

ASPECTOS CONSIDERADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO, COMO
DETERMINANTES PARA QUE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SE
CONVIERTA EN UN CONTRATO REALIDAD

MAGDA ROCIO PEREZ PEREZ

PEDRO ELÍAS TAMAYO VASCO

Cohorte 46

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ

2016

INTRODUCCIÓN

Es una práctica común entre las entidades estatales que el personal que se contrate para el desarrollo de su objeto sea a través de la modalidad de contratos de prestación de servicios, y aún más frecuentes es que aquel personal contratado bajo esta modalidad interponga las acciones judiciales a las que hay lugar para solicitar entre otras, el reconocimiento de un verdadero contrato realidad, las prestaciones sociales, una indemnización hasta su vinculación como empleado de carrera.

En ese sentido, se pretende analizar como el contrato de prestación de servicios puede llegar en algunos casos a configurarse en un verdadero contrato de trabajo, pues el límite en la práctica entre este y el otro es casi imperceptible, lo que llega a ser perjudicial tanto para el contratista como para la administración pública; desde la óptica económica, para el contratista, al no percibir los mismos beneficios prestacionales y sociales frente a quien ostenta la calidad de empleado público y para la administración pública que en algunos casos se ve limitada en la exigencia del cumplimiento de las labores o la prestación constante del servicio profesional para el cual contrato a través de esta modalidad.

En ese orden de ideas, es pertinente verificar desde la órbita de la legalidad, que tiene y no permitido la administración pública en este tipo de contratación. Pues como se ha señalado, cada vez más común que las entidades estatales realicen la contratación de su personal a través de esta modalidad, sin respetar las condiciones que de la misma se emanan, tales como que se pacta la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública; la autonomía del contratista en el cumplimiento de la labor contratada; el pago de los

honorarios por los servicios prestados y la verificación de que la labor contratada no sea realizada con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Por el contrario el supuesto contratista desempeña funciones en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (sentencia, 2012)

En ese orden de ideas, es válido analizar a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado cuales son realmente esos aspectos determinantes para que un contrato de prestación de servicios se convierta en un contrato laboral. En ese sentido, para el desarrollo de este estudio se utiliza el método semiótico consistente en analizar los pronunciamientos más destacados de nuestro Órgano de cierre en lo Contencioso Administrativo, para lo cual se iniciara con los antecedentes de la regulación del contrato administrativo de prestación de servicios, las características del contrato realidad y el papel del supervisor, el concepto de investidura irregular y empleado de hecho y la responsabilidad del Estado frente al contrato realidad, para descender finalmente hasta las conclusiones acerca de los aspectos reveladores de un contrato de trabajo enmascarado en uno de prestación de servicios.

RESUMEN

Lo que se pretende con este trabajo es mencionar el manejo inadecuado que la administración proporciona a los contratos de prestación de servicios y la extralimitación de los funcionarios que verifican la ejecución de los mismos desarrollando una subordinación marcada, la cual va en contravía de la esencia de este tipo de modalidad contractual, para lo cual ha sido necesario mencionar las características del contrato antes mencionado, contrato laboral y concepto del

Consejo de Estado sobre contrato realidad, así mismo sobre la responsabilidad en la que incurren los servidores públicos que profieran una manejo inadecuado a la prestación de servicios.

ABSTRACT

The aim of this paper is to mention the improper handling that administration provides contracts for the provision of services and the abuse of officials verify the implementation of these developing a marked subordination, which goes against the essence of this type of contractual arrangement, for which it has been necessary to mention the characteristics of the aforementioned contract, employment contract and concept of the State Council on contract reality, also on the responsibility incurred by public servants profieran an inappropriate management to the provision of services.

PALABRAS CLAVES

- 1- CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: Son los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.
- 2- CONTRATO DE TRABAJO: Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.
- 3- EXTRALIMITACIÓN: Exceso que una persona comete al sobrepasar las atribuciones o facultades que tiene o lo que está autorizado a hacer.

4- CONTRATO REALIDAD: Es aquel contrato que aunque no se definió, ni formalizó, la ley considera que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador.

