

Desnaturalización del Contrato Administrativo de Prestación de Servicios del Estado
Colombiano sobre los Particulares Frente al Principio de la Primacía de la Realidad Sobre
las Formas entre los años 2015-2020

ANGÉLICA MARÍA GRISALES
MONROY



Facultad de Derecho- Fundación Universitaria
de la Costa MONOGRAFIA DE GRADO PARA
OPTAR POR EL TITULO DE
ABOGADA
TUTOR: PhD. MANUEL MAURICIO MORENO VILLAMIZAR
Extensión Villavicencio

Dedicatoria

En memoria a Mi Madre **ODILIA MONROY VARGAS** (Q.E.P.D), el ser que me dio la vida, la que me guio siempre por el buen camino con los principios y valores que me formaron, lazos que son únicos en la vida, el amor de una madre a una hija, este proyecto que un día inicié con la bendición de Dios, su aprobación y la ayuda de ella, solo tengo para decirle gracias Mama, te amaré infinitamente y te dedico este Título con todo mi amor por siempre tu hija Angélica María

A mis hijas María Alejandra y María Isabella, que han sido mis pilares y la luz que guíe mi camino diario, son la bendición más grande que Dios me ha regalado aquí en la tierra, en todo momento conté con su valiosa ayuda comprensión sacrificio para poder sacar este proyecto de vida adelante, Gracias amadas hijas por siempre estar ahí las amo

A mi esposo Jaime, que me acompañó con su experiencia y sabiduría Militar, gracias con todo mi amor por estar hoy presente, por confiar en todo este proceso académico

Así mismo a mi hermana Alix Edith, por haber sido mi apoyo a lo largo de mi carrera universitaria y a lo largo de mi vida, siempre incondicional, compartiendo su conocimiento y experiencia.

Agradecimiento

Agradezco a Dios, por ser mi guía quien con su bendición llena cada día de mi vida brindándome sabiduría paciencia para culminar con Éxito todas mis metas propuestas.

Agradezco a mi Director de Tesis el **PhD. MANUEL MAURICIO MORENO VILLAMIZAR**, quien con su experiencia, motivación, conocimiento, enseñanza y colaboración, me oriento en todo este proceso, es digno de admiración y respeto por toda la comunidad universitaria de la Extensión Villavicencio, de la Universidad de la Costa por su disciplina y entrega como como un excelente Docente y profesional, y el gran ser Humano quees Gracias Doctor.

De igual manera quiero expresar mis más grande y sincero agradecimientos a la **DRA. ROSADEL PILAR MARQUEZ SARMIENTO**, quien con su valioso conocimiento paciencia hicieron que pueda crecer día a día como profesional, gracias por esa dedicación y apoyo incondicional.

Finalmente quiero agradecer a la Universidad de La Costa Extensión Villavicencio- Meta, a todala Facultad de Derecho, a los directivos abirme las puertas y permitirme realizar todo este proceso y a los profesores por sus valiosos conocimientos.

Resumen

El Estado colombiano en desarrollo de sus fines constitucionales y legales debe desarrollar proyectos y programas para los cuales requiere de la contratación de servicios de personas consideradas idóneas para el cumplimiento de funciones no misionales y temporales: ante lo cual una de las figuras más utilizadas por el gobierno es la del contrato de prestación de servicios caracterizado entre otras cosas, por la no generación de un vínculo laboral que otorgue derechos establecidos en la ley y que con el paso del tiempo se ha considerado una figura lesiva para los intereses de los contratistas enganchados bajo esta modalidad de contratación. En el presente trabajo se realizó un estudio dogmático acerca de la evolución histórica, constitucional, legal y jurisprudencial del contrato de prestación de servicios en Colombia para poder establecer si esta figura de vinculación empleada en exceso durante los últimos veinte años por el Estado, vulnera directamente los derechos de los contratistas al camuflarse bajo esta modalidad una verdadera relación de carácter laboral con los elementos que la caracterizan de acuerdo al código sustantivo de trabajo colombiano. De la presente investigación se deriva la necesidad de reformar este mecanismo de contratación y propiciar la generación de nuevas plazas en las plantas de personal de las entidades públicas de forma que baje el número de contratos suscritos de este tipo y se salvaguarde el patrimonio público al no propiciar nuevas demandas de índole laboral.

Palabras Clave: contrato laboral, Contrato de prestación de servicios, relación laboral, supremacía de la realidad, código sustantivo de trabajo

Abstract

The Colombian State in the development of its constitutional and legal purposes must develop projects and programs for which it requires the contracting of services of people considered suitable for the fulfillment of non-missionary and temporary functions: before which one of the figures most used by the government is that of the contract for the provision of services characterized, among other things, by the non-generation of a labor relationship that grants rights established in the law and that with the passage of time has been considered a figure harmful to the interests of the contractors engaged under this type of contract. In the present work, a dogmatic study was carried out on the historical, constitutional, legal and jurisprudential evolution of the contract for the provision of services in Colombia in order to establish if this binding figure, used excessively during the last twenty years by the State, directly violates the rights of contractors by camouflaging under this modality a true labor relationship with the elements that characterize it according to the substantive Colombian labor code. From the present investigation derives the need to reform this contracting mechanism and promote the generation of new positions in the personnel plants of public entities in order to reduce the number of contracts signed of this type and to safeguard public assets by not foster new labor demands.

Keywords: labor contract, Contract for the provision of services, employment relationship, supremacy of reality, substantive labor code

Contenido

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
Lista de Tablas	7
Lista de Figuras	7
Capítulo I Planteamiento del Problema	8
Formulación del Problema	13
Objetivos	13
Objetivo General	13
Objetivos Específicos	13
Justificación.....	15
Delimitación.....	17
Científica	17
Capítulo II	18
Antecedentes de la Investigación	18
Capítulo III.....	24
Bases teóricas	24
Concepto de Trabajo	24
Contrato de Trabajo.....	26

Obligaciones del Empleador en el Contrato Laboral.....	28
Modalidades de Contratación Laboral en Colombia Forma	31
Contratos Laborales por Duración	31
Contrato a Término Fijo	31
Contrato a Término Indefinido.....	32
Contrato de Obra o Labor.....	32
Contrato de Aprendizaje.....	32
Terminación de un Contrato Laboral con Justa Causa	33
Contrato de Prestación de Servicios	35
Características del Contrato de Prestación de Servicios.....	36
Marco Histórico.....	47
Antecedentes del Contrato de Prestación de Servicios en Colombia	47
Referente Contextual	54
Régimen Laboral en Colombia.....	54
Empleado Público.....	55
Trabajadores Oficiales.....	56
El contrato de prestación de servicios y el contrato laboral en Colombia.....	58
Capítulo IV	69
Principio de la Primacía de la Realidad.....	69
Marco Legal	77

Organización Internacional del Trabajo OIT	77
Marco Jurídico en Colombia Código Sustantivo del Trabajo	79
Jurisprudencia Corte Constitucional.....	79
Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia	82
Jurisprudencia Consejo de Estado	82
Capítulo V	88
Análisis y Discusión de Resultados.....	88
Metodología Propuesta.....	88
Técnica de Investigación:	88
Instrumento de Recolección de Información	89
Análisis e Interpretación de Resultados	89
Caso de Estudio Escuela de Gobierno Universidad de los Andes.....	96
Conclusiones	101
Recomendaciones.....	104
Referencias	106

Lista de Tablas y Figuras

Tablas

Tabla 1. Diferencias entre Contrato de Prestación de Servicios y Contrato de Trabajo 54

Tabla 2. Estadísticas descriptivas ronda 1 encuesta calidad del empleo de la Escuela de Gobierno de la Universidad de los Andes 87

Tabla 3. Diferencias en los principales determinantes de la calidad del empleo por tipo de contrato 87

Figuras

Figura 1. Porcentaje de personas contratadas por OPS de acuerdo con el año al que ingresan al mercado laboral..... 80

Figura 2. Otros indicadores de calidad del empleo y balance entre contratistas y empleados de planta 89

Capítulo I

Planteamiento del

Problema

En Colombia el Código Sustantivo de Trabajo y los pronunciamientos de las Cortes han delineado al contrato de trabajo como la figura de vinculación laboral más conveniente para adoptar por parte de los sectores público y privado ,ya que este garantiza el reconocimiento de las Prestaciones Sociales, de Auxilio de Cesantías, Intereses de Cesantías, Prima de Servicios, el tema de Vacaciones, aportes a la seguridad social, entre otros, a que por mandato legal tiene derecho cualquier trabajador que suscriba algún tipo de contrato de trabajo (González, 2019).

Las modalidades de vinculación laboral en nuestro país contemplan una figura de nominada contrato administrativo de prestación de servicios, el cual ha sido centro de numerosos estudios y desarrollo jurisprudencial, sin embargo, se ha desnaturalizado, especialmente en el sector público, que lo ha catalogado como uno de los principales problemas a los que se ve abocado la administración pública en la actualidad.

Recordemos que el contrato de trabajo lo define el artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo así “Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración, quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, (empleador), y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”. De la misma manera apelando a Rivera (2012) se afirma como aquel “mediante el cual

un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un patrono, bajo la dependencia y mediante una remuneración” (p.17). Es así como podemos detallar los tres elementos que configuran un contrato de trabajo, y que este no dejaría de serlo independientemente del nombre que se le adjudique, ni de otras condiciones o modalidades que se le pretender indilgar, para lo cual el artículo 23 del citado código señala:

“Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

Así las cosas, una vez establecida la relación laboral no se hace indispensable que dicho contrato conste por escrito tal como lo han afirmado en pronunciamientos las altas Cortes al aclarar que prima la realidad frente a los formalismos legales (Mantilla y Manrique, 2014).

De acuerdo a la ley 80 de 1993 en su artículo 32, numeral 3 “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Tomando en consideración a Naranjo (2008) en su obra Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública se afirma que “los contratos de prestación de servicios son aquellos contratos que desarrollan actividades propias de

la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, que colabore, mejore o ayude con el giro ordinario de las actividades de la entidad estatal en operaciones manuales e incluso intelectuales, como ocurre como el mandato judicial”. (p.5). Así mismo Ricci (2005) detalla que “estas actividades son aquellas indispensables para que las entidades puedan acometer los proyectos de inversión que les corresponde, las actividades para evitar su paralización o para poder desarrollar la misión establecida en su acto creador. Son, en consecuencia, actividades que se desarrollan como un medio para lograr los fines que se les han establecido.”(p.249)

Sin embargo se debe tener muy en cuenta lo estipulado en el Decreto 2209 de 1998 al reseñar que:

Art. 3. Los Contratos de Prestación de Servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán. Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, (sic) es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o aun cuando existiendo personal de planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

Cabe recordar que la legislación colombiana ha llevado a cabo importantes esfuerzos por garantizar los derechos laborales de los trabajadores, entre ellos “al

principio de estabilidad laboral, que garantice al trabajador condiciones de permanencia, proporcionándole tranquilidad, seguridad jurídica, sentido de pertenencia, entre otros” (González, 2019, p.3).

El Estado cuenta con un total de 1.097.170 cargos públicos cuyo costo para el erario asciende a 70,5 billones para 2022, de los cuales el 96,7% (\$68,2 billones) corresponde a gastos que asume la Nación. (Bloomberg línea, 2022).

Pero a pesar de lo anterior, se observa que el Estado ha venido apelando a esta figura de contratación de manera creciente de acuerdo a cifras de Colombia compra eficiente, se denota un

crecimiento en el número de Contratos de Prestación de Servicios suscritos por la administración pública entre 2014 y 2017, teniendo en cuenta el índice corporativo laboral en qué estado tuvo que contratar más profesionales de apoyo al personal de planta que estaba contratado en cada una de las áreas y al pasar de 189.357 a 243.427, evidenciándose en la mayoría de los casos el desempeño de funciones permanentes, lo que acarrea por ejemplo la no continuidad de políticas públicas y una grave afectación a los procesos de gestión del conocimiento hacia el interior de las entidades estatales ya que un número importante de contratistas desarrollan funciones vitales que implican el manejo de información importante que puede perderse al dársele cambio de contratista (Universidad de los Andes, 2019).

La cifra según Colombia compra eficiente para 2020 llegó a 588.000 contratos de prestación de servicios lo que a la luz del fallo del Consejo de Estado Sentencia 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) del 9 de septiembre de 2021 revela la problemática del desconocimiento de la relación laboral que se da en este tipo de contratos al punto de confundirse tal relación con la vinculación laboral (obligaciones adicionales a las pactadas), lo que se puede traducir en potenciales demandas en contra del Estado, minando presupuestal y financieramente al erario. En otras palabras, los derechos laborales de los trabajadores fundamentados en el principio de la primacía de la realidad cede ante la figura jurídica del contrato de prestación de servicios, lo que en los últimos años ha venido configurando una problemática latente en la administración pública, que cada día más adquiere connotación de urgencia y es lesiva para los intereses del Estado.

Formulación del Problema

Se determina como el Contrato de Prestación de Servicios es común ver como la administración camufla verdaderos vínculos laborales. De ahí que el problema jurídico del presente trabajo monográfico es:

¿Se ha presentado la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios del Estado Colombiano sobre los particulares cuando los vincula a través de esta modalidad paracumplir funciones que pueden catalogarse como propias de un contrato laboral?

Objetivos

Objetivo General

Establecer las circunstancias de la desnaturalización del contrato administrativo de prestación de servicios del Estado colombiano sobre los particulares frente al principio de la primacía de la realidad sobre las formas entre los años 2015-2020.

Objetivos Específicos

- Reseñar la evolución histórica, legal y jurisprudencial del concepto del contrato de prestación de servicios, así como las premisas que originaron esta modalidad contractual en Colombia.
- Identificar los criterios que la jurisprudencia colombiana ha desarrollado acerca del principio de la Primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por la entidad contratante y contratista en Colombia.

- Determinar “en la práctica “ya que da a entender que se realizara un análisis socio jurídico en el contrato de prestación de servicios coadyuva en la satisfacción de las necesidades de la entidad estatal o si colabora en el desconocimiento de los derechos laborales del trabajador.

Justificación

La presente propuesta de investigación reviste importancia debido a la necesidad que se presenta de analizar la forma en que el contrato de prestación de servicios se ha venido convirtiendo en un contrato realidad o laboral puesto que se configuran en muchos casos los tres requisitos del mismo como prestación del servicio, subordinación y salario, aclarando que los elementos que son causa de discusión se relacionan con la subordinación, exigencia del cumplimiento de horario y el desempeño de actividades o funciones propias de funcionarios de planta o carrera administrativa. Lo anterior contradice las consideraciones expuestas anteriormente bajo las cuales se debería acudir a esta modalidad de contratación por parte de la administración pública, acotando que las labores contratadas pueden ser de carácter asistencial, técnico y profesional, y que en últimas no se especifican como esenciales para la entidad.

Resulta de suma importancia comprender si la posible desnaturalización del contrato de prestación de servicios ha facilitado la vulneración de los derechos laborales de los contratistas, la inobservancia de principios como los de estabilidad laboral constitucional y el de primacía de la realidad sobre las formas, ante lo cual Díaz (2012) expresa su posición en el sentido de desestimarse el contrato de prestación de servicios convirtiéndose en contrato realidad:

La aplicación del principio anotado sobre esta forma de contratación administrativa cobravigencia cada vez más, debido a que dicho modo de contratación es una práctica, que

infortunadamente en la actualidad se promueve desde el seno de la administración pública, ya sea por mala fe, descuido o ignorancia, la cual sirve de mampara o de respaldo para mostrar una aparente legalidad (Consejo de Estado, 1994), que conlleva a desdibujar la naturaleza de la precitada figura. (p.12).

