

TENSIONES ENTRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA RELACIÓN LABORAL

Kely Yuliza Palacios Mena¹

RESUMEN

El presente trabajo de investigación es el resultado de un estudio sobre el contrato administrativo de prestación de servicios, definido en el artículo 32 de la ley 80 del 1993 el cual se distingue notoriamente del contrato laboral, teniendo elementos constitutivos diferentes al igual que su objeto. Para ser abordado dicho estudio, se realizó un rastreo jurisprudencial del Consejo de Estado y se comparó con la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Teniendo como base la Constitución, la ley, Jurisprudencia, Doctrina y hechos prácticos, se analiza el aspecto teórico del Contrato de Prestación de Servicios, asimismo el impacto que trae el uso inadecuado del mismo. De esta manera, se brinda la posibilidad de abordar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas.

PALABRAS CLAVE

Contrato de prestación de servicios; Contrato realidad; Contratista; Principio de Primacía de la Realidad; Servidor público relación laboral; Vinculación laboral; Constitución Política de Colombia.

Sumario. Introducción. 1. La Contratación Estatal en el Ámbito Colombiano. 2. El Contrato de Prestación de Servicios y El Principio De Primacía de la Realidad. 3. El Contrato

¹ Abogada de la Universidad Tecnológica Del Chocó – Diego Luis Córdoba. Litigante en las áreas administrativo, familia y notarial. Correo: kelyyuliz92@gmail.com Artículo presentado para optar por el título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia

De Prestación de Servicios Para El Derecho Administrativo y el Impacto de su Uso Indebido.
Conclusión. Referencias Bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia, como carta de navegación del Estado colombiano, establece en su artículo 2° los fines esenciales a los cuales se debe apuntar la planeación y ejecución de cada una de las acciones estatales y entre estos, se incluyen: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, los cuales se definirán también en las acciones que tome el Estado para alcanzar el cumplimiento de sus planes y proyectos.

Para este cumplimiento se hace necesario contar con el personal suficiente para la materialización de estos planes y proyectos establecidos a través de diferentes acciones que permitan el cumplimiento de los mencionados fines esenciales. El Estado tiene a su cargo, entre otros, empleados públicos, trabajadores oficiales y contratistas de prestación de servicios. Estos contratos generan relaciones laborales diferentes, pero se ha encontrado que los contratistas por prestación de servicios están siendo contratados, en algunas ocasiones por las Entidades Estatales para cumplir funciones y desarrollar actividades permanentes.

Para brindar una regulación de este tipo de contrato, el legislador lo incluyó en el Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993, art. 32). De igual manera define las entidades estatales, junto a la aplicación de los diferentes contratos que se puedan derivar, entre estos el contrato de prestación de servicios. Lo anterior, en consideración a la desnaturalización de la contratación de prestación de servicios que, lleva a cabo la administración pública.

Los contratos por prestación de servicios implican la reducción de la planta fija de la entidad estatal y, por ende, no se pueden sostener funciones de carácter permanente de

acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley 3074 de 1968, Modificado por el decreto 2400 de 1968 y declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009, los cuales se encuentran en exclusividad para contratos de carácter fijo o permanente. Esto en razón de que los contratos de prestación de servicios están circunscritos únicamente para la ejecución y cumplimiento de funciones ocasionales que son explícitas en los contratos.

La finalidad de esta investigación es demostrar que la relación jurídica derivada de un contrato de prestación de servicios, es la forma que ha encontrado el Estado y las entidades administrativas para desconocer la responsabilidad en cuanto a las prestaciones de ley y también la principal forma de contratar con el Estado.; La prevalencia de este tipo de contratos se vuelve en ocasiones, constante en el tiempo, reflejando a si las carencias que posee la entidad. Esto también permite a quien estudia este tipo de contratación estatal percibir evoluciones y transformaciones.

Las entidades estatales suscriben una gran cantidad de contratos de prestación de servicios., basados en la Ley 80 de 1993. Se procura optimizar los recursos con la finalidad de generar menor erogación del gasto por concepto de pago de salarios y prestaciones sociales del personal requerido. Pero este tipo de contratación se vuelve, en ocasiones, constante en el tiempo, además de generar algún tipo de vinculación en su cumplimiento y la permanente subordinación. Es allí donde cambia la figura de prestación de servicios y adoptando la figura de un contrato realidad., Éste implica cierto tipo de relaciones laborales que dentro del contrato de prestación de servicios se excluyen y que son parte elemental dentro de la definición de otros tipos de contrato.