5- SECTOR PÚBLICO: Es el conjunto de organismos administrativos mediante los cuales el Estado cumple, o hace cumplir, la política o voluntad expresada en las leyes del país.

6- CONTRATO PÚBLICO: Es un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es una Administración pública cuando actúa como tal, y en el que está sometida a un régimen jurídico que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.

7- PODER EJECUTIVO: Es responsable de la gestión diaria del Estado, y concibe y ejecuta políticas generales de acuerdo con las cuales las leyes tienen que ser aplicadas; representa a la nación en sus relaciones diplomáticas; sostiene a las fuerzas armadas y en ocasiones aconseja con respecto a la legislación.

8- JURISPRUDENCIA: Es el conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, de las cuales se puede extraer la interpretación dada por los jueces a una situación concreta.

9- CONTRATACIÓN: Es la materialización de un contrato a un individuo a través de la cual se conviene, acuerda, entre las partes intervinientes, generalmente empleador y empleado, la realización de un determinado trabajo o actividad, a cambio de la cual, el contratado, percibirá una suma de dinero estipulada en la negociación de las condiciones o cualquier otro tipo de compensación negociada.

10- CONTRATISTA: Persona o empresa a quien se encarga por contrato la realización de una obra o servicio, quedando obligada a entregarla dentro del plazo convenido.

ANTECEDENTES

La evolución de la regulación legal de los contratos administrativos de prestación de servicios, inicia desde Ley 3ª de 1930 que facultó al poder ejecutivo para contratar expertos o consejeros técnicos para la mejor organización de un ramo especial de la administración pública, igualmente señaló que para la celebración de estos contratos se requería la aprobación del Consejo de Ministros y el gobierno, para abrir los créditos administrativos y así atender el pago de los expertos contratados.

Posteriormente el Decreto 150 de 1976 definió el contrato de prestación de servicios como el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallaran a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pudieran cumplirse con personal de planta, estableciéndose que no se podrían celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas. Para esa época se establecieron cuatro tipos de contratos: Contrato de prestación de servicios, contratos de carácter técnico, contratos de remuneración a las personas naturales y contratos de trabajo.

Así mismo, el Decreto 222 de 1983 precisó que el contrato de prestación de servicios es aquel celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta, se definió que no sería posible la celebración de esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, con excepción de que existiera previa autorización expresa de la secretaría de administración pública de la presidencia o de la dependencia que hiciera sus veces. (Arbelaéz, 2013)

Esta evolución normativa culmina hasta el momento en la Ley 80 de 1993, que establece en su artículo 32 numeral 3° la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, disposición que valga la pena señalar fue sometida al examen de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional, que luego de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente. (Sentencia , 1997)

Los contratos de prestación de servicios son los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando tales actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Arbelaéz, 2013)

De conformidad con lo anterior, se observa que hoy en día el desarrollo de la figura jurídica del contrato administrativo de prestación de servicios, versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se adecuan las respectivas labores profesionales, siendo el objeto contractual la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada, igualmente se estableció que el contrato de prestación de servicios puede suscribirse con el objeto de cumplir funciones administrativas en los términos que se establezca en la Ley,

de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual... *los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la Ley.* (Arbelaéz, 2013)

En este orden de ideas, surgen y se derivan ciertas reglas o condicionantes, que deben existir concurrentemente, para que la forma del contrato administrativo de prestación de servicios, corresponda y sea válida frente a la realidad de hecho y de derecho constitucional y legal, como son: se deben celebrar con personas naturales por ser para el ejercicio de la función pública o administrativa la cual atañe un índole personal extensivo también a los contratos de prestación de servicios, las funciones públicas deben ser ejecutas de forma temporal teniendo en cuenta que esta modalidad contractual debe ser excepcional, auxiliar y accesorio y se celebran cuando actividades de la entidad pública no puedan realizarse con personal de planta, toda vez, que en reiterada jurisprudencia se ha mencionado que la prestación de servicios se adelanta para labores diferentes a las que desarrolla la entidad estatal, sobresaliendo así los conocimientos especializados como necesidad primordial de la administración.