En concordancia con lo anterior, y en consideración con la problemática esbozada, se hace necesario y pertinente realizar una revisión documental que propicie el análisis de las modalidades de contratación acá cuestionadas, sus características, y en general de las causas y consecuencias de una indebida utilización del contrato de prestación de servicios en la administración pública colombiana.

Así las cosas, se plantean las siguientes fases de la investigación:

- Fundamentado en la revisión documental se realizará un recuento histórico, legal y jurisprudencial del concepto del contrato de prestación de servicios, así como las premisas que originaron esta modalidad contractual en Colombia.
- Se llevará a cabo la identificación de los criterios que la jurisprudencia colombiana ha desarrollado acerca del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos contractuales, esto es la entidad contratante y el contratista en Colombia.
- Producto de la revisión documental y el análisis lograr dilucidar si en la práctica el contrato de prestación de servicios coadyuva en la satisfacción de las necesidades de la entidad estatal o si colabora en el desconocimiento de los derechos laborales del trabajador.

Delimitación

Científica

La investigación se desarrollará bajo el método Analítico, de tipo Descriptivo y un enfoque cualitativo, a través de los cuales se abordarán los diferentes tópicos a analizar tendientes a cumplir con los objetivos propuestos en el presente estudio. El área que se abordará es Derecho Público y la subárea Derecho Administrativo, la investigación a desarrollar será jurídica o básica.

La delimitación espacial y temporal se traducirá en el análisis de las circunstancias de la desnaturalización del contrato de prestación de servicios entre los años 2015-2020 en Colombia. Línea de investigación

La línea de investigación seleccionada es Convivencia, Paz y Justicia.

Sub línea de Investigación

Relaciones Individuo-Estado, Democracia y

Ciudadanía. Espacial: Colombia

Temporal: 2015-2020.

Capítulo II

Antecedentes de la Investigación

De acuerdo a la revisión bibliográfica de investigaciones realizadas acerca del contrato de prestación de servicios y las circunstancias que pueden ocasionar su desnaturalización en Colombia podemos mencionar las siguientes:

Lo constituyen los otros estudios en el tema (artículos, tesis, doctrina, etc.)

En el artículo de investigación producto de la tesis de grado del año 2019 denominado “El contrato de prestación de servicios y el principio de estabilidad laboral constitucional en Colombia” de Aura Patricia González de la Universidad Católica de Colombia, se realiza un análisis crítico y jurídico acerca de la utilización de la figura del contrato de prestación de servicios por las empresas públicas y privadas del país y el denominado principio de estabilidad laboral consagrado en la Constitución política de Colombia de 1991, en segunda instancia se encarga de establecer el contexto bajo el cual se ha desmejorado las condiciones laborales para los trabajadores logrando definir las causas y consecuencias de este fenómeno jurídico.

Resulta claro el hecho de que a pesar de existir grandes diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios profesionales, en los últimos años se ha venido confundiendo de manera reiterada el objetivo de uno y otro, de forma que como consecuencia de su inadecuada e indebida suscripción se ha ocasionado perjuicios considerables tanto para quienes prestan el servicio como para sus dependientes, evidenciándose una falta de vigilancia y control ante la aparente injusticia social de que son objeto los trabajadores que son vinculados bajo esta

figura contractual, quienes ante la necesidad de una fuente trabajo e ingresos deben aceptar estas condiciones que vulneran a toda vista el espíritu original de la norma que la concibió.

En la tesis de grado de Jorge Andrés Ceballos Granada y Francisco Mariano Gaviria Gallego titulada “Análisis del contrato prestación de servicios personales en el sector público en Colombia” del año 2019 se aprecia el estudio realizado sobre el contrato administrativo de prestación de servicios enfatizando en las diferencias que reviste respecto al contrato laboral, señalando elementos constitutivos distintos al igual que su objeto. La revisión jurisprudencial del Consejo de Estado, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sirvieron de apoyo para establecer el impacto que genera la aplicación inadecuada esta figura contractual, dejando entrever el tratamiento del principio constitucional de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas, lo cual presta mérito para determinar la fina línea de ambigüedad que existe en relación al contrato de contrato y los circunstancias en las cuales generan conflicto.

Como conclusiones de evidencia la importancia que amerita el control de esta figura de contratación en vista de las fallas establecidas en la norma o la misma falta de aplicabilidad en torno a la aplicación de la mencionada norma, la revisión que debe darse en el legislativo respecto a la posible modificación de la norma de manera que se adecue a la realidad laboral de los trabajadores que se encuentran vinculados con el Estado o empresas privadas para que de un lado se traduzca en una herramienta legal que debe ser usada para materializar los fines del Estado, pues es este último quien a su vez tiene un papel de promotor en el desarrollo de un orden

social económico y justo (Ceballos y Gaviria, 2019), y por otro que se acoja a los diferentes pronunciamientos de las cortes en torno al tema, especialmente cuando hay norma aplicable en los casos donde se pueden ver vulnerados los derechos laborales frente a la utilización de dichas prácticas de contratación, adicional a las pocas las medidas de prevención que existen frente a ellas.

En el artículo de investigación producto de la tesis de grado denominado “Del contrato de prestación de servicios profesionales: alcances y aplicación en la contratación estatal” de autoría de Leidy Lizbeth Vidal Forero del año 2019 se realiza un exhaustivo análisis acerca de la prevalencia de los contratos presentados bajo la modalidad de prestación de servicios y apoyo de gestión a las Entidades del Estado y su impacto en este tales como la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas a costa del aumento progresivo en la suscripción de los contratos administrativos de prestación de servicios para cumplir con las actividades asignadas, denotándose la intención de sustituir a los servidores públicos en la ejecución de estas tareas a quienes de verdad les correspondería realizarlas.

En particular la jurisprudencia ha “ha determinado que este tipo de contratos es violatorio del ordenamiento superior y de la normatividad laboral, por ello que se ha reconocido este tipo de contratos en circunstancias especiales al contrato realidad en una clara violación de los derechos de los trabajadores y que ha conllevado al Estado a responder con todas las garantías laborales y prestacionales” (Vidal, 2019, p. 22). Sin lugar a duda, tanto el Estado como la empresa privada, no deben seguir utilizando esta herramienta para vincular a los trabajadores ya que representa un claro desconocimiento de las finalidades del contrato como tal y para lo cual fue

creado, conllevando una vulneración de derechos de los trabajadores, atropello contra su dignidad y garantías en el ámbito laboral propiamente dichos.

Lo anterior amerita que el Estado a partir de una reestructuración a esta figura contractual, propicie unas acciones en contra de la corrupción al delimitar las nóminas paralelas, garantizando la protección de los trabajadores, hacer primar los derechos laborales y acudir a esta figura sólo en aquellos eventos que la ley lo permite y sea totalmente justificada su uso.

En la investigación a título de tesis de grado denominada “El contrato estatal de prestación de servicios y el contrato realidad en Colombia” de Marelvy García Chaves del año 2019, se retoma la revisión jurisprudencial de “la aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, exigidas ante los jueces bien sea de la Jurisdicción Laboral si su objeto contractual se asemeja al que desempeña un trabajador oficial, ola Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo si tal objeto contractual se asemeja al de un empleado público” (García, 2019, p. 6) donde desde la misma promulgación de la carta política de 1991 se observa una aplicación sesgada del principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades plenas señalándose una total desprotección de los derechos laborales de aquellos que esperaban el pago de salarios y prestaciones sociales por el hecho de cumplir con su objeto contractual propiamente dicho.

La investigadora concluye que el contrato estatal de prestación de servicios en Colombia representa una figura jurídica a la cual recurre continuamente la administración pública para disimular de manera notable la evidente relación laboral que existe entre el Estado y los particulares, contraviniendo algunos principios

constitucionales que rigen nuestro Estado Social de Derecho garantista de un orden político económico y social justo para todos sus asociados, donde prime el bienestar y el desarrollo de todos y cada uno de los ciudadanos. Hace claridad acerca de los elementos que configuran una relación laboral y afirma que éstos se hacen presente de manera sistemática y recurrente en el desarrollo del contrato de prestación de servicios que los trabajadores han suscrito con el Estado (García, 2019).

La tesis de especialización del año 2018 denominada “Contrato de prestación de servicios: una realidad maquillada” de Daniel Sebastián Palacios Suarez, Leidy Lorena Gutiérrez Mosquera y María Alejandra López Romero, tras analizar los elementos constitutivos del contrato laboral y el del contrato de prestación de servicios en Colombia, especialmente los que suscribe el Estado con los particulares, se denota que “las entidades gubernamentales lo que buscan es disfrazar esa realidad laboral que están teniendo dentro de su organización, con el fin de evadir los derechos propios y mínimos que tiene un trabajador, y todo ello lo están haciendo mediante la contratación de prestación de servicios, vulnerando esos derechos como el derecho al trabajo, el derecho a prestaciones sociales y uno de los más importantes, a la seguridad social” (Palacios, Gutiérrez y López, p. 28). Dicha vulneración de derechos del trabajador deja entrever una relación injusta, infractora de derechos fundamentales y una clara desnaturalización del contrato de prestación de servicios contemplada en la ley 80 de 1993, advirtiendo que en

Principio toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, y no lo que se encuentra en la realidad laboral donde el contratista no goza de una estabilidad laboral ni del pago de sus prestaciones sociales, así como tampoco del derecho a su seguridad social.

Una vez realizada la anterior descripción de algunos antecedentes de investigación, queda clara la necesidad de ahondar en el estudio y análisis de la figura del contrato de prestación de servicios como instrumento de contratación en el sector público y describir cómo su utilización, cada vez más recurrente, ha venido lesionando los derechos laborales de aquellas personas que prestan sus servicios en diversas funciones de la órbita estatal.

Capítulo III

Marco Teórico

Contratación Laboral en Colombia

Bases teóricas

Concepto de Trabajo

La Constitución política de 1991 adoptó el Estado social de derecho mediante los cuales se reconocen y consagran los diversos derechos fundamentales y propios del ser humano, con el fin de protegerlos y ofrecer garantías sobre los mismos. Algunos de tales derechos se relacionan con el de la vida, salud, dignidad humana, entre otros, sin embargo para efectos de la presente investigación nos centraremos en el derecho al trabajo, reconocido igualmente a nivel internacional, y más específicamente en la carta política en el artículo primero así:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y

Pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art.1)

El trabajo se ha promulgado en varias ocasiones como un factor que dignifica al ser humano, pero a la vez se ha convertido en uno que genera múltiples desigualdades en la sociedad, ante lo cual la Constitución política ha sido clara en dar reconocimiento del derecho al trabajo como un derecho fundamental al definirlo en el artículo 25 de la siguiente manera “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona

tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art.25). Lo anterior obliga al Estado a proteger dicho derecho fundamental en vista de que no se puede renunciar a él, ni mucho menos ser objeto de algún acto que lo vulnere (Palacios, Gutiérrez y López, 2018).

Cabe anotar que este catalogado derecho fundamental cuenta a nivel internacional con el acompañamiento de la Organización Internacional del Trabajo adscrito a las Naciones Unidas, dedicada a la labor de proteger los derechos humanos, mediante la creación y adopción de convenios o normas de carácter internacional en las que se fijan lineamientos y parámetros en materia laboral. En el caso doméstico la legislación laboral de halla compilada de manera general en el Código Sustantivo del Trabajo que en atención a los tratados internacionales que rigen la materia y a las organizaciones Internacionales garantistas de derechos en donde Colombia hace parte como miembro, define el trabajo de la siguiente forma: “Es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo” (Código Sustantivo del trabajo, 1950, Art.5.).

El mercado laboral en Colombia establece diversos modelos de contratación, que buscan garantizar un acceso al trabajo como fuente de abastecimiento económico de la población, y además se garantice el desarrollo laboral para el crecimiento económico del país. (Cuesta & Zota, 2018).

Contrato de Trabajo

La ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia define los contratos estatales como “los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.”

De manera general el contrato en Colombia se encuentra normado con un nivel de protección especial, debido a que no existe igualdad alguna entre los contratantes en vista de la capacidad de maniobra que poseen los contratantes sobre la información de los procesos contractuales y de acuerdo a Rico (2019) la Corte ha señalado que “esta protección es insuficiente, dada la dinámica de las formas de ofrecer y comprar bienes de consumo, que evoluciona hasta el punto de que la legislación al respecto suele estar atrasada para generar el desequilibrio entre productores y comercializadores y consumidores”.

El contrato de trabajo es la base fundamental del Derecho del trabajo, donde el Código Sustantivo del Trabajo lo define como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” (2020, art. 22). Igualmente Arteaga (2014) lo define como:

“aquel mediante el cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un patrono, bajo la dependencia y mediante una remuneración” citando a Manuel Alonso García, dice contrato individual de trabajo “todo acuerdo de voluntades

(negocio jurídico bilateral) en virtud delcual una persona se compromete a realizar personalmente una obra o a prestar un servicio por cuenta de otra, a cambio de una remuneración”. (Arteaga, 2014, pág. 14)

Este contrato laboral responde a unas características relacionadas con la relación consensuadas por ambas partes, se denota una obligación bilateral, el empleador es conoedor de la prestación del servicio que va a recibir, el empelado es conoedor del pago que ha de recibir, es de carácter sucesivo ya que tanto prestación como pago van dándose en una medida temporal, es nominado debido a la denominación especial otorgada por la Ley; cuando estas características se ven cumplidas se garantiza el concepto de contrato laboral. (Beltrán, 2018).

La figura del contrato laboral debe atender a hacer prevalecer derechos tales como la estabilidad laboral, el pago de prestaciones sociales y la liquidación de estas, ante lo cual la Corte Constitucional determinó que:

“ Las obligaciones del empleador frente al trabajador no se satisfacen solo con el pago de la remuneración convenida a título de salario, sino que, además, comprenden el pago de las prestaciones sociales contempladas por el legislador, así como la afiliación y traslado de recursos (cotizaciones y aportes) al Sistema Integral de Seguridad Social. La elusión de las referidas obligaciones constituye un desconocimiento de los derechos del trabajador dependiente que abre paso a la responsabilidad del patrono y le asigna consecuencias adversas de tipo patrimonial, que incluyen indemnizaciones, sanciones y la asunción de las erogaciones derivadas de las contingencias que afectan la capacidad productiva del trabajador”. (Sentencia T-331 de 2018).

De forma genérica en Colombia el contrato laboral se distingue por estar constituido por tres elementos sustanciales “la prestación de servicios u oficios de manera personal, 2) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, 3) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario.”. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-614 de 2009). De esta manera se evidencia que los elementos constitutivos contiene a su vez factores de orden social y económico, psicológico y emocional, que afectan la calidad de vida y el grado de satisfacción del contratista (Sanín, López & Gómez, 2016).

De acuerdo a lo anterior se puede afirmar que uno de los elementos fundamentales de la relación laboral es la subordinación la cual la Corte Constitucional la determina como carácter central de una relación laboral al afirmar:

“ La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. ...”(Corte Constitucional, Sentencia C-386, 2000).

Obligaciones del Empleador en el Contrato Laboral

De manera general al suscribirse un contrato laboral automáticamente se generan derechos y obligaciones para las partes intervinientes, por ejemplo el

empleador velará por la preservación de la salud de los empleados, ofreciendo condiciones de trabajo seguras y cómodas así como la minimización de los riesgos que pueden afectar la salud y la integridad de los

colaboradores de la organización. Para ello el decreto 1072 de 2015 define expresamente las obligaciones del empleador tales como definir la política de seguridad y salud en el trabajo, asignación de responsabilidades a sus empleados, definición de recursos para la realización óptima de tareas minimizando el riesgo, cumplir los estándares de calidad del sistema general de riesgos laborales, participación de los trabajadores y sistema de promoción y prevención de riesgos laborales, adicional al cumplimiento en el pago de las prestaciones sociales y la afiliación al sistema integral de seguridad social.

