993 y Sentencia C – 320 de 1994, dicho control debe ser ejercido en forma posterior y selectiva por los entes territoriales, la Contraloría General de la República, las Contralorías departamentales y municipales de los auditores y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente Ley.

A su vez mediante Acto Legislativo 04 de 2019 el artículo 267 de la Constitución Nacional señala que la vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de

los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley. A su vez este artículo establece que el control fiscal podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

De este modo, el papel de la Contraloría es determinante para entender el control fiscal real en el Estado Colombiano, y su interacción con el contrato de prestación de servicios y contrato realidad, pues esta modalidad contractual tiene estrecha relación con el control fiscal.

Al respecto, el artículo 53 constitucional, se aborda el tema de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades en materia laboral. También, se definió desde 1968 mediante Decreto Ley 2400 (modificado por el artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968 la prohibición de acudir a los contratos de prestación de servicios para vinculación de personal con vocación de permanencia.

De este modo, la eficiencia en desarrollo del contrato de prestación de servicios no configura subordinación, así lo manifestó el Consejo de Estado Sección Segunda luego del estudio del principio de la primacía de la realidad sobre “las formas establecidas por los

sujetos de las relaciones laborales, previsto en el art. 53 de la CP, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 2018).

Al respecto, aclaró el Consejo de Estado la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, que significa que el contratista se somete a las exigencias requeridas para el desarrollo eficiente y productivo de la actividad encargada, “lo cual puede incluir el cumplimiento de un horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores y el reporte de informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 2018).

El alto tribunal precisó que para acreditar la interacción de la relación laboral es pertinente probar que el posible contratista se desempeñó de acuerdo a las condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades ejecutadas no eran de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato. Estandarizar las actividades para realizar auditoría de regularidad, que incluye las fases de planeación, ejecución, informe y cierre de la auditoría, con el propósito de examinar los componentes de integridad y factores de la gestión de los sujetos de vigilancia y control, mediante la aplicación de los sistemas de control financiero, control de gestión y control de resultados que permiten fundamentar los conceptos, opiniones y pronunciamientos en términos de los principios de la gestión pública fiscal” (Contraloría de Bogotá, 2021).

De allí, al igual que en otros países del mundo, la definición de Colombia sobre el control fiscal incluye una variedad de técnicas y procedimientos, todos especializados y enfocados en la

tarea de fiscalización de la gestión financiera de la administración, ya que esta es el área particular donde comprende una variedad de técnicas y procedimientos , todos ellos especializados y enfocados a la tarea de fiscalización de la gestión financiera de la Administración, por ser ésta el ámbito particular donde se ejerce su acción de control .se lleva a cabo su acción. (Cuellar, 2007, pág. 18).

Con lo referido se puede establecer que el contrato por prestación de servicios ha desbordado los cánones para los que fue establecido, llevando al uso indiscriminado de éste. Así, las cifras de “Colombia Compra Eficiente evidencian que el crecimiento entre 2014 y 2016 pasó de 189.357 contratos a 243.427 en la mayoría de los casos con el fin de desempeñar funciones permanentes de la administración pública. Bogotá, Cali y Cartagena” (Universidad de los Andes, 2019). A lo señalado se suma que a noviembre de 2021 existían procesos judiciales por contrato realidad contra la Nación por casi \$1 billón.



Figura 2. Procesos del Estado por configuración del contrato realidad.

Fuente: Acosta (2021)

Los datos presentados evidencian que con corte al “30 de noviembre de 2021, la nación tenía 7.201 procesos judiciales activos por configuración de contrato realidad, por una cuantía de

\$968.000 millones. Esto, en adición a los 9.092 ya terminados, que dejaron un saldo de \$64.000 millones de condena” (Acosta, 2021, pág. 1).

El Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante SENA), con 1.237 casos con un monto de \$216.919 millones. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) con demandas que ascienden a \$99.922 millones, resultado de 942 procesos. Otras entidades, como la Policía Nacional y el Ministerio de Salud, tienen cada uno 548 y 294 procesos. Para el sector de Educación se visualizan 358 procesos y Defensa 265 procesos, también tienen litigios en su contra por contratos realidad, y las pretensiones son de \$38.288 millones y \$27.762 millones, respectivamente.