CONTRATO REALIDAD Y EL PAPEL DEL SUPERVISOR

De conformidad con lo anterior, es importante hacer énfasis en el manejo inadecuado que se ha tenido de estos contratos de prestación de servicios por parte de los supervisores de los contratos y en general de la administración pública, toda vez, que dejan a un lado las características de esta modalidad de contratación y aplican un trato similar al contratista y al empleado de carrera, es decir, que prima la realidad sobre la forma y para tal efecto es necesario hacer mención a lo precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-023 del 27 de enero de 19 en la cual

señala “ El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo sustancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes deben definir cada vez más lo sustancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta política”. (Sentencia , 1994)

De igual forma, es necesario mencionar que la configuración de la realidad sobre la forma es procedente cuando la administración no tiene claro los límites de la subordinación y ya que este se pronuncia en una delgada línea que como se verá más adelante, aunque es muy delgada el Consejo de Estado ha tenido diferentes criterios que han evolucionado hasta proporcionar herramientas claras sobre los casos en los cuales se presenta la relación laboral en la ejecución de un contrato de prestación de servicios, lo que en otras palabras se llamaría contrato realidad y así mismo las condenas al Estado cuando se presentan estas situación jurídicas.

Por otra parte, tenemos casos en los que el contratista aduce su calidad para evadir responsabilidades en la ejecución del contrato, cuando argumenta que no tiene horario para la prestación de sus servicios y no tiene subordinación, pero no cumple con las obligaciones establecidas en el objeto contractual, siendo esta situación relevante para los supervisores de los contratos quienes en algunos casos no realizan los soportes correspondientes sobre el incumplimiento en el que incurren algunos prestadores de servicio.

Es así, que se debe tener un criterio plenamente establecido para evitar extralimitaciones por parte de la administración y contratistas, siendo importante indicar la sentencia C-555 del 6 de

diciembre de 1994 de la Corte Constitucional en la que se indica“... apelando al principio de primacía de la relación laboral, cabe desestimar la forma contractual administrativa e imponer la materialidad del trabajo que solo en apariencia ha podido ser desplazado por esta, pero en modo alguno se podría reivindicar la existencia de un verdadero empleo público, pues ello equivaldría a derogar formalidades y exigencias sustanciales de derecho público. El análisis efectuado descubre el alcance y la limitación del anotado principio.

También es de resaltar que en los casos en que los contratistas no cumplen con sus obligaciones contractuales por escudarse en la no subordinación, los supervisores de los contratos deben cumplir a cabalidad lo establecido en el artículo 84 del Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011, que a la letra reza “Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e intervectoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.” (Sentencia, 1994)

ACERCAMIENTO A LOS CONCEPTOS DE INVESTIDURA IRREGULAR Y EMPLEADO DE HECHO.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional establece el principio de la primacía de la realidad sobre la forma y castiga a la administración cuando ejerce su vulneración, es importante

introducir el concepto de investidura irregular, el cual se refiere al ejercicio del empleo público bajo la modalidad de la prestación de servicios, es decir, cuando un contratista está bajo la subordinación propia de un contrato laboral. En estos casos las entidades estatales omiten las formas sustanciales para proveer un empleo público, entre las que tenemos la realización de nombramiento, la posesión y la previsión del empleo de planta de personal, pero si le exigen al contratista un desempeño como a cualquier empleado de planta sin tener en cuenta la independencia que caracteriza el desempeño de este.

Lo anterior, permite evidenciar que las entidades públicas en muchas ocasiones acuden a la contratación de servicios para omitir las formas sustanciales del empleo público, lo que se podría traducir en una grave vulneración a quienes son contratados bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Por otra parte, la doctrina ha mencionado que el funcionario de hecho es la persona natural (contratista) que ejerce funciones públicas a través de una investidura irregular.