Derechos del Contratista en un Contrato Laboral

Tomando en consideración lo promulgado por la Organización Internacional del Trabajo “es un derecho mínimo e irrefutable para un empleado la remuneración por los servicios aportados en la relación contractual, además considera derechos fundamentales de los trabajadores: “la libre elección de su trabajo, condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.” (OIT, 2009, Derechos fundamentales en el trabajo). De igual forma la Constitución Política de Colombia en su artículo 53 establece que:

“ Los principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios

mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 53).

Es necesario aclarar de acuerdo a González (2020) “La primacía de realidad a la que hace referencia la Constitución, permite que los empleados tengan protección ya que establece que la realidad de los actos prima sobre el modelo contractual “disfrazado”, ya que la práctica prevalece sobre lo acordado en el documento, y esto se caracteriza tanto en las funciones como en la remuneración del empleado” (p.20). Adicional es de conocimiento que los derechos del trabajador contemplan la asignación de la jornada laboral, primas y vacaciones, descansos remunerados, entre otros, que al ser vulnerados son susceptibles de tutela para garantizar su respeto y cumplimiento por parte del empleador.

Modalidades de Contratación Laboral

en Colombia Forma

En Colombia teniendo en cuenta la forma encontramos contratos

- Verbales: El empleado y el empleador deben ponerse de acuerdo en por lo menos los tres siguientes puntos: i) la índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse; ii) el monto y la forma de remuneración, además de los periodos que regulen el pago; iii) la duración del contrato.
- Escritos: debe contener la identificación y domicilio de las partes; el lugar y la fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y en donde haya de prestar el servicio; la naturaleza del trabajo; la cuantía de la remuneración, su forma y periodos de pago; la estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación. (Ley 3743, modificación 2020, Capítulo IV).

Contratos Laborales por Duración

Este tipo de contrato está sujeto al objetivo contractual que se establece en él, tal como lo determina el Código Sustantivo del Trabajo.

Contrato a Término Fijo

Este tipo de contrato tiene límite temporal estipulándose de forma escrita la fecha de terminación del mismo, pudiéndose suscribir prórroga si así se hace necesario. Se contempla el contrato inferior a un año y el de uno a tres años, en este último caso la duración del contrato escrito no puede ser de más de tres años, sin embargo, puede extenderse de forma indefinida. (Código Sustantivo del Trabajo, Art. 46).

Contrato a Término Indefinido

Se caracteriza por no tener limitación temporal, es decir las partes pueden acordar términos sin estipular fechas de finalización, siendo esta fecha la que alguna o ambas partes pacten en determinado momento. Bajo esta modalidad de trabajo se consideran las siguientes características que lo definen: “i) para establecer cláusulas específicas es necesario formalizar el contrato de manera escrita, ii) el empleador asumirá el pago de prestaciones sociales, prima de servicios, descansos remunerados y aportes parafiscales “(Código Sustantivo del Trabajo, Art. 47).

Contrato de Obra o Labor

En este tipo de contrato se pacta el tiempo de finalización de acuerdo al tiempo que demande la terminación de la labor definida en el objeto contractual, no admite renovación y puede darse de forma verbal o escrita (Código Sustantivo de Trabajo, Art. 45).

Contrato de Aprendizaje

De acuerdo a la Ley 789 de 2002, un contrato de aprendizaje es:

Una forma especial dentro del derecho laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años, y por

esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario. (Ley 789, 2002, Art. 30).

Terminación de un Contrato Laboral con Justa Causa

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo establece las causales de terminación de un contrato laboral con justa causa así:

Por parte del empleador: haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión, todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas, acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores, cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, la detención preventiva del trabajador, que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa, el deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento, la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada, el reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa, enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional.

Por parte del trabajador: haber sufrido engaño por parte del {empleador}, respecto

de las condiciones de trabajo, todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves, cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas, todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, todo perjuicio causado maliciosamente por el empleado al trabajador en la prestación del servicio, el incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador de sus obligaciones convencionales o legales, la exigencia del empleador sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleado.

Resulta importante señalar que el mismo Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 64 señala que es posible que el empleador termine el contrato laboral sin justa causa, surtiéndose el respectivo pago por concepto de indemnización a favor del empleado tomando en cuenta la figura contractual bajo la cual había sido vinculado.

Contrato de Prestación de Servicios

Muchas de las entidades del orden nacional, departamental y municipal acuden a la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales de acuerdo a lo preceptuado en la ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración, para coadyuvar en el logro de los fines que la administración pública se traza.

Esta figura de contratación hace su aparición en el ámbito legal colombiano en el año de 1993 mediante la ley 80 de ese año, que lo reguló en el numeral 3 del artículo 32, de la siguiente forma:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las Entidades Estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable (Ley 80, 1993).

Así las cosas, este precepto estima que sólo aplica para cuestiones relacionadas con la contratación estatal, llevados a cabo entre entidades públicas y particulares, con el objeto de que se realice la prestación de un servicio a cargo de esta última de carácter temporal, hasta su terminación, a lo cual Gómez y Díaz (2019) señalan que:

“De la anterior definición normativa es posible extraer dos conclusiones fundamentales: que para que se trate de contratos estatales de prestación de

servicios, deben celebrarse por las entidades estatales y, adicionalmente, deben tener por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”. (p. 2 y 3). De otra parte resulta importante describir a qué se refieren las entidades estatales las cuales se definen en el artículo 2 de la ley 80 de 1993, “es decir que, el enunciado del numeral 3 del artículo 32 de esa misma ley, únicamente resulta aplicable a las entidades estatales que para los efectos de la ley 80 de 1993 se denominan de esta manera” (Pérez, 2020). La conclusión que se deriva de la norma citada anteriormente es que “el contrato de prestación de servicios es fundamental para la realización de diversas actividades administrativas gestión y el funcionamiento de las entidades estatales, supliendo las necesidades de estas. Pues estos contratos tienen como objeto la “prestación de servicios profesionales” y de “apoyo a la gestión” como componentes específicos de la prestación del servicio de la entidad requirente” (Pérez, 2020).

Características del Contrato de Prestación de Servicios

Como se ha venido afirmando el Estado para cumplir con los fines que le establece la Constitución y la ley debe apelar a la celebración de contratos los cuales “son regulados por las leyes civiles y comerciales con el fin de otorgar autonomía a las entidades en la imposición de obligaciones en los contratos siempre y cuando estos sean pertinentes y estén acordes con los principios fundamentales de la acción contractual según lo estipulado en la mencionada Ley y en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991” (Escobar, 2018, p.7).

El contrato de prestación de servicios se encuentra regulado por el Código Civil, lo que evidencia que esta clase de contratos reviste una relación de naturaleza

civil que guarda dependencia única y exclusivamente con lo acordado con las partes que lo suscribieron, es así como el Código Civil en su artículo 1495 define contrato como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. No hay que olvidar que el contrato de prestación de servicios hace parte de la

modalidad de contratación directa de acuerdo al ordenamiento legal colombiano, lo que exige que la entidad pública contratante debe justificar mediante acto administrativo el por qué se apela a esta figura contractual detallando aspectos como la causal, el objeto del contrato, el presupuesto y las condiciones a exigir al contratista, los estudios y documentos previos (Escobar, 2018).

En concordancia con lo anterior, la obligación de constatar aspectos como la idoneidad y experiencia requerida en las labores a ejecutar está en cabeza de la entidad pública, aclarando que si por alguna razón las actividades encomendadas al contratista tuviesen el carácter de indefinidas estarían en la obligación de tomar en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997:

En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Las entidades del Estado solamente podrán recurrir al empleo de esta figura de contratación en ocasiones excepcionales, así como la vinculación del contratista se halla reglamentada en la misma carta política, el decreto 3074 de 1968 establece la prohibición de que esta modalidad adquiera la connotación de permanente. De misma manera atendiendo a lo afirmado por Escobar (2018).

No se deberá adelantar el contrato de prestación de servicios cuando las actividades a realizar sean referidas a las que usualmente lleva a cabo la entidad pública ya que estas

solo se pueden ejecutar bajo el vínculo laboral, tampoco se deben asignar las mismas funciones que han sido asignadas o los trabajadores de planta. No se debe exigir al contratista el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de una labor, tampoco se debe exigir registro de entrada o salida y mucho menos deben existir exigencias en cuanto a la forma de vestir (p. 9).

Los elementos que definen un contrato de prestación de servicios por parte de cualquier entidad pública son i) autonomía del empleado, tanto técnico como científico, ii) la duración del contrato es limitado, iii) la remuneración es pactada por honorarios, iv) como la relación laboral es inexistente no se obliga al pago de prestaciones sociales. (Anaya et al. 2014)

Tomando en consideración a Gómez y Díaz (2019) es factible afirmar que el contrato de prestación de servicios representa un contrato típico, esto es, que gozan de una denominación y regulación expresa en el orden jurídico, es de carácter excepcional como quiera que refiere a la obligatoriedad de celebración de este tipo de contratos con el desarrollo de actividades administrativas y o funcionales, adicional al hecho de que este tipo de contratos podrán celebrarse solamente con personas naturales en el evento de que dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, esta figura contractual posee amplitud de objeto lo que lo diferencia del contrato de trabajo propiamente

dicho, puede celebrarse a través de la modalidad de la contratación directa y puede o no ser objeto de liquidación; el contrato de prestación de servicios debe ser temporal, deben ser de termino estrictamente indispensable; ausencia de vínculo laboral, prestaciones sociales, por lo tanto el contratista goza de autonomía para la ejecución de actividades.

La solemnidad del contrato de prestación de servicios requiere que este deba constar por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 80/93, igualmente debe

Cumplir con las formalidades establecidas en la ley, específicamente la ley 80 de 1993 artículo 40, y se perfecciona mediante el escrito, como lo establece el artículo 41 de la misma norma. De esta forma el artículo 39 de la ley 80 de 1993, establece lo siguiente:

Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las entidades estatales establecerán las medidas que demanden la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

Como se ha venido afirmando el contrato de prestación de servicios debe perfeccionarse en forma escrita a excepción de que las circunstancias lo amerite, como por ejemplo, aquellos contratos celebrados en la declaratoria de una emergencia manifiesta circunstancia que deberá sustentarse mediante la expedición de un acto

administrativo motivado “siendo posible en estos eventos realizar el contrato subexamine por la inmediatez para actuar y conjurar la emergencia que dio pie a la declaración de la emergencia, quedando facultado para ello el funcionario competente, para proceder directamente a su declaratoria, bajo los lineamientos del artículo 42 de la ley 80, examinada, así” (Pérez, 2020, p. 5):

Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se

trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

Una característica importante del contrato de prestación de servicios es la necesidad de que exista una igualdad entre las partes tal como se establece en el artículo 27 de la ley 80 de 1993 en la que entre otros aspectos se regula: la Ecuación Contractual. Imponiendo la equivalencia entre obligaciones y derechos para los dos extremos contractuales; el inciso segundo establece “Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar”, es decir que el contratista al momento de celebrar contrato con el estado, desde ese mismo instante se obliga a cumplir la labor por la cual fue contratada y la entidad al pago por el servicio prestado por el contratista,

configurándose a las exigencias de un contrato consensual y bilateral (Pérez, 2020).

El contrato de prestación de servicios es una figura de carácter onerosa conmutativa, lo que en virtud del artículo 28 de la misma norma citada anteriormente, se desarrolla mediante las obligaciones contraídas por las partes intervinientes, de dar o hacer, lo que denota la equivalencia de las prestaciones involucradas en el contrato, en el entendido de que el contratista asume la ejecución de una actividad que le corresponde a la entidad pública a cambio del pago de una contraprestación, “es decir que prima la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan el contrato conmutativo” (Pérez, 2020).

Definitivamente las características del contrato de prestación de servicios que se suscriben con las entidades estatales se encuentran sujetas a la legalidad y sobre todo vigentes en la normatividad. Como consecuencia de la regulación en la materia, el Estado recurre permanentemente a esta figura para suplir los cargos para el cumplimiento de sus funciones, pero ante todo de la libre voluntad del contratista y la entidad estatal, debido a esto una característica es ser consensual, especificidades que distinguen de otras modalidades contractuales, así lo ha señalado la Corte Constitucional (Pérez, 2020):

En definitiva, el contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene características propias que lo diferencian de otro tipo de formas jurídicas en materia laboral: la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración

debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. (Sentencia T-903, 2010).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al determinar:

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes. (Radicación No. 17001-23-33-000-2014-00282-01(2093-16), 2018).

De acuerdo a lo anterior se hace necesario insistir en el hecho de que la ejecución del contrato de prestación de servicios se debe adelantar sin subordinación en las labores a desempeñar por parte del contratista, otorgando al contratista la plena autonomía para desarrollarlo y cumplir con el objeto contractual, bajo los parámetros pactados por las partes, sin que haya lugar a la ejecución de funciones permanentes.

Es preciso recordar que las condiciones contenidas en el contrato de prestación de servicios vienen establecidas por la realización de una tarea específica que no se puede cumplir el personal de planta de la entidad, lo que justifica que el contratista no esté ligado al establecimiento y cumplimiento de un horario laboral o de estar obligado a recibir órdenes de un superior jerárquico de la organización estatal, lo que se compensa con el ejercicio de la supervisión del contrato que garantiza el cumplimiento de los objetivos y el objeto contractual mismo.

En concordancia con los derechos fundamentales y la dignidad humana la Corte Constitucional establece su supremacía sobre los intereses del empleador al

aclarar el concepto de subordinación de la siguiente manera en sentencia C-94 de 2004:

Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-94, 2004).

La Corte Constitucional en Sentencia C-1110 de 2001 pone de manifiesto que la subordinación del contratista no se circunscribe sólo al plano jurídico sino también al económico ya que “está en deficiencia económica con respecto al contratante y este acto hace que se presente explotación de parte del empleador y una aceptación de parte del contratista debido a la dependencia de fuentes de subsistencia de carácter económico” (González, 2020, p.35). De esta forma se hace necesario poder aclarar la existencia de elementos característicos para demostrar la existencia de subordinación en un contrato laboral; el establecimiento de un horario, recibir órdenes o instrucciones que representen una obligación para el contratista o la presentación de comunicaciones en calidad de llamados de atención de parte de superiores jerárquicos, tener que entregar informes sobre sus resultados, empero, puede prestarse para interpretaciones puesto que resulta hasta cierto punto ambiguo en

el caso de que algunas actividades pueden realizarse dentro de ciertos horarios, las tareas que se realicen para el cumplimiento del objetivo deben ser monitoreadas y los llamados de atención se pueden presentar por el comportamiento indebido del contratante. (Agamez, 2019).

En concordancia con lo anterior, los intentos que realiza la administración pública por desvirtuar el elemento de subordinación en la ejecución del contrato de prestación de servicios con el fin de no reconocer derechos laborales como el pago de prestaciones sociales y parafiscales, lo que con el tiempo y la experiencia lleva a que se interpongan las respectivas demandas alegando el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades lo que se ha traducido en el reconocimiento de indemnizaciones a cargo del erario que en esencia resultan ser más onerosas que el valor del reconocimiento de tales derechos laborales (Espitia & Sáenz, 2017).

De otra parte la Corte Constitucional ha delineado tres grandes características del contrato de prestación de servicios así:

A. La 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 acuerdan las respectivas labores profesionales. B. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. C. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y es indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. (Corte Constitucional, Sentencia C-154, 1997).