El contrato de prestación de servicios, visto desde la contratación estatal, es un instrumento jurídico que está plasmado en la norma; sin embargo, esta disposición normativa ha presentado irregularidades en su aplicación acorde a la manera prevista por el legislador en su

formulación y planteamiento Éste será un rasgo elemental que se pretende abordar en esta investigación.

Este estudio pretende iniciarse dando un contexto sobre el marco jurídico legal que permita brindar una explicación de los temas como lo son aspectos conceptuales, la vinculación y sus modalidades estatales, así como los estudios de estos, las características y demás disposiciones que permitan al lector un acercamiento a las modalidades estatales de contratación y lo que estas implican.

El estudio procura identificar hechos reales que perciban un uso indebido en los contratos de prestación de servicio, debido a que dicha situación se ha convertido en una realidad innegable en la administración pública y sus diferentes entidades estatales. Al ser un fenómeno latente, este trabajo se propone también determinar el impacto jurídico/político que puede tener tanto para el contratista como para la administración.

Esta investigación tiene su base en los aportes documentados, como las leyes, las doctrina y las jurisprudencias de allí. Se puede observar un comportamiento administrativo atípico de los que se encuentra plasmado y regulado por las leyes, estas han desarrollado la función de contratación estatal, se evidenciaran algunos casos relacionados con el tema que aborda este estudio y demás elementos académicos.

El presente documento se desarrollará en tres capítulos: el primero tiene como propósito contextualizar sobre la contratación estatal en el ámbito colombiano mediante la exposición de los conceptos necesarios para la comprensión y análisis del tema de estudio; el segundo pretende tratar el contrato de prestación de servicios en la administración pública en relación con el principio de primacía de la realidad; y el tercero aborda la aplicación del contrato de prestación de servicios en el derecho administrativo, a la vez que condensa el impacto del uso inadecuado de este contrato.

1. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El contrato estatal se define como aquel que persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción del interés de carácter general.

El contrato conforme al artículo 1495 del código civil, es un acuerdo de voluntades, el mismo que, conforme al artículo 1602 del código civil, es entendido por el legislador como “ley para los contratantes”. Ahora bien, al utilizarse el término contrato estatal, se hace referencia a aquel acuerdo de voluntades, en el cual, al menos una de las partes, puede entenderse como administración o entidad estatal. (Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.1.1.3.1.)

El contrato estatal, se define como aquel que persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general. Es así que, dentro de su aplicación con el sector privado y público, sostienen algunas herramientas jurídicas “derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

El contrato y su inclusión dentro del ámbito legal hace que para su disolución se requiera el consentimiento mutuo o la presencia de causas de tipo legal que lo invaliden o anule. El Decreto 1082 de 2015 dedica una parte de su articulado a reglamentar la forma en que se debe surtir el procedimiento de contratación directa tendiente a la celebración del contrato de prestación de servicios. Al respecto, establece que en tal caso no resulta necesario expedir acto administrativo de justificación de la contratación directa y además dispone en su artículo 2.2.1.2.1.4.9:

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 [...].

Esta particularidad de la contratación estatal determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral. Por esto la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjugar factores o contingencias que puedan conducir a su desviación o inejecución.

Los contratos celebrados por las entidades estatales no solo cumplen los requisitos de ley, sino que además se le suma los requisitos de existencia y validez establecidos en el Artículo 1502 del Código Civil, al igual que lo plasmado por la ley, el contrato estatal sostiene otro tipo de características que configuran un contrato, cuyo propósito es la satisfacción del interés general y de las necesidades colectivas. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993). Art 3,4 y 5 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Conforme a lo establecido por esta misma ley, los contratos celebrados por las entidades estatales, además de cumplir con los requisitos de validez y existencia que trae el artículo 1502 del Código Civil, deben cumplir las disposiciones de la ley de contratación estatal.

De lo prescrito por la ley se entiende que el ordenamiento jurídico administrativo acoge los tipos contractuales existentes en otras áreas del derecho con sus elementos esenciales y la regulación pertinente, así como cualquier tipo contractual, incluso de carácter innominado. Así, en términos generales, puede afirmarse que son contratos estatales todos aquellos negocios jurídicos bilaterales en los que sea parte un ente público, celebrados con la observancia de ciertas reglas especiales en su formación y productores de obligaciones tendientes a la satisfacción del interés general, catalogándose la Contratación Estatal como el mecanismo donde la administración, a través de su evolución y reglamentación establece una relación directa con el sector privado.