De esta forma se concluye las figuras jurídicas que se pueden presentar ante la simulación del contrato de prestación de servicios frente al contrato laboral por la aplicación del principio de la prevalencia de la realidad sobre la forma, pero siendo importante mencionar que el reconocimiento de estas figuras den lugar a que el contratista demande las prestaciones sociales a las que haya lugar, pero que si bien sabemos que la persona que así lo haga estará marginada para la consecución de un nuevo contrato en la entidad pública para la cual “trabaja”, lo que en la mayoría de los casos a nuestro criterio estos hechos envuelven cierta impunidad.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Bajo los criterios anteriormente preestablecidos, es preciso traer a colación algunos de los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el desarrollo jurisprudencial de la figura del contrato de prestación de servicios, verificando si en efecto estas condiciones se cumplen y en todo caso cuales han sido las consideraciones de nuestro Órgano de cierre en lo Contencioso Administrativo, al respecto; la Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera en pronunciamiento del 01 de noviembre de 1994 señaló en el caso bajo estudio en esa oportunidad, que no se debía suplir la vinculación de los servidores públicos a los cuadros normales del servicio oficial por contratos de prestación de servicios, porque mientras los citados servidores tienen una serie de derechos contemplados en estatutos de personal (salarios y prestaciones) y tienen asignadas sus funciones también en forma reglamentaria, los contratistas en los contratos de prestación de servicios (que no podrán asimilarse a los de trabajo por mandato legal) sólo tienen derecho a los emolumentos expresamente convenidos y no podrán en forma alguna gozar de prestaciones sociales, igualmente destaco que tales contratos son nulos de ilegalidad manifiesta, no sólo porque conforman un conjunto generalizado de desviación de orden, sino que no se ajustan a la ley del contrato de prestación de servicios. La desviación surge manifiesta. Como la planta de personal no permite su vinculación, los contratos de prestación de servicios, ideados con otras finalidades y alcances, sirven de mampara o de respaldo para mostrar una aparente legalidad y para satisfacer, la mayoría de las veces, los apetitos clientelitas de su denominador. (Sentencia , 1994).

Posteriormente en sentencia del 18 de marzo de 1999, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, estudió la vinculación de una terapeuta de lenguaje que prestó sus servicios profesionales en la Unidad de Atención Integral de Sucre

aproximadamente por seis años ejecutando labores propias de los funcionarios de planta de dicha institución, procedió a dilucidar la naturaleza jurídica que precedía la relación de la actora y el extremo demandado, concluyendo que “el caso planteado es una muestra de esa práctica administrativa que los departamentos y municipios han venido prohiendo ante la imposibilidad jurídica de vincular docentes a las plantas de personal, situación que a su vez tiene su génesis en las varias y sucesivas disposiciones que han prohibido la creación, con cargo al presupuesto nacional, de nuevas plazas de profesores de enseñanza.

Sin embargo, de conformidad con el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 C.P.), claro es que el ropaje docente-contratista con que se pretenda ocultar o transmutar una relación laboral oficial no priva al profesor de su condición de servidor del Estado, máxime si se considera que en dicha relación concurren al unísono: la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación respecto de la entidad y el salario que retribuye sus servicios” (Sentencia , 1999) señalando finalmente que la concurrencia de estos elementos daría lugar a una relación laboral bajo la forma contractual administrativa que debe ser amparada por el derecho a partir de la primacía de la realidad sobre las formalidades de las partes.

En este mismo año la Sección Segunda Subsección “B” del Consejo de Estado estudio el caso en el cual probó la demandante que de acuerdo a las directrices de la institución debía cumplir las funciones de Profesional Especializado bajo la orientación de un Coordinador, por un monto determinado, lo cual para la mentada Subsección significa “una actividad personal, continuada subordinación y un salario como retribución... no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes.” Señalando adicionalmente que “el

contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”

En este mismo pronunciamiento planteo que mediante este tipo de contratos, prestación de servicios cuando las labores a desarrollar son de carácter permanente, busca la administración evitar el pago de prestaciones.

Señala que en efecto, esta es una práctica administrativa que los departamentos y los municipios han venido prohiendo ante la imposibilidad jurídica de vincular nuevos funcionarios a las plantas de personal, en orden a la relativa atención de las necesidades del servicio y al inexorable cumplimiento de las cuotas burocráticas. En defensa de este proceder administrativo se han esgrimido argumentos que van desde la perspectiva del menor costo económico hasta la libertad de contratación que asiste a las personas naturales, que como bien lo ha hecho notar la Corte Constitucional, no consultan el interés general ni el principio de la economía en la función administrativa, el cual, en modo alguno podría edificarse a expensas de la dignidad humana.