Ahora en el mismo pronunciamiento se profundiza acerca las generalidades del contrato de prestación de servicios de la siguiente manera:

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva,”.

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

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

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto

contractual convenido.

...Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada....

...En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferenciación del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente...” (Corte Constitucional, Sentencia C-154, 1997).

Como analizaremos más adelante, se suele discutir acerca de la recurrente

utilización de esta figura contractual por parte del Estado para vulnerar derechos laborales de los contratistas a su servicio, entre estos el pago de prestaciones sociales, ya que en la práctica se asemeja a un contrato laboral, que de acuerdo al pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencias T-903 de 2010 dijo:

En ese sentido, la noción del “contrato realidad” parte de la estructuración fáctica de los elementos determinantes de una relación de orden laboral, éstos son: (i) prestación personal de servicios, (ii) subordinación o dependencia, lo que se manifiesta en el cumplimiento de órdenes y (iii) salario como contraprestación del servicio prestado.” (Corte Constitucional, Sentencia T-903, 2010).

De lo anterior se puede deducir que si un contrato de prestación de servicios cumple con los tres elementos anteriormente descritos inmediatamente se traduce en una relación laboral, con las consecuencias e implicaciones fácticas y legales que ello amerita.

Marco Histórico

Antecedentes del Contrato de Prestación de Servicios en Colombia

El contrato de prestación de servicios es tratado en la legislación colombiana por primera vez en el artículo 1495 del Código Civil de 1870, época desde la cual se “se trazó que la persona natural o jurídica que prestara sus servicios mediante esta modalidad contractual, realizaba sus actividades sin estar constreñido a los elementos de dependencia o subordinación laboral, es decir contaba con la potestad para impartir a sí mismo órdenes en la ejecución de las labores para las que fue contratado” (Almarino y Monsalve, 2019, p.11). De lo anterior se deja entrever ya la postura del

Estado de no reconocer vínculo laboral alguno bajo esta modalidad de contratación y otorgar la naturaleza civil o comercial del contrato de prestación de servicios como medio para enganchar trabajadores para hacer posible el logro de los fines de la administración pública.

Como referencia siguiente de los antecedentes del contrato de prestación de servicios en la administración pública colombiana se tiene lo consagrado por la ley 3 de 1930 para las entidades del orden nacional al afirmar que:

“Queda facultado el poder ejecutivo para contratar con expertos o consejeros técnicos, cuando para la mejor organización de algún ramo especial de la administración pública juzgue conveniente. Los contratos que al efecto se celebren serán válidos con la aprobación del consejo de ministros”.

De manera posterior se expide el decreto 150 de 1976 el cual definió el contrato de prestación de servicios en su artículo 138 así:

“Se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas”.

El decreto ley 150 de 1976 fue derogado por el decreto 222 de 1983 que en su artículo 163 mantiene, con la aclaración de las funciones administrativas del caso, el concepto del contrato de prestación de servicios de la siguiente forma:

“Se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta”.

Se deja claramente señalado que por ningún motivo podrá celebrarse esta clase de contrato para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces. Vale la pena aclarar que se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante (Vidal, 2019).

Adicional esta norma detallaba una clasificación del contrato de prestación de servicios en su artículo 164:

Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.

Como se puede apreciar a estas alturas es posible determinar elementos para distinguir un contrato de prestación de servicios y uno de carácter laboral con el Estado, tomando en cuenta que restringía el desarrollo del contrato de prestación de servicios cuando se trataba del ejercicio de funciones administrativas. Lo anterior

supone que “los contratos de prestación de servicios son aquellos contratos que desarrollan actividades propias de la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, que colabore, mejore o ayude con el giro ordinario de las actividades de la entidad estatal en operaciones manuales e incluso intelectuales, como ocurre como el mandato judicial” (Vidal, 2019, p. 5).

Con la introducción de la ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico colombiano se detalla el concepto de contrato en su artículo 32 así:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:...

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

Posteriormente se causaron algunas aclaraciones mediante el decreto 2209 de 1998, que modificó el decreto 1737, al preceptuar en su artículo 1:

El artículo 3° del Decreto 1737 de 1998 quedará así: ‘Art. 3 Los contratos de

prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán. Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, (sic) es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o aun cuando existiendo personal de planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo...”.

La revisión histórica de la legislación colombiana en torno al contrato de prestación de servicios nos lleva a la ley 1150 de 2007, la cual estableció cambios como la posibilidad de contratar por servicios de características, técnicas y uniformes y de común utilización en las entidades públicas, utilizando la modalidad de selección abreviada con subasta inversa (Vidal, 2019). Sin embargo se mantiene la modalidad de contratación directa bajo la cual es factible celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión los cuales podrán ejecutar aquellas personas que cumplan con los requerimientos establecidos.

Ahora bien, en el artículo 81 del decreto 066 de 2008 se hace claridad respecto al ámbito de desarrollo del contrato de prestación de servicios:

Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a

determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. Los servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad. Los servicios de apoyo a la gestión serán aquellos en los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la atención de necesidades de la entidad, sin que sea posible entender comprendida dentro de los mismos, la contratación de actividades que supongan la intermediación de la relación laboral, ni la contratación de empresas de servicios temporales (Decreto 066, 2008).

El anterior decreto fue revocado por el 2474 de 2008 el cual en su artículo 82 establece que para efectos de contratación por prestación de servicios no es necesario la elaboración de

pliego de condiciones, por lo que sólo basta con que el ordenador del gasto certifique la idoneidad y experiencia del contratista y que el contrato se justifique es decir la necesidad del servicio se haga necesaria, tener la disponibilidad presupuestal tampoco es necesario un acto administrativo previo. (Díaz, 2012). Con lo expuesto de dejó claro que el ejecutivo pretendía darle al contrato de prestación de servicios un carácter intelectual, esto es, dejarlo de apoyo a la gestión para actividades netamente administrativas en las cuales predominan las tareas de carácter intelectual y manual.

Con el decreto 1082 de 2015 el contrato de prestación de servicios tiene el siguiente tratamiento en el artículo 81.

Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita. Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. (...) La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse

a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos. (Decreto 1082, 2015).

La ley 1882 de 2018 modificó el artículo 53 de la ley 80 de 1993 así:

Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades! derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

Lo anterior otorgó a las entidades públicas la posibilidad de emprender la acción de repetición contra asesores y consultores denotándose cierto aquí paramiento con las responsabilidades de los funcionarios públicos propiamente dichos, teniendo que responder fiscal y penalmente por los daños que pudiesen causar por acción u omisión en el desarrollo de las actividades propias de la ejecución contractual.

Referente Contextual

Régimen Laboral en Colombia

Para definir la forma de vinculación de los servidores públicos es necesario tratar de definir el concepto de función pública por lo cual acudimos al pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional:

En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder

público, de los órganos autónomos e independientes, y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento” (Corte Constitucional, Sentencia C-563, 1998).

De igual forma la Constitución Política en su artículo 122 establece la función pública como el conjunto de reglas aplicable al ejercicio de las funciones y actuaciones de los servidores públicos; de otra parte en su artículo 123 define que “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, derivándose de lo anterior la concepción de empleado público con su sistema concreto de vinculación laboral y los denominados contratistas vinculados mediante el contrato de prestación de servicios y apoyo a la función.

Empleado Público

Para aclarar este término podemos citar a Romero (1999) quien afirma que es un concepto jurídico que atañe a las relaciones laborales establecidas entre dos partes: el Estado, como patrono y los agentes públicos, en tanto empleados o trabajadores de la Administración Pública, así las cosas se puede inferir que los empleados públicos son todas aquellos individuos que tienen algún vínculo jurídico con entidades públicas el régimen legal y reglamentario y el régimen laboral cuando

verse sobre trabajadores oficiales (Palacios, Gutiérrez y López, 2018).

La legislación colombiana determina que los empleos de carácter público son de carrera administrativa salvo algunas excepciones contempladas en el artículo 125 de la Constitución Política, como los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. De esta manera aquellos funcionarios cuyo sistema de nombramiento no tenga claridad en la Constitución y la ley, serán nombrados por el mecanismo de concurso público. Ahora en este aparte es pertinente destacar el concepto de carrera o mérito mediante el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-903 de 2010 el cual define el mérito como

Un principio constitucional de obligatorio cumplimiento para ingreso, ascenso y retiro de empleo público. Por lo cual los empleados públicos salvo sus excepciones de vinculan a la administración pública bajo el régimen legal y reglamentario, el cual se materializa en un acto administrativo de nombramiento y su posterior posesión, en el cual las condiciones, funciones y características del cargo están definidas por la ley, situación que no admite discusión al proveer el empleo, pero que a su vez configura un vínculo laboral el cual está sujeto a lo previsto en el régimen contencioso administrativo. (Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2010).

Trabajadores Oficiales

Tomando en consideración la normatividad colombiana, el trabajador oficial es aquel servidor público que se halla vinculado mediante un contrato laboral y por consiguiente se encuentra sujeto a la correspondiente legislación laboral, teniendo

que acudir a la jurisdicción laboral ordinaria en la eventualidad de presentarse alguna discrepancia en la relación entre estado-trabajador, y no podrá ser dirimida por la vía contenciosa administrativa como sucede con los empleados públicos. Recordemos la definición de contrato laboral esgrimida por la Corte Constitucional así:

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

De otra parte, el concepto N° 15921 del Departamento Administrativo de la Función Pública hace referencia a que los trabajadores oficiales son vinculados a la administración pública a través del contrato de trabajo cuyas condiciones en cuanto a modo, lugar, tiempo de duración, remuneración, entre otros aspectos, son establecidas de común acuerdo entre la Entidad y el trabajador y complementadas con lo previsto en los respectivos reglamentos internos de trabajo, pactos o convenciones colectivas y lo señalado en la ley, específicamente, para esta clase de servidores. (Concepto 15921, 2017).

En concordancia con lo anterior se puede concluir que el Estado tiene la posibilidad de valerse de las distintas clases de vinculación sea esta de carácter legal o reglamentaria, o mediante la celebración de contratos laborales, para proveer los

cargos y empleos que se hace necesario tener para desarrollar las diferentes actividades que logran alcanzar los fines últimos del aparato estatal, “pero es de aclarar que la legislación colombiana permite la celebración de contratos de prestación de servicios o apoyo a la gestión, el cual se basa en su totalidad entre el vínculo contractual entre un ente de derecho público en calidad de contratista y una persona natural en calidad de contratista, asimilándose esta relación contractual a un vínculo laboral” (Palacios, Gutiérrez y López, 2018, p. 23).

El contrato de prestación de servicios y el contrato laboral en Colombia

El Estado Colombiano tomando en cuenta lo preceptuado por la Constitución Política, tiene la clara obligación de actuar de acuerdo al Estado social de derecho, para cumplir con los fines que la carta le impone en su artículo segundo

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Constitución Política de Colombia., 1991, Art.2).

De esta forma el aparato estatal debe planear y disponer de los sistemas y mecanismos que garanticen el cumplimiento de este mandato constitucional

mediante el ejercicio de la función pública. Como parte de esos mecanismos necesarios se encuentran las normas que se generan en el Congreso de la República y que le facilitan al Estado el alcanzar de forma eficaz los fines propuestos, entre estas se destaca El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”(Ley 80, 1993) el cual entre otras cosas, define las modalidades mediante las cuales la administración pública adquiere bienes y servicios, entre las que se halla el contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión; los cuales son prioritarios “para que las entidades del orden público contraten personal humano, fundamental para el desarrollo y funcionamiento de sus dependencias, sin que se propicie un vínculo laboral entre las partes que genere obligaciones más allá de la contractual “contratante-contratista” (Palacios, Gutiérrez y López, 2018, p. 20)

La relación laboral que se da a través de un contrato de trabajo propiamente dicho debe responder a elementos que tiene que ver con el cumplimiento de actividades de forma presencial, con horario determinado, existe subordinación y se pacta una remuneración económica como contraprestación de los servicios prestados, por consiguiente el empleador deberá sufragar los gastos por concepto de prestaciones sociales y parafiscales, cesantías, interés a las cesantías, auxilio de transporte, prima de servicios, vacaciones y dotación. (Torres, 2019).

De acuerdo a lo anterior es posible inferir las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, lo que presta utilidad para desde lo jurídico establecer la presunción de realidad, según Cuesta y Zota (2018), citado por González (2020) son:

- El contrato por prestación de servicios se puede suscribir con una persona natural o una persona jurídica, mientras que en el contrato laboral solo se puede

celebrar con una personanatural.

- En el contrato laboral el empleado se debe dedicar exclusivamente a la labor para la cual fue contratado, mientras que el contratista puede vincularse contractualmente con otras entidades.
- El contratista debe afiliarse y cotizar como independiente al sistema de seguridad social, en el contrato laboral el empleador asume este costo.
- “Los conflictos relacionados con contratos de prestación de servicios tienen a la Jurisdicción Contencioso Administrativa como su juez, mientras que para solucionar las controversias derivadas de contratos de trabajo están los jueces laborales” (Cuesta & Zota, 2018)
- El contratista no cuenta con salario como el trabajador, el determina unos honorarios previamente pactados.
- La independencia y autonomía hace que el contratista disponga del tiempo para el cumplimiento de su labor, además carece de subordinación.

Lo anterior se ve condensado en la tabla 1.

Tabla 1.

Diferencias entre Contrato de Prestación de Servicios y Contrato de Trabajo

DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO REALIDAD VS CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	
CONTRATO DE TRABAJO Art. 53	CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS
La persona contratada o el trabajador tiene que prestar personalmente el servicio o realizar la actividad el directamente	Al establecerse la actividad o el servicio a realizar el contratado de acuerdo a sus capacidades y experiencia lo prestara ya sea directa o indirectamente enviando a otro en su lugar, se
	Persigue solo la ejecución de la actividad o servicio pactado.
El trabajador o empleado, se encuentra bajo una continua subordinación esto en cuanto a las disposiciones del empleador.	No existe subordinación, el que presta el servicio solo está obligado a cumplir con la actividad Enmarcada en el contrato por una contraprestación.
Lo que se entiende como retribución por la actividad prestada es salario o remuneración.	La retribución es vista como una contraprestación también es llamada honorarios.

El trabajador tiene derecho a prestaciones sociales.	No hay prestaciones sociales, debido a que no existe una relación de trabajo.
El contrato de trabajo puede ser a término fijo o término indefinido.	Este contrato es temporal, el tiempo se determina por lo estipulado en el contrato el tiempo que dure la realización del servicio de obra.
La afiliación al sistema de seguridad social deberá hacerla el empleador.	La afiliación está a cargo del que prestara el servicio ya sea contratista o trabajador independiente, cabe decir que esto es obligatorio Para quien desee prestar un servicio.
Puede establecerse un tiempo en el cual se miraran las capacidades del trabajador esto es conocido como periodo de prueba.	No hay periodo de prueba.
Se rige bajo las normas laborales.	Se rige bajo las normas civiles, comerciales, administrativas.
La persona que contrata es considerada empleador.	La persona quien contrata es considerada contratante.
A quien se contrata se considera trabajador.	A quien se contrata es considerada contratista.
Los medios que se emplean son los que brinda el empleador.	Los medios que se emplean están a cargo del contratista.
Los riesgos están a cargo del empleador hacia su Trabajador.	Los riesgos que se corren están en cabeza del Contratista.

Nota: Tomado de Vidal (2019). Del contrato de prestación de servicios profesionales: alcances y aplicación en la contratación estatal.

Si se analiza lo anterior, se puede afirmar que en el entendido de que el contratista logre demostrar la existencia de los tres elementos a saber la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo, se estaría ante una evidente relación de trabajo como lo preceptúa el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia por el principio de constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades definidas por las partes intervinientes en el proceso contractual.