En Colombia existen diferentes tipos de contratos:

Los contratos a **término fijo**, contemplados en el art. 46 del Código Sustantivo del Trabajo y el art. 28 de la ley 789 de 2002. Estos contratos tienen límites temporales especificados en el contrato, no superiores a 3 años, que pueden prorrogarse si su término es igual o superior a un año. Un despido sin justa causa obligaría al empleador a indemnizar al trabajador

Los contratos a **término indefinido, indeterminado o sin fijación de términos** no definen fechas de terminación del contrato y esto no está determinado por trabajos específicos y ocasionales. Está regulado mediante el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo y especifica que se presumen celebrados por términos sucesivos de 6 meses. En este contrato el empleador se compromete a cubrir los gastos de prestaciones sociales y otros. Un despido sin justa causa crearía entonces la obligación al contratista de pagar indemnización.

El contrato **obra o labor**, obliga al contratado al cumplimiento de una labor específica, independientemente de la fijación temporal.

El contrato de **aprendizaje** está determinado por el artículo 30 de la Ley 789 de 1996 y tiene el propósito de permitir a las personas reforzar sus conocimientos teóricos prácticos en empresas autorizadas para esto por su trayectoria y su capacidad para dar respuesta a las inquietudes que se generen. Se brinda un apoyo de sostenimiento equivalente al 75% de salario mínimo y en caso de que se aborde una fase práctica, se abonará el 100% de un salario mínimo

El contrato **temporal, ocasional o accidental** contenido en el artículo 6 del Código Sustantivo del trabajo, menciona la corta duración de este (no más de un mes) y hace generalmente referencia a trabajos extraordinarios

Por último, el contrato **civil por prestación de servicios** engloba el hecho de contratar a una persona para que preste sus servicios para una tarea determinada durante un tiempo que puede ser definido previamente o como en el caso del indeterminado, renovado cada determinado tiempo.

Ahora bien, los tipos de contratos anteriormente mencionados responden a la totalidad de contratos legalmente reconocidos en el ámbito colombiano. El Estado, a su vez, ejerce diferentes tipos de contratación legalmente vinculante que se agrupan dentro de un subgrupo de la contratación denominado como contratación estatal,

Al utilizarse el término contrato estatal, se hará referencia al acuerdo de voluntades, en el cual, al menos una de las partes, puede entenderse como administración o entidad estatal. En la ley 80 de 1993 se entenderán como contratos estatales:

Todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las cuales 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. (art. 32)

Dentro del contrato estatal existen herramientas jurídicas mediante las cuales el Estado sostiene algún tipo de relación con entidades del sector público, con entidades del sector privado mediante el derecho privado o en disposiciones especiales, derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en función de la acción del Estado.

El contrato debe ser por naturaleza, como lo ha expuesto **Bahamón-Jara (2018)**, adhesivo; sea por la existencia de un contrato macro o por la limitación de las condiciones y los requisitos por parte de la Administración, como resultado de la elaboración unilateral de las cláusulas contractuales por el Estado. Esta particularidad de la contratación estatal

determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten reducir factores o contingencias que puedan conducir a su desviación o inejecución del mismo, dando cumplimiento al principio de la unidad en la materia que se consagra en la Constitución Política de 1991 “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella” (Const., art. 158) lo que implica también que cada reglamentación que se haga en su desarrollo y profundización debe estar estrechamente ligada a su antecesora y así, sucesivamente.

Al tratarse de contratos celebrados por entidades estatales se establece que estos no solo deben cumplir con los requisitos de existencia y validez establecidos en el Código Civil colombiano que son “1. Que sea legalmente capaz. 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3. Que recaiga sobre un objeto lícito. 4. Que tenga una causa lícita.” (art. 1502). De acuerdo al estatuto general de contratación (Ley 80 de 1993). También al igual que los plasmado dentro del marco legal de la contratación pública, sostiene otro tipo de características básicas para configurar un contrato cuyos propósitos son la satisfacción del interés general y de las necesidades colectivas

Según el Consejo de Estado, el contrato estatal “persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general” (Sentencia del 22 de junio de 2021, Exp. 18,836). Lo anterior indica que el propósito principal de los contratos estatales y la creación de puestos al interior de la administración debe darse como respuesta a las reclamaciones y las necesidades identificadas de la población.