Lo presentado en la figura 2 muestra que la contratación por prestación de servicios es uno de los grandes temas de lo que se “domina riesgo jurídico para el Estado y la práctica de acudir a este tipo de contratación cuando hay subordinación da lugar a un mayor escenario de conflictividad con el Estado” (Acosta, 2021, pág. 1). Al respecto, existe una clara necesidad de reducir la contratación por prestación de servicios en un “20% del total con referencia a sus empleos de planta de personal. Gran parte de los hoy contratistas pasarían a ser vinculados a través de la figura de empleos temporales, garantía que brindaría mayor estabilidad laboral y prestaciones sociales” (Díaz, C, 2021, pág. 1).

Es sorprendente que en la actualidad existan la misma cantidad de contratistas que de servidores públicos en las entidades del Estado. “El salario de estos contratistas es inferior en un 37% con respecto a los empleados públicos. Además, la insatisfacción con las actividades y la jornada laborales “evidencian una gran grieta entre contratistas y servidores públicos que redundan en la eficiencia de las acciones del empleo público en Colombia” (Díaz, C, 2021, pág. 1). Lo indicado revela que la contratación de prestación de servicios es una de las fuentes de

corrupción y clientelismo, ya que los políticos tradicionales ofrecen este tipo de relación laboral en sus campañas políticas.

Entre 2014 y 2020 la cantidad de contratos de prestación de servicios ha aumentado un 144 %, teniendo 420.000 nuevos contratos por prestación de servicios. Actualmente, por cada servidor público, hay un prestador de servicios y/o apoyo a la gestión: 558.106 son servidores públicos, y 530.000 contratistas. Con la implementación de este proyecto mejoraría la vida de más de 500.000 colombianos y el servicio público en Colombia (Díaz, C, 2021, pág. 1).

Lo anterior, sin mencionar la incidencia que tiene la utilización del contrato por prestación de servicios como una manera de evadir el ingreso al servicio público por medio del concurso de méritos, que por regla general es de origen constitucional – art. 125 –, llevando en muchas situaciones a prácticas clientelistas que contrarían los lineamientos de la democracia, transparencia y eficiencia de la administración pública, y peor aun cuando se ha establecido la meritocracia como requisito de ingreso a los altos cargos de la administración pública, a través del Acto Legislativo 02 de 2015.

Tras la modalidad del empleo encubierto, se desprenden otras situaciones que afianzan las prácticas de las políticas de “flexibilización laboral que so pretexto de maximizar las ganancias del capital han generado una mayor alineación y objetivación de los trabajadores” (Barattini, 2009, pág. 19). El premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz ha llamado al empleo “encubierto una práctica lesiva de los derechos laborales orientadas solamente a favorecer las políticas de mercado y la égida liberalización del mercado de capitales, lo cual permite al capital tener un mayor rango de acción para negociar” (Stiglitz, 2002, pág. 18), particularmente en países con economías inestables como la nuestra, que tienen como fin obtener mejores

condiciones de rentabilidad, situación que finalmente perjudica al eslabón más débil de las relaciones económicas el trabajador.

Con lo referenciado se puede indicar que a lo expuesto se suma que existen diversos factores que inciden en la presencia de prácticas corruptas, que van desde valores y actitudes generalizadas de aceptación e indiferencia hasta el bajo “riesgo de sanción, convirtiendo en uno de los puntos críticos de la corrupción en Colombia a la contratación pública la cual entre otras generan cuestionamientos sobre el control que llevan las entidades frente a la ejecución de los contratos” (Romero, 2019, pág. 55)-

En este sentido la función administrativa en el Estado colombiano, además de estar consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política, parte del principio de eficiencia el cual debe ser perceptible en la contratación estatal, especialmente en cuanto a los contratos de prestación de servicios. Esto, se invalida al evidenciar la figura del contrato realidad, en donde el encubrimiento se efectúa por el organismo del Estado, en cuyo caso, es la Contraloría la que debe dar cuenta de ello, a través de sus respectivas auditorías e investigaciones a estas prácticas de contratación.