Ahora bien si se acude a Fierro (2019) se puede detallar que las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo de la siguiente manera:

El contrato de prestación de servicios supone una actividad independiente que puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, mientras que el contrato de trabajo, por estar caracterizado por la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contra prestación del mismo solo puede ser ejecutado por una persona natural.

- El contratista prestador del servicio tiene autonomía e independencia, lo cual supone un margen de discrecionalidad para disponer del tiempo en la ejecución del contrato, mientras que el trabajador está por naturaleza subordinado y por ende sometido a las órdenes de sus superiores.
- La autonomía del contratista prestador del servicio le permite ejecutar simultáneamente otros contratos de prestaciones de servicio, mientras que el trabajador salvo circunstancias especiales, tiene dedicación exclusiva haciendo incompatible el desempeño de otros contratos.
- El contratista prestador de servicios está obligado en virtud del contrato al cumplimiento
- El contratista prestador de servicios recibe como contraprestación de una prestación inmaterial determinada y precisa, luego el servicio que presta es de naturaleza temporal, mientras que el trabajador dependiente hace parte del andamiaje de la empresa y por ende lo ampara al menos supuestamente, el régimen de la estabilidad. Contraprestación el pago de honorarios sin derechos prestaciones sociales, mientras que el trabajador recibe un salario cuyas prestaciones ampara el régimen laboral.

Por el estatuto general de la contratación administrativa y demás disposiciones que sean pertinentes mientras que los derechos y obligaciones del trabajador tiene regulación propia en las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

- El conflicto derivado del contrato estatal de prestación de servicios tiene a la jurisdicción Contencioso Administrativo como juez natural mientras que toda controversia generada de un contrato de trabajo debe ventilarse ante un juez
- En el contrato de prestación de servicios no existe el elemento de la subordinación laboral de la jurisdicción ordinaria.

laboral o dependencia, elemento que determina la diferencia entre el contrato laboral frente a la prestación de servicios, puesto que en éste el contratista goza de autonomía e independencia y dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto se dedique a la ejecución del objeto contractual.

- Entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que este presta un servicio, de manera autónoma, por la cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato o de la ley contractual no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionados con el estado por medio de un contrato de servicios personales, por cuanto se trata de particulares
- Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, contratistas y no se servicios públicos.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha expresado: “Si existe siquiera como posibilidad la atribución para que el patrono de órdenes y para el trabajador la obligación correlativa de acatarlas hay subordinación jurídica que es nota distintiva del contrato de trabajo”. Por principio de la primacía de la realidad, uno de los fundamentales en el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos.

resto de contratos que impliquen la prestación de un servicio.

- A diferencia del contrato de trabajo, el contrato de prestación de servicios se
- Los elementos y presupuestos descritos, bien pueden distinguir el contrato de trabajo del caracterizado por:

- La 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 acuerdan las respectivas labores profesionales.
- La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
 - La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado.
 - Su forma de remuneración es por honorarios.
 - No se genera en estos contratos ninguna relación laboral y por ende no hay lugar al pago de prestaciones sociales.
 - La afiliación al sistema integral de seguridad social se debe realizar como trabajador independiente, esto es, asume la totalidad de las cotizaciones.

- Los principios que aplican a las actuaciones de la contratación estatal, entre ellos los de

transparencia, economía y responsabilidad son los que dan sustento primordial al contrato de prestación de servicio, en armonía con postulados que rigen la función administrativa.

- Los principios aplicables al contrato de trabajo entre otros son, irrenunciabilidad de derechos, principio de la norma más favorable, principio de la condición más beneficiosa, primacía de la realidad sobre las formas.

- La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral radica en la subordinación, el contratista de prestación de servicios ejecuta las tareas a él confiadas con la autonomía propia de un empresario, o un profesional independiente”. (p. 18 y 19).

De lo anterior es factible afirmar que de la relación que se da en virtud del contrato de prestación de servicios no procede en su beneficio la condición de empleado público, ya que como lo afirma la norma, para que ello suceda debe proferirse necesariamente un acto administrativo ordenando la consiguiente designación, realizar la posesión del cargo, que en la estructura de la planta de personal exista realmente el cargo y que se cuenta con la respectiva disponibilidad presupuestal para respaldar el compromiso laboral. Es así como aquella persona que celebre un contrato de prestación de servicios bajo esta modalidad de contratación se denomina contratista independiente que de acuerdo a la ley carece del derecho al pago de prestaciones sociales y estabilidad laboral, lo que si poseen los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio del Estado.

Ahora bien, es importante de acuerdo a la naturaleza del contrato de prestación de servicios recalcar en algunas prohibiciones que se dan en este sentido ante lo cual la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente sobre la demanda inconstitucionalidad del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Norma que al tenor expresa:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

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.

Dice la Corte Constitucional:

La norma demandada carece de la claridad y precisión exigible a todo tipo disciplinario pues eleva a falta de esa índole el que el objeto del contrato de prestación de servicios recaiga sobre el cumplimiento de funciones propias de la administración, desconociendo que esa situación es un elemento ineludible de los contratos de prestación de servicios. También considera como elemento del tipo el que la función requiera dedicación de tiempo completo cuando ésta puede ser una exigencia de la labor contratada. Finalmente, genera confusión en cuanto al alcance de las excepciones consagradas pues se ignora si de acuerdo con ellas se pueden celebrar contratos de prestación de servicios caracterizados por la subordinación del contratista a pesar de que ella no es permitida por el régimen contractual. (Corte Constitucional, Sentencia C-094 de 2003).

En el mismo sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009 lo siguiente:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos pese a la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las

entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados outsourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contenciosos administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas, (Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009).

De lo anterior podemos afirmar que efectivamente la administración pública en los últimos años ha venido haciendo uso de esta figura jurídica para vincular empleados sin advertir que en la suscripción y ejecución de dichos contratos de

prestación de servicios “se puede crear una relación caracterizada por los elementos que permiten presumir la existencia de un contrato de trabajo; ello generaría un incumplimiento a los deberes y una vulneración al Ordenamiento Jurídico que daría lugar a una posible sanción disciplinaria (Gaitán, 2014, p. 16).

Capítulo IV

Principio de la Primacía de la Realidad

Como se ha señalado anteriormente, en la eventualidad de que se demuestren la configuración de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, es factible asumir la existencia de una relación de naturaleza laboral bajo el principio de la Primacía de la Realidad, que a su vez permite deducir la existencia de un contrato de trabajo (Sierra, 2013). La Constitución Política de Colombia le otorgó rango constitucional al principio de la Primacía de la Realidad por medio del artículo 53 así: “...primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales... Pero adicional a ese estatus constitucional, la jurisprudencia emanada de las Altas Cortes ha tratado suficientemente el tema, en este orden de ideas la Corte Constitucional señala que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas exige la calificación de la calidad del trabajador al servicio del Estado, en el entendido de que se evidencien los tres elementos esenciales de la relación laboral. Como lo señala Sierra (2013) “Al respecto es importante indicar, que mediante la Sentencia C – 154 de 1997 se desarrolló al elemento de la subordinación como configurador esencial del contrato de trabajo⁶⁹ y a la existencia real de la temporalidad en el servicio contratado por medio de un contrato de prestación de servicios (p.34

En concordancia con lo anterior, para el Estado ni para ninguna de las partes, la ejecución de un contrato de prestación de servicios no debe prestarse para confusiones ni ambigüedades respecto a otras figuras de contractuales, para el caso que nos convoca la laboral; siempre y cuando se acoja el respeto por la autonomía e independencia del contratista así como por la prestación temporal del servicio. Pero es precisamente en este punto donde la administración pública comete la mayoría de errores frente a la ejecución del contrato de prestación de servicios, puesto que “se impone a los contratistas jefes inmediatos que exigen la misma dedicación demandada a los funcionarios de planta y la ejecución de funciones propias de la Administración de carácter permanente mediante la realización de distintos contratos de prestación de servicios en forma continua y sin solución de continuidad, (Sierra, 2013, p. 35).

La Constitución Política en su artículo 53 propone la garantía de los derechos de los trabajadores ante la evidente desigualdad existente entre empleador y trabajador, promoviendo su protección ante las puras formalidades definidas por los patronos en la suscripción de contratos laborales con el fin de evadir los compromisos y obligaciones que se derivan de estos tal como lo estableció la Corte Constitucional en Sentencia C – 665 del 12 de noviembre de 1998

M.P. Hernando Herrera Vergara, en donde se preceptuó en forma expresa:

“... Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente

entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica...

Claramente queda establecido que del reconocimiento de la efectividad de la relación laboral, se despliega la declaratoria de la existencia y prevalencia de los derechos del trabajador que de esta se deriven, sin querer otorgar el estatus de empleado público, ante lo cual Younes (2009) ha afirmado que:

... El Consejo de Estado ha dicho que probado el contrato de trabajo se obtiene la indemnización, no la calidad de servidor público. El hecho de que un trabajador demuestre que, apesar de haber suscrito con el Estado un contrato de prestación de servicios, lo que desarrolla es un contrato de trabajo, no le da derecho a vincularse a la planta de personal de la entidad y, en consecuencia, tampoco le da derecho al pago de las prestaciones sociales que se derivan de la calidad de servidor público...

La anterior circunstancia adquiere la connotación de injusta puesto que, como se ha venido afirmando en la presente investigación, a pesar de que:

funcionarios públicos tienen una forma especial de vinculación, así como unas características especiales frente a la ley, las cuales ya fueron analizadas en el capítulo anterior, esto no significa que desde el punto de vista del derecho a la igualdad no sea posible que un contratista exija el pago de los mismos derechos laborales devengados por un empleado público, después de que ha sido tratado como tal durante el tiempo en que prestó sus servicios al Estado (Sierra, 2013, p. 36).

Sin embargo, Cortes como el Consejo de Estado han tenido la posibilidad de pronunciarse respecto a lo comentado anteriormente en el sentido de reconocer vía providencias, el pago de prestaciones sociales en favor de contratistas, en el caso de haberse demostrado la existencia de relación laboral lo cual demanda la recopilación de material probatorio suficiente y verificable que acredite fehacientemente, sin sombra de duda, la relación de subordinación, esencial para establecer la realidad de la relación de trabajo (Sierra, 2013). Ahora bien, podría discutirse la injustificada responsabilidad depositada en el contratista para establecer la carga probatoria, teniendo en cuenta que el mismo Código Sustantivo de Trabajo en su artículo 24 que debería ser de aplicación común en este tipo de litigios, determina que "... Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo..."

De acuerdo a lo anterior, la carga probatoria dejaría de estar bajo la responsabilidad del contratista para ser asumida por la entidad contratante, para este

caso la administración pública, la que correspondería demostrar que no se configuran los elementos característicos de la relación laboral, específicamente la subordinación, así como evidenciar que no se trataba de la celebración de un contrato cuyo fin es la prestación permanente de actividades a cargo del Estado, tutelando en principio a la considerada parte más débil en este tipo de contratos, esto es el trabajador.

En concordancia con lo anteriormente expuesto la Corte Constitucional mediante la mencionada Sentencia C – 665 del 12 de noviembre de 1998 M.P.

Hernando Herrera Vergara, establece:

... La Carta Política establece en cabeza de todos los trabajadores, sin discriminación alguna, una especial protección del Estado, y les garantiza el ejercicio pleno y efectivo de un trabajo en condiciones dignas y justas, así como un trato igual. Por lo tanto, cuando a un reducido sector de trabajadores que prestan sus servicios personales remunerados en forma habitual, en desarrollo de un contrato civil o comercial, y pretenden alegar la subordinación jurídica, al trasladársele la carga de la prueba de la subordinación, se produce ciertamente, dentro del criterio de la prevalencia de la realidad sobre la forma, una discriminación en relación con el resto de los trabajadores, colocando a aquellos, en una situación más desfavorable frente al empleador, no obstante que la Constitución exige para todos un trato igual...

De otra parte, la misma Corte Constitucional que los derechos del trabajador se reconocerán con la simple prestación efectiva del trabajo, y no ser exigibles al contratista la demostración de las evidencias inobjetables de la existencia de los elementos que configuran una relación laboral así:

La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo ya los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato (Corte Constitucional, Sentencia C-555 de 1994).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que el principio de la primacía de la realidad en los contratos de prestación de servicios que se celebran por parte del Estado, no está siendo observado ni aplicado por los funcionarios que tienen a su cargo la suscripción de dichos contratos, contraviniendo lo preceptuado por la Corte Constitucional, pese a haber sido elevado arango constitucional por medio del artículo 53 de la Carta Magna antes mencionada en esta investigación.

Motivo de análisis resulta el hecho de que en consideración del artículo 34 del código sustantivo del trabajo el contratista debería ejercer las tareas a él confiadas con la autonomía propia de un empresario o de un profesional independiente (Sierra, 2013), empero las personas que han sido vinculadas bajo esta figura contractual no disfrutan precisamente de esa autonomía característica de un acuerdo de naturaleza civil, ya que son abocados a la subordinación de un jefe inmediato y al cumplimiento de un horario laboral que desvirtúa de tajo la intención original de la norma, lo cual ya ha sido constatado por quienes han tenido la oportunidad de vincularse alestado en calidad de contratistas independientes por prestación de servicios.

De manera inevitable lo preceptuado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 ha sido objeto de la interposición de numerosas demandas de inconstitucionalidad por considerar que dicha normativa permitía una clara vulneración de derechos constitucionales e internacionales por parte del Estado en contra de aquellas personas vinculadas a la administración a través de un contrato de prestación de servicios (Sierra, 2013). Dichas demandas han ocasionado que la Corte Constitucional se pronuncie en tal sentido estableciendo las diferencias entre un contrato laboral y otro de naturaleza civil con la entidad estatal, dejando abierta la puerta para que se alegue la aplicación del principio de la supremacía de la realidad con el objeto de salvaguardar los derechos del contratista y evitar posibles abusos de la administración pública:

La prestación de servicios en un contrato civil 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 acuerdan las respectivas labores profesionales.

La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. De esta forma el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. La duración de esta clase de contratación es temporal y, por lo tanto, su vigencia debe ser por tiempo limitado y es indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una

permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Constitución Nacional, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (Sierra, 2013, p.58).

En este punto vale la pena mencionar que la administración pública no debe acudir a la celebración de contratos de prestación de servicios con el fin de cubrir deficiencias de personal en su respectiva planta, puesto que se estaría prestando para desconocer derechos laborales de los trabajadores claramente consagrados en la normatividad colombiana. Por tal razón, el artículo 17 de la ley 790 de 2002 consagró en forma expresa:

...En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

Parágrafo. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con

la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública...

Finalmente, la legislación en Colombia ha contemplado modalidades de contratación que intentan no ir en contravía del reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores “permitiendo a través del artículo 21 de la ley 909 de 2004 la creación de empleos temporales que acabaría con la violación de derechos laborales de los contratistas vinculados a la administración para ejercer funciones permanentes del Estado y que están sumergidos dentro de una relación subordinada” (Sierra, 2013, p. 62).

Marco Legal

Históricamente en Colombia se ha demostrado una deficiencia y dificultad para garantizar los elementos de índole normativo respecto a las relaciones laborales que se dan entre patrono y empleado. En la actualidad se pone de manifiesto a raíz de la globalización de las economías, la necesidad de dar cumplimiento a los derechos laborales de los trabajadores, especialmente por parte del Estado, lo cual ha desembocado en la expedición de normatividad internacional y nacional que regule y garantice lo exigido.