Por ende, indica que no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste. (Sentencia, 1999)

Si bien la Sección Segunda del Consejo de Estado traía una línea muy clara sobre la valoración del contrato realidad como se ha evidenciado hasta ahora, en el año 2003 la Sala Plena se

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

Quedando entonces en el limbo la aplicación práctica del principio de primacía de la realidad, pues el elemento de la subordinación quedaría escudada en la mera coordinación de actividades. Así lo señaló el tratadista Villegas Arbeláez en su texto Derecho Administrativo Laboral “...Si asumimos el supuesto esbozado conforme al cual el vínculo jurídico es de coordinación, no de sujeción laboral, debemos arribar a la conclusión de inaplicabilidad práctica del principio de primacía de la realidad, lo que conlleva al no reconocimiento prestacional...” (Arbeláez, 2013)

En esta misma sentencia, el Consejo de Estado indicó que solo se puede predicar la existencia de un contrato realidad de aquellos contratos de prestación de servicios que tienen por objeto la construcción y mantenimiento de obras públicas, y que por tanto que no se configura cuando se celebra un contrato de prestación de servicios entre un particular y una entidad estatal.

Se señaló adicionalmente que bajo la excusa de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de relaciones laborales, no se podía omitir el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública, como son el nombramiento y la posesión en el cargo, los que a su vez se derivan de la existencia de un régimen legal y reglamentario, una planta de personal, así como de la disponibilidad presupuestal para efectuar el nombramiento. (Sentencia, 2003)

Sin embargo, el Consejo de Estado no definió en qué consistía la actividad coordinada y cuáles eran sus elementos determinantes así como en que se diferenciaba con la subordinación, señalando en sentencia del 19 de febrero de 2004 por ejemplo, que el cumplimiento de un horario no necesariamente demostraba la configuración de una relación laboral “...aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo un elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.” (Sentencia, 2004) aceptando la tesis de la Sala Plena en sentencia del 28 de noviembre de 2003, señalo que en el caso bajo estudio, existió una relación de coordinación, que no configura la existencia de subordinación , y por ende no era deducible que se estuviera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos elementos estuvieran demostrados, y que en todo caso para que la Sala hubiese aceptado la relación laboral, no sería suficiente probar la existencia de un horario como único elemento indicativo de subordinación, era necesario demostrar otros elementos determinantes de la especial dependencia.

Esta nueva perspectiva de la coordinación de actividad que al parecer enmascaraba de alguna manera el elemento de subordinación, fue manejada por algún tiempo por parte del Consejo de Estado, generando la parálisis material y procesal del principio constitucional de primacía de lo real, que se invocaba el 18 de marzo de 1999, como eje del reconocimiento prestacional derivado del contrato realidad. (Arbelaéz, 2013) y adicionalmente se trata de una tesis con la cual podría llegar a ocultar la figura de la subordinación con el concepto de “coordinación de la actividad”, demostrar para el “contratista” que en efecto se estaba ante la presencia del elemento de subordinación desvirtuando la mera coordinación de actividades, se considera se trataba de una carga probatoria adicional y con mayor grado de dificultad para el que pretendía realizar cualquier tipo de reclamación ante la administración de justicia.

Tiempo después, al regresar a la posición judicial del año 1999, el Consejo de Estado reivindicó los elementos instituíbles del contrato realidad, con énfasis en la subordinación y lo hizo entre otros, en la sentencia del 23 de Julio de 2005 con radicado 0245 (Arbelaéz, 2013) y en la sentencia con radicado 2161-04 de esta misma fecha, en la cual indicó que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. No obstante reitera la circunstancia de que laborar un número determinado de horas no constituye elemento para afirmar que existe una relación de sujeción. Indicando que para coordinar la prestación del servicio se contemplara su destinación a un determinado lugar y, seguramente, la obligación de reportar sobre el desarrollo de su actividad, pero en el cumplimiento de la misma no responde a una directriz.