Como punto final se puede evidenciar que en el presente capítulo nos adentramos en un área de suma importancia y relevancia en el contexto de la Administración Pública: La eficiencia del control fiscal en relación con dos tipos de contratos específicos, el contrato de prestación de servicios y el contrato realidad. Esta perspectiva nos permite apreciar con mayor claridad cómo la correcta aplicación de estos instrumentos contractuales puede influir de manera directa en la fiscalización de los recursos públicos.

Es innegable que un control fiscal eficiente es esencial para garantizar la integridad y legalidad en la gestión de fondos públicos. En este sentido, la selección y adecuada utilización de

los contratos se erige como un pilar fundamental. En el caso del contrato de prestación de servicios, su correcta implementación es clave para evitar irregularidades y garantizar que los servicios contratados se ajusten a los lineamientos legales y normativos. Por otro lado, el concepto de contrato realidad introduce un elemento adicional de complejidad. La distinción entre lo formal y lo sustantivo en la ejecución de un contrato es un tema delicado que requiere una consideración cuidadosa. La eficiencia del control fiscal en este contexto implica la capacidad de discernir entre lo que está documentado y lo que realmente acontece en la práctica.

En última instancia, este tercer objetivo reafirma la premisa central de este análisis: la eficiencia del control fiscal está intrínsecamente ligada a la correcta utilización de los contratos de prestación de servicios y al reconocimiento del contrato realidad. Estos instrumentos contractuales son herramientas poderosas que, cuando se aplican con integridad y transparencia, fortalecen la gestión pública y contribuyen a la confianza de la ciudadanía en el manejo de los recursos públicos.

Conclusiones

La contratación pública en Colombia, ha sido una de las formas de construcción económica social, en la cual la figura de los contratos por prestación de servicios, contribuye a que las empresas del Estado subsanen la necesidad de evacuar tareas y proyectos administrativos a través de este modelo de contratación, sin embargo, muchas veces las características propias de sus funciones van en contravía de los estatutos jurídicos que determinan el alcance y las funciones de los trabajadores que están bajo la prestación de servicios.

Es allí, cuando se traza una delgada línea entre el contrato de prestación de servicios y el contrato realidad, el cual marca una pauta para una contratación laboral definitiva en demostración de la permanencia de las funciones asignadas y de su subordinación ante un superior. En otras palabras, este modelo de contratación se ha prestado para evadir responsabilidad contractual con los empleados y atenta directamente contra sus derechos constitucionales.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Estado es el mayor contratante en el país, el seguimiento a esta función y la transparencia que esta demanda debe recaer en un órgano rector que verifique, audite y controle los debidos procesos en estas entidades. En tal sentido, la Contraloría es el ente que debe realizar estas funciones y auditar por completo la transparencia de los procesos de contratación.

Sin embargo, nada dista más de la realidad, en un país que ha sido gobernado por la corrupción y el clientelismo, en cuyo caso los contratos por prestación de servicios constituyen una cuota política que fuerza a las instituciones a incrementar sus cifras y su contratación para igualar el favor política de sus principales benefactores. Adicionalmente, las funciones

asignadas, las cuales deben ser temporales no definitivas, corresponden por el contrario a labores críticas y específica de la función del funcionario público.

Es por ello, que la relación entre ser el modelo de cumplimiento de la ley y de garantías a los derechos y la celebración de contratos que de cierta forma burlen las disposiciones jurídicas vinculantes de personal, evite el pago de prestaciones sociales a los trabajadores. Abusando en muchos casos de la falta de claridad de sus funciones para justificar esta evasión.

Finalmente, los organismos de control como la Contraloría, debe establecer en primera medida un modelo más efectivo para evidenciar las fallas de contratación de las entidades públicas, adicionalmente, se debería establecer un sistema informático de control que garantice los contratos por prestación de servicios, amparados en los debidos procesos para garantizar los principios legales a los que deben acogerse.