Organización Internacional del Trabajo OIT

La Organización Internacional del Trabajo es la agencia de la Organización de las Naciones Unidas que convoca a gobiernos, empleadores y empleados de 187 países con la finalidad de “establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres” (OIT, 2009). Tomando como referencia a González (2020) Colombia se ha ratificado

ocho convenios fundamentales, tres prioritarios y 50 técnicos que aún se encuentran en rigor; alguno de estos convenios es de interés prioritario para el presente estudio:

Convenio C 154 de 1981: Sobre el fomento de la negociación colectiva, la Ley 524 de 1999 aprueba dicho convenio que rige en el país, en el que se establecen las normas para las negociaciones contractuales entre el empleador y el empleado, o de estos con alguna organización, por medio del cual se fijan: “las condiciones de trabajo y empleo, b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

Convenio C 161 de 1985: sobre los servicios de salud en el trabajo, está ratificado en Colombia bajo la ley 378 del 9 de julio de 1997, este convenio adopta entre otras disposiciones que: “Todo Miembro se compromete a establecer progresivamente servicios de salud en el trabajo para todos los trabajadores, incluidos los del sector público y los miembros de las cooperativas de producción, en todas las ramas de actividad económica y en todas las empresas.”

Este convenio busca favorecer la calidad de la vida laboral del empleado, garantizando la salud física, psicológica y emocional, así mismo, advierte al Estado a crear políticas para garantizar el cumplimiento del convenio (González, 2020, p. 29).

***Marco Jurídico en
Colombia Código
Sustantivo del
Trabajo***

La finalidad del Código Sustantivo del Trabajo se evidencia en el artículo primero como

“la finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”, se rige bajo el decreto 2663 que los establece en 1961 (González, 2020).

En este mismo orden de ideas el artículo 13 profiere “el mínimo de derechos y garantías. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores”. En el título 1 capítulo 1 se detalla los elementos constitutivos del contrato de trabajo, al igual que define las características del contrato de prestación de servicios, haciendo claridad acerca de la figura de presunción, afirmando que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Jurisprudencia Corte Constitucional

A la variedad de sentencias promulgadas por la alta Corte Constitucional y referenciadas a lo largo de la presente investigación podemos adicionar el hecho de que igualmente “ha emitido sentencias en las que da claridad a términos referidos a la celebración de contratos de trabajo en Colombia, dando elementos específicos para determinar la modalidad de contratación de prestación de servicios y la diferencia con un contrato laboral”. (Buitrago & Flórez, 2019)

La Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009 ha dictaminado respecto al contrato de prestación de servicios lo siguiente:

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que celebran las entidades para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, y sólo podrá celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-614 de 2009).

La misma Corte en sentencia C-960 de 2010 respecto a las diferencias entre un contrato de prestación de servicios y uno de naturaleza laboral afirma lo siguiente:

Los contratos civiles o comerciales de prestación de servicios son aquellos donde de manera independiente una persona se obliga a hacer o realizar una actividad de acuerdo al objeto del contrato para con otra persona. Por tanto, el elemento diferenciador determinante entre las relaciones laborales y los contratos de prestación de servicios es la dependencia o subordinación. Pues en las primeras dicho elemento se encuentra presente mientras que en los segundos no. (Corte Constitucional, Sala Plena, 2007).

Así las cosas, se deja claro que las características definidas por la alta Corte para el contrato de prestación de servicios son de la más rigurosa observancia por parte de la entidad contratante, las cuales son:

La independencia del empleado en cuanto a la subordinación y al cumplimiento de un horario laboral establecido, ii) la duración del contrato es de término

temporal, esto debe entenderse como el tiempo necesario para la culminación de su labor, y iii) se debe realizar

de acuerdo a la necesidad de una labor técnica o profesional que no pueda ser suplida por el personal de planta. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-523, 1998).

Ahora, en cuanto a las causales para la celebración de contratos de prestación de servicios la Corte Constitucional ha advertido lo siguiente:

Primero, implica la ejecución temporal de una labor de manera independiente, esto es, sin subordinación que se manifiesta a través de la sujeción a órdenes impartidas por un superior y horarios. En segundo lugar, a diferencia de la vinculación laboral, al contratista le corresponde afiliarse como independiente a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones y no a la entidad contratante. Puntualmente, la suscripción de contratos de prestación de servicios con la administración no genera el pago de salarios ni prestaciones sociales, por el contrario, únicamente fija el reconocimiento de honorarios como contraprestación al desarrollo del objeto contractual previamente pactado. (Corte Constitucional, Sala Plena, 2015).

En varias sentencias la Corte Constitucional ha puesto de manifiesto la recurrente utilización de la figura del contrato de prestación de servicios para tratar de disfrazar los elementos constitutivos de una verdadera y real relación laboral, razón por la cual el contrato realidad y presunción del mismo son establecido y regidos por los entes encargados para que se proceda a su cumplimiento. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencias: C-171 de 2012, C-960 de 2007, SU-448 de 2016).

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia en su interés por dar claridad a las diferencias que se establecen entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo “ha señalado concretamente que la mera formalidad a la que se hace referencia con un contrato escrito aceptado por las dos partes no es suficiente para determinar la existencia o inexistencia de un contrato realidad, se debe proceder a determinar la naturaleza por la cual fue celebrado el contrato y si este da cumplimiento a las normas establecidas. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de lo Laboral, Rad. 43818 de 2011, 65756 de 2019 y 49381 de 2018) (González, 2020, p. 33).

Jurisprudencia Consejo de Estado

Tomando en consideración lo fallado por el Consejo de Estado Sección Segunda. Subsección A. Expediente No. 68001- 23-15-000-2003- 00909-01. No. Interno: 2630-08 P3. CP. Luis Rafael Vergara Quintero, otorga la posibilidad al trabajador de proceder con el inicio de un proceso ante lo contencioso en el caso de que este observe que su contrato de prestación de servicios reúne las condiciones de un contrato realidad, por medio de sentencia emitida por el juez se podrán reclamar los derechos a los que da lugar el contrato realidad y serán exigibles ante el empleador (Beltrán, 201):

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de

la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria (Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda Subsección a. Expediente no. 68001- 23-15-000- 2003- 00909-01. No. Interno: 2630-08 p3. CP. Luis Rafael Vergara Quintero).

De acuerdo a lo anterior, la prescripción para reclamar los derechos derivados del contrato realidad era de tres años con el argumento de que dicha situación se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la accionada de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (Beltrán, 2018).

Otro pronunciamiento del Consejo se halla en Sala de lo Contencioso Administrativo.

Sección segunda. Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, del (19) de febrero de dosmil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05) (Menjura, 2014):

Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia Consejo de estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda. Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez, del (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).

En lo referente a la obligación de aportar la carga probatoria que busque

demostrar la existencia de una relación laboral sobre las formalidades acordadas en un contrato de prestación de servicios, para lo cual ha manifestado que ciertas circunstancias que pueden estar presentes en la actividad desarrollada en el marco de un contrato de trabajo no conllevan per se a declarar la configuración de un vínculo de tal clase. Al respecto se ha manifestado (Cárdenas, 2016, p.40):

Si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcanza 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 debe someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales. (Consejo de Estado. Sala Plena. Proceso 214523 (MP. Jesús María Lemus Bustamante; Abril 21 de 2003). noviembre 18 de 2003).

Como consecuencia de lo anterior, el Consejo de Estado advirtió que aunque las condiciones laborales de un contratista y un empleado público de planta sean

similares, ello no significa por ese simple hecho que el primero demuestre la subordinación como elemento característico de dicha forma de contratación. En ese mismo sentido señaló el órgano de cierre en materia administrativa:

Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor. (Consejo de Estado (2004, febrero 19). Sección Segunda, Subsección “B”. Proceso 0099-2003, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado).

En este orden de ideas, el Consejo de Estado ha sido claro en definir que quien tenga la responsabilidad de demostrar la existencia de una relación laboral, debe acreditar de forma irrefutable los elementos de subordinación y dependencia respecto del personal contratante, sin perjuicio de la coordinación que el prestador del servicio pueda requerir frente al mismo, ante lo cual ha señalado:

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

desarrollaron tales actividades, no se deduzca que sean indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales (Consejo de Estado (2007, febrero 8). Sección Segunda, Subsección “A”. Proceso 6870-2005, M.P. Ángel Gómez Salcedo.

De otra parte el Consejo de Estado ha hecho énfasis en la necesidad de constatar los elementos constitutivos de una relación laboral, bajo la premisa de garantizar el principio de la supremacía de la realidad frente a la denominación que formalmente se le dé a determinado vínculo contractual, para lo cual ha señalado:

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

que hayan querido ocultarla (Consejo de Estado (2015, diciembre 10). Sección Segunda, Subsección “B”. Proceso 2592-2014, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez).

Cabe anotar de acuerdo a lo anterior que adicional a la demostración por parte del prestador de servicio de los elementos necesarios para configurar una relación de carácter laboral, debe demostrarse igualmente circunstancias relacionadas con la permanencia de la función desarrollada y la similitud de dicha función con las desarrolladas en determinados cargos de la entidad estatal (Cárdenas, 2016).

En relación con la compilación de normas que se ha llevado a cabo hasta ahora en la presente investigación, podemos afirmar que el marco normativo que rige el contrato de prestación de servicios adicional a la jurisprudencia descrita en la presente investigación está contenido en las siguientes normas:

Constitución Política

de Colombia Ley 80 de

1993

Decreto 2209 de 1998

Ley 1150 de 2007

Decreto 2474 de 2008

Decreto 1082 de 2015

Ley 1882 de 2018

Capítulo V

Análisis y Discusión de Resultados

Metodología Propuesta

Para el presente estudio se definió un alcance de tipo descriptivo, el método empleado fue mixto donde los datos de carácter cuantitativo y cualitativo aportaron los datos necesarios para abordar el tema y problemática del estudio así como garantizaron la consecución de los objetivos generales y específicos propuestos con antelación. Los métodos de investigación mixtos utilizan una combinación de métodos cuantitativos y cualitativos. Envuelve la colección de datos tanto cuantitativos como cualitativos en respuesta a la pregunta o hipótesis de investigación.

Técnica de Investigación:

La técnica utilizada para la recolección de la información fue la revisión documental la cual se utilizó para realizar la compilación de datos contenidos en bases como Dialnet, Scielo, ebooks, elibro, Scopus, entre otras. Igualmente se recurrió a repositorios universitarios para acceder a investigaciones previas sobre el tema de estudio propuesto. Resultó de gran interés la revisión efectuada de la Constitución y la ley, Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como estudios e investigaciones realizadas acerca del tema de investigación. Se recurrió a fuentes oficiales de entidades públicas para obtener datos y estadísticas que soportaron el trabajo planteado.

Instrumento de Recolección de Información

El instrumento utilizado para la revisión documental fue la ficha documental la cual proporcionó toda la identificación de la fuente de información utilizada en la investigación.

Se realizó revisión documental, debido análisis de la información recaudada, clasificación de la información relevante y de interés para cumplir con los objetivos de la investigación, para finalizar con las conclusiones y recomendaciones de esta.

La información recaudada se sometió a procesos de extracción, análisis, comparación y síntesis, de manera que se facilitara la estructuración de datos relevantes para desarrollar el tema y problema de investigación, logrando cumplir con los objetivos propuestos en el presente documento.

Análisis e Interpretación de Resultados

La información recaudada fue sometida a un profundo proceso de análisis, tabulación y síntesis, de manera que facilitara la estructuración de datos relevantes para desarrollar el tema y problema de investigación, logrando cumplir con los objetivos propuestos en la presente investigación. Esta información documental fue objeto de un proceso depurativo, cuyo objetivo principal es la estructuración de resultados veraces y confiables, por ello la importancia de la utilización de criterios enmarcados en la objetividad y neutralidad, teniendo en cuenta un alto sentido epistemológico y una estrecha relación con los componentes del tema objeto de estudio. **El Contrato de Prestación de Servicios en el Estado Colombiano**

Como se ha venido analizando, el fenómeno del contrato de prestación de servicios ha ido cobrando mayor relevancia puesto que el número de celebraciones

de este tipo de vinculación de personal al Estado colombiano ha presentado un aumento progresivo y sostenido en los últimos años, pasando en 2014 de 189.357 contratos a 588.000 en el año 2020, en la mayoría de los casos con el objetivo de desempeñar funciones permanentes de la administración, siendo Bogotá, Cali y Cartagena las ciudades donde se firmaron la mayor cantidad de estos, lo que evidencia un incremento del 32,2% y que la misma administración pública lo justifica puesto que le facilita a los directivos conformar sus equipos de trabajo para poder dar respuesta a las diferentes necesidades y tareas específicas que plantea la labor misional, pero al mismo tiempo propone la disyuntiva de prestarse para acciones de clientelismo y corrupción que afectan la imagen y resultados efectivos de la gestión pública. (Universidad de los Andes, 2019).

De otra parte, se presenta en la figura 1 el porcentaje de personas contratadas por OPS de acuerdo con el año al que ingresan al mercado laboral con datos obtenidos de la Gran encuesta integrada de hogares hasta el año 2016, donde se aprecia un incremento pasando de una proporción de contratistas cercana a 20 % cuando el año de ingreso es 2007 a una proporción de hasta 70 % cuando el año es 2017 (González, 2019).

Figura 1

Porcentaje de personas contratadas por OPS de acuerdo con el año al que ingresan al mercado laboral



Nota: Tomado de González (2019). Diferencias en la calidad del empleo público en Colombia: unacomparación entre empleados de planta y contratistas.

De acuerdo a la Universidad de los Andes los costos por concepto de la utilización de esta figura de contratación estatal “puede afectar la continuidad de las políticas públicas y afectarla gestión del conocimiento dentro de las entidades, porque muchas personas desarrollan labores vitales y que generan información que, si se van, se pierde.” Ahora bien, diversos países ha venido adoptando una nueva visión del manejo de lo público denominada Nueva Gestión Pública (NGP), definido como un conjunto de prácticas administrativas orientadas a flexibilizar estructuras y procesos, y a introducir mayor competencia en el sector público (Cejudo, 2011). Se incorpora a la gestión pública como categorías las contrataciones flexibles o contratos por desempeño (Hood, 1995), Lane (2000) y Cejudo (2011) asimilando prácticas desarrolladas en el sector privado aplicadas a lo público. Cabe advertir que el uso de este tipo de contratación puede acarrear implicaciones positivas y negativas,

propiciando un problema de términos de costos para el Estado como empleador (González, 2019). Como ventajas se pueden mencionar la reducción en los costos de monitoreo (Cejudo, 2011 y Lane, 2000) y la mayor flexibilidad, y como desventajas se evidencia la presencia de resultados negativos en calidad del empleo (Sanabria, 2012).

De acuerdo a lo anterior, la figura del contrato de prestación de servicios en el caso colombiano, el cual se distingue por celebrarse por un término fijo y no generar relación laboral ni pago directo de prestaciones sociales, forma parte de este nuevo enfoque (NGP) (Colombia Compra Eficiente, 2018, y Borda y Díaz, 2015).

Otra circunstancia que se deriva del uso indiscriminado del contrato de prestación de servicios por parte del Estado es el referente a la evidencia de nóminas paralelas en las entidades estatales, ante lo cual la Corte Constitucional ha dicho:

El legislador, debido a la proliferación de nóminas paralelas, ha decidido calificar la suscripción de contratos de prestación de servicios que desvirtúen su naturaleza para ocultar verdaderas relaciones laborales como una falta gravísima y ello constituye una herramienta efectiva para combatir esa clase de prácticas y prevenir la violación de los derechos de las personas que puedan ser afectadas con esa clase de contratos. (Sentencia C-094 de 2003).