Por ende destaca la importancia de acreditar fehacientemente los tres elementos propios de una relación laboral, demostrando especialmente que la labor prestada se efectuó de manera subordinada, "...de acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (Sentencia, 2005).

Con el propósito de explicar la posición en cierta forma superada de privilegiar y simular la actividad coordinada para opacar la subordinación, expresó la misma corporación: "...mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad del actor se llevó a efecto de conformidad con las orientaciones emanadas de la entidad mencionada y no de otra forma o bajo su propia dirección y gobierno" (Arbelaéz, 2013) establecido así por el Magistrado Jesús Maria Lemos Bustamante en sentencia del 22 de noviembre de 2007 con radicado 5553-2005.

Otro de los aspectos que retomo relevancia a partir de la sentencia del año 2005, es el reconocimiento de las prestaciones sociales, al respecto señaló el Consejo de Estado, Sección Segunda en el año 2008 que cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta

manera la prolongada tesis que prohibaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados (Sentencia, 2008)

De otro lado y sobre la prescripción de las pretensiones en sentencia del 06 de marzo de 2008 el Consejo de Estado concluyo que de ningún manera las mismas prescriben bajo el entendido que su reclamación será exigible únicamente cuando se profiere fallo favorable por parte de un Juez de la Republica. Afirmación que realiza en los siguientes términos: “...en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.” (Sentencia , 2008).

En sentencia del 15 de agosto de 2013, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda trajo en su pronunciamiento un nuevo “ítem” que denomino el *contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral*, al respecto señalo que la Constitución Política de 1991, contempló en el capítulo II, de la función pública, en su artículo 122 lo siguiente: “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente..

En su artículo 125 los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público. (Sentencia, 2013).

Los pronunciamientos antes citados, han sentado la línea del Consejo de Estado durante los últimos tres años.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL CONTRATO REALIDAD

Como ya se hizo alusión anteriormente, el contrato de prestación de servicios tiene unas características especiales diferentes al contrato laboral, así también es necesario mencionar las consecuencias jurídicas en la que incurren los servidores públicos y la administración cuando dan lugar al contrato realidad y para hacer una alusión más puntual es necesario retomar las líneas del doctrinante (Arbelaéz, 2013)“El nominador-contratante que, violando el orden jurídico, celebre contrato administrativo de prestación de servicios será responsable en las siguientes modalidades: penal; patrimonial; disciplinaria; contractual.

Cada tipo de responsabilidad es independiente y pueden ser concurrentes”.

Consecuente con lo anterior, es preciso hacer mención sobre cada uno de los tipos de responsabilidad, así:

Responsabilidad penal

La configuración del contrato realidad en la ejecución de un contrato de prestación de servicios puede dar lugar a las siguiente conductas típicas, antijurídicas y culpables:

- Contrato sin cumplimiento de requisitos legales (Ley 599 de 200. Artículo 410)

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de ..., multa de ..., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ...

- Prevaricato por acción (Ley 599 de 200. Artículo 413) .

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de ..., multa de ..., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ...

- Prevaricato por omisión (Ley 599 de 200. Artículo 414) .

El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de ..., multa de ..., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por

- Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (Ley 599 de 200. Artículo 416) .

El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Responsabilidad patrimonial

En este punto es necesario precisar, como se mencionó previamente que las sanciones por parte del Juez administrativo en caso de demandarse y probarse el contrato realidad ante la administración, está en la obligación de condenar al pago de las prestaciones que haya causado como empleado público.

De igual forma, el Estado está en la obligación de repetir contra el funcionario o funcionarios que hayan dado lugar a la sanción patrimonial, por lo tanto, es imperioso mencionar la acción de repetición establecida en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 “Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado”.