Sin embargo, debido a la cantidad de entidades públicas y el retraso que esto ocasiona en las mismas, puede ser un proyecto macro que permita segmentar el país en regiones más pequeñas y focalizadas para que de igual forma erradicar el clientelismo y las cuotas políticas, ofreciendo un proceso igualitario y por méritos para todas aquellas personas contratadas. Adicionalmente se deben cumplir con los lineamientos legales del contrato por prestación de servicios; el control fiscal ejercido por las contralorías territoriales no es eficiente de acuerdo al procedimiento establecido para tal fin, ya que las muestras de contratación para auditoria se seleccionan por contratos de mayor cuantía dejando de lado muchas veces los contratos por prestación de servicios sin auditar; en este sentido, el mecanismo utilizado para la selección de la muestra de contratación a fiscalizar no evita que los contratos de prestación de servicios se conviertan en contrato realidad causando grandes daños patrimoniales al Estado colombiano.

Referencia

- Acosta, A. (17 de diciembre de 2021). *La configuración de contrato realidad se da cuando, a pesar de haber prestación de servicios, se configura una relación laboral*. Obtenido de asuntos:legales: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/los-procesos-judiciales-por-contrato-de-realidad-contra-la-nacion-suman-casi-1-billon-3278305>
- Ámbito Jurídico. (20 de abril de 2018). *Precisiones sobre el contrato realidad frente a la Administración*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/administrativo-y-contratacion/precisiones-sobre-el-contrato-realidad-frente-la>
- Anaya, et. al. (2014.). *El contrato de prestación de servicios en la legislación colombiana*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C.: Universidad Sergio Arboleda.
- Arteaga, J. (2014). *Características del contrato de prestación de servicios suscrito con personas naturales*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad Militar Nueva Granada.
- Ávila, F. (30 de julio de 2018). *Uso indiscriminado del contrato de prestación de servicios*. Obtenido de <https://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/uso-indiscriminado-contrato-prestacion-de-servicios-por-raul-avila/260456>
- Barattini, M. (2009). El trabajo precario en la era de la globalización. ¿Es posible la organización? *Polis*, 8(24), 17-47.
- Beltrán, H. (2018). *Contrato realidad: afectaciones al empleado cuando se le da la figura de otra modalidad de contratación*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad Católica de Colombia.

Consejo de Estado Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda. (2 de julio de 2014).

Consejero ponente: Luís Rafael Vergara Quintero. *Expediente No 68001-23-15-000-2003-00909-01*. Bogotá, D.C.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (26 de julio de 2018). Magistrado ponente: César Palomino Cortés. *Radicado No: 68001-23-31-000-2010-00799-01*. Bogotá, D.C.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. (4 de julio de 2013). Consejero ponente: Jaime Orlando Gamboa. *Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456)* . Bogotá, D.C. Obtenido de Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00039-00 (41719). .

Contraloría de Bogotá. (19 de agosto de 2021). Procedimiento para adelantar auditoría de regularidad. Bogotá, D.C.

Contraloría General de la República. (1 de septiembre de 2014). *Contratos de prestación de servicios vigencia 2012-2013. Instituto de Seguros Sociales en Liquidacion*. Obtenido de <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/479396/030-Informe-Final-ISS-Vig-2014.pdf/2dc6983c-f3c3-40e4-8e3c-765b9012770f?version=1.0>

Contraloría General de la República. (1 de marzo de 2022). *Contralor alerta por concentración de contratistas a nivel nacional en Ley de Garantías*. Obtenido de Sala de Prensa. Comunicado de Prensa No. 025: <https://www.contraloria.gov.co/es/w/contralor-alerta-por-concentraci%C3%B3n-de-contratistas-a-nivel-nacional-en-ley-de-garant%C3%ADas>

Corte Constitucional Sentencia 614. (2 de septiembre de 2009). Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaijub. Bogotá, D.C: Corte Constitucional.