Así las cosas, se puede observar que el Estado recurre al contrato de prestación de servicios para “encubrir verdaderas relaciones de trabajo y generar así una nómina paralela con personal vinculado sin agotar el trámite previsto en la Constitución y la ley” (Gaitán, 2013), denotándose una falta gravísima del servidor público que lo suscriba. En este punto la acción disciplinaria del ente de control

respectivo debe apuntar a combatir este tipo de prácticas de vinculación de trabajadores al aparato estatal colombiano, y prevenir que este tipo de contrato desfigure la naturaleza administrativa de este y genere relaciones laborales.

Este fenómeno de las nóminas paralelas en las entidades públicas ha llegado a representaren varias de estas hasta un 70% de participación de las personas vinculadas por CPS respecto al total de funcionarios, ante lo cual la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009 promulgó:

A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados outsourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia

una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto se pueden apreciar algunas consecuencias relacionadas con (Gaitán, 2014):

- Violación de los derechos de las personas
- La generación de relaciones laborales que involucran el desconocimiento del régimen de contratación estatal
- El desconocimiento de múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública
- La vulneración del régimen laboral al propiciar la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública

- El desconocimiento del régimen presupuestal al prever cargos remunerados que no están contemplados en la respectiva planta de personal y el pago de sumas cuantiosas promovidas por demandas y como consecuencia de esas relaciones laborales irregularmente generadas que generarían un grave detrimento patrimonial al Estado.

En estos términos, en referencia del contrato de prestación de servicios, en el código único disciplinario consagrado en la ley 734 de 2002, se contempla como falta gravísima cuando se presenten los siguientes elementos (Gaitán, 2014):

- Que el sujeto disciplinable celebre un contrato de prestación de servicios con la voluntad de en el ocultar un vínculo laboral legamente constituido
- Que el objeto del contrato sea el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad y no el cumplimiento de funciones públicas o administrativas de carácter transitorio
- Que esas funciones giren en torno a funciones que requieran dedicación de tiempo completo
- Que las funciones a desempeñar impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista
- Que no se trate de una excepción legal.

Resulta difícil determinar si la utilización de la figura del contrato de prestación de servicios hace parte de una política establecida tácitamente por el Estado para generar ahorros desde el punto de vista presupuestal respecto al hecho de tener un mayor número de trabajadores de planta o carrera administrativa que

soporten el trabajo que hasta ahora han venido desempeñando los contratistas.

Algo que sí resulta claro, es la evidente vulneración de los derechos laborales de los trabajadores vinculados por CPS sean estos debido al desconocimiento de la autonomía del trabajador o por el uso de este tipo de relación contractual para llevar a cabo funciones de personal que debería ser de carrera administrativa por la responsabilidad y el objeto principal de la entidad pública (Almario y Monsalve, 2019).

Las altas cortes en su extensa jurisprudencia hace énfasis en los casos en que la alteración o el no cumplimiento de alguno de estos requisitos no conducen al trabajador a exigir la vinculación a través de un Contrato Laboral, quedando en cabeza de ellas las decisiones acerca de que el vínculo debe ser el contrato laboral, reflejado en un contrato realidad, en vista de que el trabajador cumple funciones propias del objeto principal o definitorio de la Entidad pública (Almario y Monsalve, 2019).

Caso de Estudio Escuela de Gobierno Universidad de los Andes

Para contextualizar la problemática expuesta a lo largo del presente trabajo investigativo se presenta el ejercicio realizado por la investigadora María Alejandra González Arenas, Economista Universidad de Antioquia con Maestría en Economía y Maestría en Políticas Públicas de la Universidad de los Andes, en cuyo estudio denominado “Diferencias en la calidad del empleo público en Colombia: una comparación entre empleados de planta y contratistas” pretende establecer y cuantificar fundamentado en un trabajo de campo las categorías relacionadas con calidad que diferencian el empleo de planta y de los contratistas por prestación de

servicios en el sector estatal, en el cual se aplicó una encuesta a 62 trabajadores (de un total de 212) de la Escuela de Gobierno de la Universidad de los Andes, donde el 40,3% corresponden a contratistas por prestación de servicios y 59,7 % por personas con otros tipos de contrato, esto es, empleados de planta (empleados de carrera, provisionales, empleados por libre nombramiento y remoción, y trabajadores oficiales).

Las estadísticas descriptivas de la encuesta de calidad del empleo de la Escuela de Gobierno de la Universidad de los Andes arrojaron los siguientes datos en la tabla 2, donde se pueden detallar la información relevante del trabajo realizado. Ahora bien, en la tabla 3 se observan estadísticas descriptivas de algunos de los indicadores tradicionales relacionados con calidad del empleo donde se evidencian importantes diferencias en aspectos relacionados con el ingreso percibido por los contratistas y la satisfacción con las condiciones y beneficios laborales, el porcentaje de contratistas respecto a los de planta se ubica en los rangos más bajos de salario, esto significa de acuerdo a González (2019) que “mientras 72 % de los contratistas encuestados se encuentra en los tres rangos más bajos de salario analizados, el porcentaje para el caso de los empleados de planta es de 54 % (analizamos los siguientes seis rangos salariales: entre \$800.000 y \$1.500.000; entre \$1.500.001 y \$3.000.000; entre \$3.000.001 y \$5.000.000; entre \$5.000.001 y \$7.000.000; entre \$7.000.001 y \$10.000.000; más de \$10.000.000)” (p. 45).

De igual forma los trabajadores vinculados por contrato de prestación de servicios no están satisfechos con la forma de vinculación, desea cambiar de trabajo, no está satisfecho con los beneficios y prestaciones, y no considera su trabajo como

estable. Adicional, de acuerdo al estudio, los contratistas demuestran una ventaja respecto a los trabajadores de planta consistente en tiempo dedicado a las labores (los contratistas trabajan cuatro horas menos a la semana y un porcentaje mayor de contratistas considera que su trabajo es compatible con familia y otras actividades)

Tabla 2.

Estadísticas descriptivas ronda 1 encuesta calidad del empleo de la Escuela de Gobierno

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Género		
Mujeres	32	51,6 %
Hombres	30	48,4 %
Nivel educativo		
Carrera universitaria completa	24	38,7 %
Posgrado	38	61,3 %
Experiencia laboral total		
De 0 meses a 1 año	1	1,6 %
De 1 a 3 años	15	24,2 %
De 3 a 5 años	10	16,1 %
Más de 5 años	36	58,1 %
Tiempo en el sector público		
De 0 meses a 1 año	6	9,7 %
De 1 a 3 años	17	27,4 %
De 3 a 5 años	14	22,6 %
Más de 5 años	25	40,3 %
Cargo		
Directivo	9	14,5 %
Asesor	14	22,6 %
Profesional	37	59,7 %
Técnico	1	1,6 %
Asistencial	1	1,6 %
Tipo de contrato		
Empleado de carrera	6	9,7 %
Provisional	10	16,1 %
Contratista por prestación de servicios	25	40,3 %
Empleado de libre nombramiento y remoción	20	32,3 %
Trabajador oficial	1	1,6 %

Nota: Tomado de González (2019). Diferencias en la calidad del empleo público en Colombia: unacomparación entre empleados de planta y contratistas.

Tabla 3.*Diferencias en los principales determinantes de la calidad del empleo por tipo de contrato*

Calidad del empleo	En desacuerdo	De acuerdo	No aplica
Satisfecho con la forma de vinculación			
Planta	13,5 %	83,8 %	2,7 %
Contratistas	52 %	44,0 %	4,0 %
Desea cambiar de trabajo			
Planta	43,2 %	54,1 %	2,7 %
Contratistas	36,0 %	64,0 %	0,0 %
Me gusta el tipo de trabajo que hago			
Planta	10,8 %	89,2 %	0,0 %
Contratistas	20,0 %	80,0 %	0,0 %
Satisfecho con los beneficios y prestaciones			
Planta	29,7 %	70,3 %	0,0 %
Contratistas	40,0 %	48,0 %	12,0 %
Percepción de trabajo estable			
Planta	21,6 %	78,4 %	0,0 %
Contratistas	84 %	16,0 %	0,0 %
Balance con otras actividades (incluida familia)			
Planta	37,8 %	62,2 %	0,0 %
Contratistas	32,0 %	68,0 %	0,0 %

Nota: Tomado de González (2019). Diferencias en la calidad del empleo público en Colombia: una comparación entre empleados de planta y contratistas.

En la figura 2 se establece la comparación de otros indicadores de calidad del empleo por clase de contrato, en donde se destaca de acuerdo a González (2019) los siguientes aspectos:

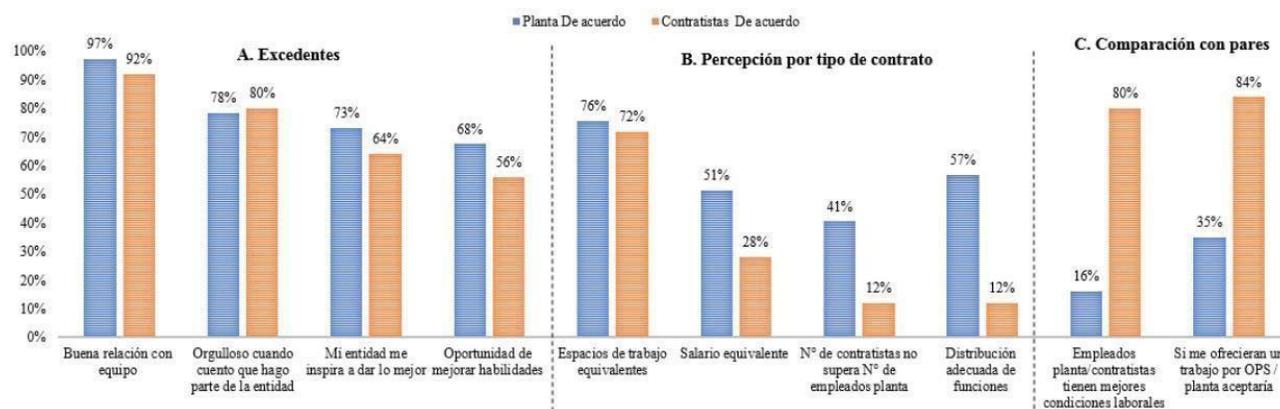
- Un porcentaje bajo de contratistas parece tener una percepción positiva sobre aspectos como la equivalencia salarial, la equivalencia en número de contratos en las organizaciones (contratistas Vs. planta), y la distribución adecuada de funciones al compararse con personas que tienen contratos de planta.
- Los empleados de planta denotan porcentajes bajos en cuanto a la percepción positiva que tienen sobre las condiciones laborales de los contratistas.
- Ambos grupos coinciden al considerar que los espacios en los que laboran los contratistas son adecuados para desarrollar las labores al

comparar con los espacios que tienen los empleados de planta.

- Tanto los empleados de planta como los contratistas evidencian desventajas del contrato de prestación de servicios, por ejemplo, solo 16 % de los empleados de planta están de acuerdo con la afirmación de que los contratistas tienen mejores condiciones laborales que ellos, mientras que la respuesta es de 80 % para el caso de los contratistas (contratos de planta tienen mejores condiciones).
- Sólo 35 % de los empleados de planta aceptarían un contrato por prestación de servicios, aun cuando este tenga condiciones equivalentes o superiores a las que ya tienen, mientras que para el caso de los contratistas la respuesta afirmativa es de 84 % (estarían dispuestos a aceptar un contrato de planta).

Figura 2.

Otros indicadores de calidad del empleo y balance entre contratistas y empleados de planta



Nota: Tomado de González (2019). Diferencias en la calidad del empleo público en Colombia: unacomparación entre empleados de planta y contratistas.

Conclusiones

El Contrato de Prestación de Servicios es una figura jurídica que le permite a las entidades estatales vincular a trabajadores para el desarrollo de funciones de apoyo y poder cumplir con los grandes retos que le impone el mundo moderno en cuanto al enfoque de nueva gestión pública (NGP) que se le querido dar, pero que con el paso del tiempo y con la aplicación de prácticas actuales ha desnaturalizado el sentido administrativo que le dio origen.

Una de las características del Contrato de Prestación de Servicios es la autonomía que adquiere el contratista para llevar a cabo el objeto contractual, lo que significa que no está subordinado a la administración pública, ni ve tampoco limitada su voluntad con ocasión del contrato previamente suscrito, de manera que un contrato que contemple estar subordinado a la administración representa en la realidad una relación laboral propiamente dicha con las consecuencias que ello conlleva para el Estado.

Una de las manifestaciones del abuso en la utilización del Contrato de Prestación de Servicios está representado en las denominadas nóminas paralelas, que no son más que maniobras del Estado desplegadas para intentar ahorros desde lo presupuestal en torno a obligaciones de carácter prestacional, ante lo cual las altas cortes se han visto en la necesidad de pronunciarse mediante sentencias que buscan proteger los derechos principalmente de los contratistas. De otra parte el régimen disciplinario aplicable en Colombia se encarga de regular el tema señalando como falta gravísima el desconocimiento de la normatividad relativa a la contratación estatal, a la función pública y al régimen laboral de los servidores públicos.

El Estado pretende cumplir con sus fines, entre otros medios, a través de la contratación pública, lo cual per se no debería prestarse para la comisión de falta disciplinaria alguna, ya que el objetivo es evitar la suscripción indiscriminada de contratos de prestación de servicios que generen nóminas paralelas y la lesión de los derechos constitucionales de los trabajadores (Gaitán, 2014).

La percepción que se tiene acerca de la intención del Estado de disfrazar contratos laborales bajo una figura contractual que vulnera derechos de los trabajadores vinculados, ha generado que las altas cortes se pronuncien en diversas sentencias con el fin principal de favorecer y proteger el erario ante las cuantiosas demandas de trabajadores a los que se les vulneran sus derechos y han sido contratados bajo esta modalidad para cumplir con funciones propias del objeto fundacional de la entidad estatal a la que se encuentran o se han encontrado vinculados.

La Constitución de 1991 pretendía instaurar una función pública que facilitara gestionar el talento humano a sus disposición, sin embargo lo que se aprecia en la actualidad es el desplazamiento de los empleados del Estado, los cuales se encargan de realizar las diversas funciones administrativas que demandan sus cargos, por trabajadores vinculados bajo la figura del contrato de prestación de servicios que por su naturaleza pueden, legalmente utilizarse sólo de manera excepcional, para facilitar y contribuir al cumplimiento de los fines del Estado. (Gaitán, 2014).

Finalmente es preciso aclarar que la utilización del Contrato de Prestación de Servicios ha propiciado focos de clientelismo y corrupción hacia el interior de las

entidades públicas , lo que en parte se ha traducido en ineficiencia de resultados, creciente número de contratos suscritos que da origen a las nóminas paralelas, desplazamiento de funciones exclusivas de empleados públicos, alto número de demandas al Estado por la configuración de contrato realidad, persistente fracaso en la instauración del sistema de carrera administrativa y constante desaplicación y omisión de las normas establecidas por la Constitución del 91 en esta materia, en concurso con la inoperancia de los organismos de control competentes para investigar y castigarla configuración de relaciones laborales camufladas bajo la figura del contrato de prestación de servicios (Gaitán, 2014).