Responsabilidad disciplinaria

Se refiere a la falta gravísima contemplada en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 numeral 29 que contempla “Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

CONCLUSIONES

Ha sido progresivo el avance que ha tenido la figura del contrato de prestación de servicios desde el año 1930, época para la cual se expidió la Ley 3° en que se estableció este tipo de contratación para el poder ejecutivo cumpliendo algunas rigurosidades como se explicó arriba, pasando por el Decreto 150 del año 1976, el Decreto 222 de 1983 hasta llegar a nuestro actual

estatuto contractual, Ley 80 de 1993, bajo este entendido lo primero que es necesario concluir es que en efecto se trata de una figura legamente reconocida y que por ende surte todos los efectos jurídicos y legales del caso, no obstante que se encuentra trastocada por la administración pública que cobijada en ella realiza la contratación de su personal, en primera medida y que ya contraviene el objetivo de esta modalidad de contratación, para realizar actividades propias de un empleado de carrera, en segundo lugar contratación que implica que no recibirá el pago de las prestaciones sociales y demás prebendas y beneficios que pudiera entregar la entidad, pero que en todo caso infortunadamente estará bajo la subordinación de un superior jerárquico, condición propia nuevamente de un empleado de carrera, situaciones de que debería ser además de una reflexión para la administración pública, un llamado de atención sobre la importancia de realizar la contratación de su personal mediante las figuras correspondientes y que en todo caso el personal que se requiera a través de la modalidad de prestación de servicios, cumpla con las connotaciones que esta figura conlleva, lo que evitaría además litigios en contra del Estado representado en sus diferentes organizaciones.

En ese orden de ideas sorprende que haya sido nuestro propio órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo el que llegará a desvirtuar la figura determinante de la configuración del contrato realidad (subordinación) en una mera “coordinación de actividades” lo cual se considera que además de ser una afirmación desatinada, es un retroceso en lo que hasta ese momento se había logrado por parte del Consejo de Estado como por la propia Corte Constitucional.

Esta particular posición del Consejo de Estado, afecta la configuración del contrato realidad y lo que ello significó para el contratista que pretendía demostrar la subordinación, es que su situación se agravaría, pues mientras el pretendía demostrar por todos los medios que se trataba de un contrato realidad por otro lado estaba la entidad pública desvirtuándolo con el propio

elemento que el Consejo de Estado le había otorgado “coordinación de actividades”. Afortunadamente esta posición fue revaluada posteriormente por el Consejo de Estado, señalando que la configuración de los tres elementos (subordinación, remuneración y prestación personal del servicio) hacía de un contrato de prestación de servicios un verdadero contrato realidad, lo que restableció nuevamente el orden.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. (Sentencia, 2013)

En definitiva y claramente desde una óptica teórica cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere a la persona las prerrogativas de orden prestacional y por ende corresponde a la administración reconocer estos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Arbelaéz, J. V. (2013). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C: Legis S.A.

Sentencia , C-023 (Corte Constitucional 27 de enero de 1994).

Sentencia , 7960 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 06 de noviembre de 1994)

Sentencia, D-1430 (Corte Constitucional 19 de marzo de 1997)

Sentencia, 16357 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda 10 de marzo de 1999)

Sentencia , 2152-06 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda 06 de marzo de 2008).

Sentencia, C-555 (Corte Constitucional 06 de Diciembre de 1994).

Sentencia, 11306-3068-98 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda 22 de abril de 1999).

Sentencia, IJ 0039(Consejo de Estado, Sala Plena 18 de noviembre de 2003).

Sentencia, 009903 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda 19 de febrero de 2004).

Sentencia, 0245 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda 23 de junio de 2005).

Sentencia, 2776-05 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda 17 de abril de 2008).

Sentencia, 1694-09 (Consejo de EStado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda 31 de julio de 2008)

Sentencia, 2008-00270 (Consejo de EStado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda 01 marzo de 2012)

Sentencia, 2161-04 (Consejo de EStado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda 23 junio de 2005)

Sentencia 2001-00087 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda 15 agosto de 2013)

Sentencia 2012-00120 (Consejo de Estado, Sala de lo lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda 13 noviembre de 2014)

Sentencia 2004-03172 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda 02 de mayo de 2013)

Sentencia 2661-2012 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda 10 de julio de 2014)

Sentencia 2011-01040 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Seccion Segunda 10 diciembre de 2015)

Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011

Código Penal, Ley 599 de 2000

Código de Procedimiento Administrativo y del Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011

Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 numeral 29