Corte Constitucional Sentencia C - 023. (27 de enero de 1994). Magistrado ponente:

Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 167. (20 de abril de 1995). Magistrado ponente: Fabio

Morón Díaz. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 534. (11 de noviembre de 1993). Magistrado ponente: Luís

Fernando Alvarez Jaramillo. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 826. (13 de noviembre de 2013). Magistrado ponente: Luís

Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia T-501. (20 de mayo de 2004). Magistrada ponente: Clara Inés

Vargas Hernández. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia T-556 . (12 de julio de 2011). Magistrada ponente: María

Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia T-992. (29 de septiembre de 2005). Magistrado ponente:

Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C.

Cuellar, C. (2007). *Análisis del nuevo régimen de control fiscal introducido por la*

Constitución de 1991, ejercido por la Contraloría General de la República para combatir la corrupción en Colombia y su impacto en el crecimiento económico. (Tesis

de grado). Bogotá, D.C: Ciencia Unisalle.

Cuesta y Zota. (2016). *Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del*

derecho fundamental al trabajo. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad Sergio

Arboleda.

Decreto 1082. (26 de mayo de 2015). “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional”. Bogotá, D.C: Departamento Administrativo de la Función Pública.

Decreto 430. (9 de marzo de 2006). Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública. Bogotá, D.C: El Presidete de la República de Colombia.

Delgado y Acero. (junio - diciembre de 2015). Análisis de la dependencia fiscal de los municipios de sexta categoría del departamento de Boyacá, durante el periodo 1996 - 2012. *Apuntes del CENES*, 34(60), 215 - 246.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2016). *Concepto 96691*. Bogotá D.C: DAFP.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (01 de septiembre de 2016). *Radicado No.: 20166000183681*. Obtenido de Concepto 183681 : https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=78042

Díaz, C. (26 de agosto de 2021). *Proyecto de ley buscará que contratistas del Estado pasen a ser servidores públicos*. Obtenido de <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/08/26/proyecto-de-ley-buscara-que-contratistas-del-estado-pasen-a-ser-servidores-publicos/>

Díaz, J. (22 de octubre de 2012). La primacia de la realiad frente a los contratos de prestación de servicios administrativos, avances jurisprudenciales. *Jurídicas CUC*, 8(1), 9 - 34.

Diazgranados, et. al. (2018). *Derecho Laboral en Colombia*. Bogotá, D.C.: Universidad Católica.

empleo. (28 de septiembre de 2021). *Conozca las nuevas reglas que se deben cumplir en los contratos por prestación de servicios*. Obtenido de <https://www.empleo.com/co/noticias/noticias-laborales/conozca-las-nuevas-reglas-que-se-deben-cumplir-en-los-contratos-por-prestacion-de-servicios-6460>

Fajardo. (junio - diciembre de 2017). La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(18), 327-351.

González, J. (2020). *Contrato realidad como principio del derecho al trabajo frente al contrato de prestación de servicios en Colombia*. (Tesis de Grado). Bogotá, D.C: Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano.

Herrera, R. (2013). La eficiencia y la equidad en los sectores público y privado: economía distributiva y justicia social. *Administración y Desarrollo*, 42(58), 39-57.

Hoyos, Y. (1 de marzo de 2019). El contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. *Derectum*, 5(1), 107-133.

Ley 80. (21 de diciembre de 1989). Por la cual se crea el Archivo General de la Nación y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C: Congreso de Colombia.

López & Asociados Abogados. (10 de agosto de 2018). Declaración contrato realidad vía tutela. Sentencia de Unificación 040 de 2018. Bogotá, D.C.: L&A.

Lotero, R. (2008). La eficiencia económica: una aproximación teórica. *Cuadernos latinoamericanos de administracion*, 19-28.

Medina, M. (2019). *Aproximación al Análisis Económico del Derecho*. (trabajo de grado). España: Universidad de Valladolid.