Recomendaciones

Como resultado del trabajo de investigación desarrollado en páginas anteriores, se formulan las siguientes recomendaciones basadas en las restricciones y limitaciones por ley, de la misma forma como se aplica en otros países, de manera que la contratación de talento humano mediante la figura de la prestación de servicios se ejecute a través de (Sanabria, González y Becerra, 2019):

- La compilación de normas en un marco legal que sea lo suficientemente específico para la contratación por prestación de servicios, de forma que no siga patrocinando los abusos que se presentan en desarrollo de este. Como referente podemos mencionar el hecho de definir que sólo algunas entidades públicas y sólo en unas funciones determinadas, puedan contratar personal mediante esta modalidad y mediante autorización expresa (periódica) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Establecer montos máximos para la contratación de personal por entidad bajo la modalidad de prestación de servicios, de forma que se defina un porcentaje máximo a contratar de acuerdo a la nómina de planta existente, tanto en cantidad de personas como valores.
- Normalizar las funciones de los cargos que pueden ser cubiertos por contratos de prestación de servicios determinando las condiciones de entrada y requisitos de cierre, valores monetarios estándar por funciones, duración y número máximo de repeticiones, lo cual ayudaría a evitar la famosa duplicidad de funciones que se viene presentando en las entidades estatales.

- Elaborar una bolsa de contratistas, que atendiendo el punto anterior de estandarización de funciones, garantice un proceso de selección conforme a criterios de idoneidad y competencia de manera que se controle al máximo el clientelismo.
- Limitar el número de años que una determinada función ejecutada por prestación de servicios puede continuar con dicha figura sin convertirse en un cargo de planta
- Crear una figura de auxilio de desempleo que se asemeje a las prestaciones sociales, de forma que le permita al contratista utilizarlo en caso de quedar cesante.

Referencias

- Agamez, L. (2019). La subordinación como elemento necesario para acreditar la existencia de un contrato laboral entre los trabajadores y el sector público cuando la vinculación inicial asume la forma del “contratista”. *Rev. Jurídica*. 12(23). 178-193. <https://repositorio.unicartagena.edu.co/handle/11227/10261>
- Almarío, E. y Monsalve, A. (2019). Desnaturalización de los contratos de prestación de servicios entre particulares y el estado colombiano en el período 2008-2018. Tesis de Especialización. Universidad La Gran Colombia. Bogotá, Colombia. <https://repositorio.ugc.edu.co/handle/11396/6238>
- Anaya, B; Andrade, D; Herazo, S; & Sánchez, D. (2014). El contrato de prestación de servicios en la legislación colombiana. (Tesis de especialización). Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. <https://repositorio.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/989/El%20contrato%20de%20prestaci%C3%B3n%20de%20servicios%20en%20la%20legislaci%C3%B3n%20colombiana.pdf?sequence=4>
- Arteaga J. C. (2014). Características del contrato de prestación de servicios suscrito con personas naturales. Trabajo de grado de Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia <https://repositorio.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/13794/prestacion%20servicio%202015.pdf?sequence=2>
- Beltrán, C. (2018). Contrato realidad: afectaciones al empleado cuando se le da la figura de otra modalidad de contratación. Tesis de pregrado. Universidad Católica de Colombia. Bogotá, Colombia. <https://repositorio.ucatolica.edu.co/handle/10983/16028https://repositorio.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16028/1/CONTRATO%20REALIDAD%20AFECTACIONES%20AL%20EMPLEADO.pdf>

- Borda, E., y Díaz, A. (2015). Evaluación del statu quo normativo y jurisprudencial de la gestión del talento humano en el sector público colombiano. En Sanabria (Ed.) Gestión estratégica del talento humano en el sector público: estado del arte, diagnóstico y recomendaciones para el caso colombiano. Bogotá: Ediciones Uní andes.
- Cárdenas, J. (2016). Desarrollo actual del contrato de prestación de servicios por parte de las entidades públicas en Colombia a la luz de la normativa que lo regula. Tesis de Especialización. Universidad La Gran Colombia. Bogotá, Colombia.
https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3781/Prestaci%C3%B3n_servicios_entidades_p%C3%BAblicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ceballos, J. y Gaviria, F. (2019). Análisis del contrato prestación de servicios personales en el sector público en Colombia. Tesis de pregrado. Universidad Cooperativa de Colombia. Bogotá, Colombia.
https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/7503/2/2019_analisis_contrato_prestacion%20.pdf
- Cejudo, G. (2011). La nueva gestión pública. Escuela de Administración Pública CDMX y Secretaría de Educación de la CDMX. ISBN 978-607-95516-0-5.
- Colombia Compra Eficiente (2018). Síntesis Normativa y Jurisprudencia en contratación.
<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/contratos-deprestaci%C3%B3n-de-servicios-y-de-apoyo-la-gesti%C3%B3n>
- Congreso de Colombia, (1991, 20 de julio), Constitución Política de Colombia, Diario oficial 51.635. <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Congreso de Colombia, (1993, 28 de octubre), Ley 80, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial 41.094.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de la República de Colombia. (15 de octubre de 2020). Edición Oficial del código sustantivo del trabajo, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del DecretoLey 3743 de 1950. DO: 51456.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Congreso de la República de Colombia. (27 de diciembre de 2002), disposiciones para adelantar

el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al presidente de la República. [Ley 789 de 2002]. DO: 45.046.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6778>

Congreso de la República de Colombia. (23 de septiembre de 2004), por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. [Ley 909 de 2004]. DO: 45.680.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861>

Congreso de Colombia, (2007, 16 de julio), Ley 1150, Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.. Diario oficial46.691.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de Colombia, (2018, 15 de enero), Ley 1882, Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.. Diario oficial 50.477.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda – Subsección A. Consejero Ponente: DR. Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente No. 68001- 23-15-000-2003- 00909-01. No. Interno: (2630-08).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda.

Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dosmil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).

Corte Constitucional. Sala Plena. (13 de agosto de 2018) Sentencia T-331. [MP Alberto RojasRíos].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/T-331-18.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (02 de septiembre de 2009) Sentencia C- 614. [MP Jorge Ignacio Pretelt].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-614-09.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C- 1110 de 2001. (MP Alfredo Beltrán Sierra).Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-154 (MP. Hernando Herrera Vergara 19 de

Marzo de 1997). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-154-97.htm> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-386 (MP. Antonio Barrera Carbonell 5 de Abril

de 2000). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-386-00.htm> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-563 (MP. Antonio Barrera Carbonell 7 de

Octubre de 1998). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-563-98.htm> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-903 (MP. Juan Carlos Henao Pérez 12 de

Noviembre de 2010). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-903-10.HTM>

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

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-94 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño. 11 defebrero de 2003).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1471>

Corte Constitucional. Sala Plena. (12 de noviembre de 1998). Sentencia C- 665.

[MP HernandoHerrera].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-665-98.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (6 de diciembre de 1994). Sentencia C- 555. [MP

Hernando Cifuentes Muñoz].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-555-94.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (23 de septiembre de 1998) Sentencia T- 523.

[MP HernandoHerrera].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-523-98.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (07 de Marzo de 2012) Sentencia C- 171. [MP

Luis ErnestoVargas].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-171-12.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (14 de noviembre de 2007) Sentencia C-960. [MP

José ManuelCepeda]

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-960-07.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (22 de agosto de 2016) Sentencia SU 488. [MP

Jorge Ignacio Pretelt].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU448-16.htm#:~:text=SU448%2D16%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20defecto%20sustantivo%20surge%20de,de%20tutela%20contra%20providencia%20judicial.>

Corte Constitucional. Sala Plena. (12 de Noviembre de 2010) Sentencia T- 903. [MP

Juan CarlosHenoa Pérez].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-903-10.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de lo Laboral, (22 de noviembre de 2011).

Radicación N° 43818 [MP Francisco Javier Ricaurte].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de lo Laboral, (13 de Marzo de 2019).

RadicaciónN° 65761 [MP Ernesto Forero Vargas]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de lo Laboral, (07 de febrero de 2018).

RadicaciónN° 49381 [MP Dolly Amparo Caguasango].

Cuesta, H. y Zota, E. (2018). Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementosdel derecho fundamental al trabajo. Derecho y Ciencias jurídicas. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia.

<http://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/752/Contrato%20realidad>

Díaz, J. (2012). La Primacía de la Realidad Frente a los Contratos de Prestación de ServiciosAdministrativos, Avances Jurisprudenciales. Universidad de la Costa.

<https://repositorio.cuc.edu.co/handle/11323/1372>

Escobar, L. (2018). Contrato de Prestación de Servicios: Aspectos Generales en la ContrataciónEstatad. Tesis de especialización. Bogotá, Colombia.

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17815/EscobarCamachoLadyXiomara2018.pdf?sequence=2>

Espitia, M., & Sáenz, E. (2017). El desarrollo del modelo de contratación de talento humano enel sector público de Colombia. Tesis de pregrado. Universidad Santo Tomas. Bogotá: Colombia.

<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/9629>

Fierro, J. (2011). ¿El contrato de prestación de servicios genera relación laboral? Tesis de Especialización. Universidad de la Sabana. Bogotá, Colombia.

https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1675/JOSE_AGUSTIN_FIERRO_CASTRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=requieran%20conocimientos%20especializados.-

https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1675/JOSE_AGUSTIN_FIERRO_CASTRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=requieran%20conocimientos%20especializados.-

[En%20ning%20caso%20estos%20contratos%20generan%20relaci%20n%20laboral%20ni%20prestaciones,por%20el%20t%20rmino%20estrictamente%20indispensable](https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1675/JOSE_AGUSTIN_FIERRO_CASTRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=requieran%20conocimientos%20especializados.-)

[B3](https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1675/JOSE_AGUSTIN_FIERRO_CASTRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=requieran%20conocimientos%20especializados.-)

Gaitán, A. (2014). Contrato de prestación de servicios vs nóminas paralelasen el campo disciplinario. Tesis de Especialización. Bogotá, Colombia.

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12201/CONTRAT>

[O%20PRE](#)

[STACION%20DE%20SERVICIOS%20VS%20NOMINA%20PARALELA.pdf](#)

[f?sequence](#)

[e=1&isAllowed=y](#)

- García, M. (2019). El contrato estatal de prestación de servicios y el contrato realidad en Colombia. Tesis de especialización. Universidad Santo Tomás. Villavicencio, Colombia.
- Gómez, V. A., & Díaz, D. C. (2019). El contrato de prestación de servicios en el estatuto general de contratación de la administración pública: un tipo contractual de compleja celebración. *Universitas*, núm. 139. [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/139%20\(2019-II\)/82562148007/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/139%20(2019-II)/82562148007/)
- González, A. (2019). El contrato de prestación de servicios y el principio de estabilidad laboral constitucional en Colombia. Tesis de pregrado. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/20095>
- González, M. (2019). Diferencias en la calidad del empleo público en Colombia: una comparación entre empleados de planta y contratistas. Documento de trabajo. Escuela de
- Gobierno Alberto Lleras Camargo. Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia. <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/40789>
- González, J. (2020). Contrato realidad como principio del derecho al trabajo y frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. Tesis de pregrado. Institución Universitaria Politécnico Gran colombiano. Bogotá, Colombia. <https://alejandria.poligran.edu.co/bitstream/handle/10823/2148/Contrato%20realidad%20como%20principio%20del%20Derecho%20.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Hood, C. (1995). Contemporary public management: a new global paradigm. *Public Policy and Administration* (3). <https://doi.org/10.1177%2F095207679501000208>
- Lane, J. (2000). *New Public Management*. Londres: Routledge
- Mantilla, H. y Manrique, M. (2014). La primacía de la realidad en el contrato de

prestación deservicios en Colombia. Tesis de especialización. Universidad militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.

<https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/11617>

Menjura, D., Guerrero, M., Silva, A., y Witt, S. (2014). Contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. Tratamiento jurisprudencial 2011 a 2014. Tesis de pregrado. Universidad libre de Colombia. Bogotá, Colombia.

<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/7715>

Ministerio del Trabajo. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo. Decreto 1072 de 2015.

<https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/0/DUR+Sector+Trabajo+Actualizado+a+15+de+abril++de+2016.pdf/a32b1dcf-7a4e-8a37-ac16-c121928719c8>

Moreno, Manuel. Deconstrucción de las garantías constitucionales de la seguridad social de los informales desde los principios en Colombia. Revista indexada: Revista DIXI, Volumen 22, Número 2. Enero – Junio, 2020. Revista semestral. ISSN 2357-5891. Indexada en categoría C. Publindex – Colciencias. <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/3830>

Naranjo, C. E. (2008). Estatuto General de Contratación. Bogotá: Legis

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2009). Derechos fundamentales en el trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-san_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf

Palacios, D., Gutiérrez L. y López, M. (2018). Contrato de prestación de servicios: una realidad maquiada. Universidad Santo Tomás de Aquino.

Villavicencio <https://1library.co/document/6qmnrwz-contrato-de-prestacion-de->

Pérez, I. (2020). Análisis del contrato de prestación de servicios en el estatuto general de contratación de la administración pública en Colombia. Trabajo de Diplomado en

Derecho Laboral. Universidad Santiago de Cali. Cali, Colombia.

<https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/5198/AN%C3%81LISIS%20DEL%20CONTRATO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Presidencia de la República de Colombia. (29 de octubre de 1998). Por el cual se modifican parcialmente los Decretos 1737 y 1738 del 21 de agosto de 1998. Decreto 2209 de 1998. D.O.:43.423.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1535>

Presidencia de la República de Colombia. (7 de julio de 2008). por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. D.O: 47.043.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31185>

Ricci, P. (2005). El régimen jurídico de los Contratos Estatales, Primera edición. Bogotá D.C.:Ediciones Universidad Externado de Colombia.

Rico, H. (2019). Los contratos de consumo en Colombia Rev. DIXI.

29(1). 1-17. Doi:<https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.01.04>

Rivera, C. D. (2012). Diccionario de derecho laboral. Bogotá: Temis.

Sanabria, P. (2015). Estado del arte de la gestión estratégica del talento humano en el sector público: teoría y prácticas. En Sanabria (Ed.), Gestión estratégica del talento humano en el sector público: estado del arte, diagnóstico y recomendaciones para el caso colombiano. Bogotá: Ediciones Uni andes

Sanabria, P., González, M., y Becerra, O. (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. Centro de estudios sobre desarrollo económico.

Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia. ISSN 2027-7199

Sanín, A., López, A. & Gómez, B. (2016). Los efectos del tipo de contrato laboral sobre la felicidad en el trabajo, el optimismo y el pesimismo laborales. Rev. Interam. 34(1). 9-21. Doi: 10.21772/riipo.v34n1a01

Sierra, J. (2013). El contrato de prestación de servicios Como una forma de vulneración de la ley por parte de la administración. Tesis de Maestría. Bogotá, Colombia.

Torres, L. (2019). Análisis del contrato por prestación de servicios, como una modalidad alterada al momento de dar cumplimiento el mandato constitucional. Tesis de pregrado.

Universidad Católica de Colombia. Bogotá:
Colombia.

<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/23351>

Universidad de los Andes. (2019). Contratos por prestación de servicios sí afectan la calidad del empleo público. Consultado el 30 de julio de 2022.

<https://uniandes.edu.co/es/noticias/gobierno-y-politica/contratos-por-prestacion-de-servicios-si-afectan-la-calidad-del-empleo-publico>

Vara, A. (2012). Siete Pasos para una Tesis Exitosa. Universidad San Martín de Porres. Lima, Perú. Consultado el 5 de agosto de 2021.

<https://www.administracion.usmp.edu.pe/investigacion/files/7-PASOS-PARA-UNA- TESIS-EXITOSA-Desde-la-idea-inicial-hasta-la-sustentaci%C3%B3n.pdf>

Vidal, L. (2019). Del contrato de prestación de servicios profesionales: alcances y aplicación en la contratación estatal. Artículo de especialización. Universidad Santiago de Cali. Cali, Colombia.

<https://repository.usc.edu.co/handle/20.500.12421/5724?locale-attribute=en>

Younes, D. (2009). Derecho Administrativo laboral, Undécima edición, Temis