- Menjura, et. al. (2014). *Contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. Trtamiento jurisprudencial 2011 a 2014*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad Libre de Colombia.
- Millar, R y Meiners, R. (1989). *Teoría del bienestar y el óptimo de Pareto como Problemas Microeconómicos* (3 ed.). Bogotá, D.C.: McGraw Hill.
- Ministerio de Protección Social y del Trabajo. (10 de 11 de 2021). Cógido Sustantivo del Trabajo. Bogotá, D.C: Legis.
- Pardo, R. (2019). *La responsabilidad fiscal de los contratistas públicos en Colombia*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Pontificia Universidad Javeriana.
- Pascual, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. *Revista de administración pública*, 99-133. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4935394>
- Ramírez, C. (enero - marzo de 2008). La política fiscal desde una perspectiva de crecimiento endógeno, equilibrio presupuestal y fluctuaciones de cotro plazo. *Revista Latinoamericana de Economía*, 39(152), 113 - 137.
- Rivas, J. (2021). *Los elementos de la teoría del contrato realidad en los contratos de prestación de servicios*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad Militar Nueva Granada.
- Romero, E. (2019). *Análisis crítico del papel de la interventoría en la cotratación pública como herramienta de la política anticorrupción en Colombia*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad de los Andes.

- Salazar y Marulanda. (2014). *Móviles para determinar si existe o no un contrato realidad en las diferentes figuras de tercerización laboral*. (Tesis de grado). Manizales: Universidad de Manizales.
- Sánchez, C. (2015). *Contrato de trabajo realidad en el sector privado*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad Católica de Colombia.
- Sánchez, T. (enero - junio de 2003). El concepto constitucional de autonomía fiscal y sus alcances legales y jurisprudenciales en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991. *Socio - Jurídicos*, 5(1), 172 - 210.
- Stiglitz, M. (2002). Empleo, justicia social y bienestar de la sociedad. *Revista Internacional del Trabajo*, 121(1-2), 9-31.
- Tovar, S. (2018). *La aplicación del principio de la primacía de la realidad, cuando el Estado oculta la vinculación de los empleados públicos en contratos de prestación de servicios*. Bogotá, D.C: Universidad Extenado.
- Universidad de los Andes. (1 de noviembre de 2019). *Contratos por prestación de servicios si afecta la calidad del empleo público*. . Obtenido de <https://uniandes.edu.co/es/noticias/gobierno-y-politica/contratos-por-prestacion-de-servicios-si-afectan-la-calidad-del-empleo-publico>
- Vallejo, J. (8 de agosto de 2017). *Contratos de prestación de setvicios y apoyo a la gestión*. Obtenido de Síntesis: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/contratos-de-prestaci%C3%B3n-de-servicios-y-de-apoyo-la-gesti%C3%B3n>.
- Villací, A., & Arroyave, F. (2017). *Funcionalidad del control fiscal en Colombia*. (trabajo de grado). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Vives, M. (2015). *Fundamentos, justificación y pertinencia de los contratos de prestación de servicios*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad de los Andes.

Westreicher, G. (1 de Agosto de 2021). *Eficiencia económica*. Obtenido de Economipedia:

[https://economipedia.com/definiciones/eficiencia-](https://economipedia.com/definiciones/eficiencia-economica.html#:~:text=La%20eficiencia%20econ%C3%B3mica%20es%20una,alcanz%C3%A1ndose%20la%20mayor%20producci%C3%B3n%20posible)

[economica.html#:~:text=La%20eficiencia%20econ%C3%B3mica%20es%20una,alcanz%C3%A1ndose%20la%20mayor%20producci%C3%B3n%20posible](https://economipedia.com/definiciones/eficiencia-economica.html#:~:text=La%20eficiencia%20econ%C3%B3mica%20es%20una,alcanz%C3%A1ndose%20la%20mayor%20producci%C3%B3n%20posible).

Zanabria, González y Becerra. (noviembre de 2019). ¿Cómo mejorar y racionalizar la contratación por prestación de servicios en el sector público en Colombia? Una mirada desde la calidad del empleo. *Notas de Política*(35), 1-4.