De lo prescrito por la ley debemos entender que el ordenamiento jurídico administrativo acoge los tipos contractuales existentes en otras áreas del derecho con sus elementos esenciales y la regulación pertinente, así como cualquier tipo contractual, incluso de carácter innominado. Así, en términos generales, puede afirmarse dentro de la concepción

de contratos estatales se incluyen los negocios jurídicos donde la parte contratante, generalmente, es una entidad pública acogida a una serie de reglamentaciones específicas, especiales y condicionantes para su formación, de igual manera, es necesario que los propósitos de este contrato conduzcan al cumplimiento de obligaciones estatales y sirvan como respuesta efectiva a las necesidades de diferentes tipo que pueda presentar la población. La contratación estatal también funciona como el puente directo entre el Estado y el Sector Privado en una relación de co-beneficio y apoyo mutuo, además de ser una alternativa efectiva para que el Estado aporte al crecimiento de la empresa privada.

1. Formas de contratación estatal

La contratación estatal se encuentra regulada en diferentes normas, mismas que no sólo establecen los requisitos de los contratos y disposiciones estatales, sino que se encargan de la forma a través de los cuales, atendiendo a las causales y circunstancias, deben realizarse los contratos.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 32 menciona las formas de contratación estatal y entre ellas incluirá:

- Contrato de obra: Los celebrados para la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier tipo de trabajo material sobre bienes inmuebles
- Contrato de consultoría: Aquellos que brinden los estudios que se solicitan desde la administración para dar ejecución a proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad, asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, también aquellos que pretenden interventoría, gerencia de proyectos, dirección, programación de diseños. En resumen, todo aquello que requiera un especialista para su desarrollo y que su necesidad no vaya más allá de los límites del estudio, es decir, que se necesite exclusivamente para y durante el estudio

- Contrato de concesión: Otorga la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público, este generalmente se emplea para garantizar a la sociedad el manejo adecuado de esos servicios, por personas profesionales y especializados en el tema, sin perder con esto su carácter público.
- Encargos fiduciarios y fiducia pública: Se realizan con sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia bancaria y pretenden la administración o el manejo de recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren.
- Contrato de prestación de servicios: esta será la forma que interesará para el desarrollo de este estudio.

Lo anterior se encuentra materializado en la Ley 1150 de 2007 que, frente a las modalidades de selección, establece que las mismas pueden ser: (i) Licitación pública; (ii) Selección abreviada; (iii) Concurso de méritos; (iv) Contratación directa; (v) Mínima cuantía:

La **licitación pública** indica que el contratista se elegirá a través de oferta a toda la población para que aquellas aptas para cumplir con los requerimientos del contrato se postulen. La **selección abreviada** consiste en la modalidad de selección objetiva que permita que se adelanten procesos para la eficacia del contrato y entre ellas se incluyen la adquisición o suministro de bienes y servicios, la contratación de menor cuantía, prestación de servicios de salud, procesos de licitación pública desiertos, enajenación de bienes del Estado, productos de origen o destinación agropecuarias, actividades comerciales e industriales de empresas del Estado, protección de personas amenazadas y la contratación de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional. El **concurso de méritos** se emplea para la selección de consultores o proyectos y se puede hacer mediante concurso abierto o precalificación. La **calificación directa** solo procede cuando se presenta la urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos interadministrativos, desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, arrendamiento o admisión de inmuebles cuando no exista pluralidad de

oferentes, peritos expertos, servicios de la Dirección nacional de Inteligencia – DNI. La **contratación de mínima cuantía** se da cuando el valor del contrato está por debajo de 10% de la menor cuantía de la entidad encargada (Ley 1150 de 2007, art. 2)

En el presente trabajo, por la naturaleza y objetivo del mismo, estudia el contrato de prestación de servicio regulado por el Estatuto General de la Contratación Estatal (Ley 80 de 1993)

Así, las entidades celebran contratos sin necesidad de una convocatoria formal o de disponer de un número plural de propuestas, con la finalidad de ahorrar tiempo en la adquisición de bienes y/o servicios, conservando la potestad de escoger libremente a la persona natural o jurídica que ejecutará el objeto del contrato. Esta modalidad se procederá en caso de urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos y convenios interadministrativos., cuando la contratación esté directamente relacionada con el objeto de la entidad contratante.

Se exceptúan de esta modalidad los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad con las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública según la naturaleza jurídica de la entidad estatal, que respondan a regímenes privados de contratación o que por expreso mandato de la ley deban llevar a cabo licitaciones públicas o selección abreviada.

La prestación de este servicio sirve de apoyo a la gestión o la adquisición de un servicio, que tenga un proveedor exclusivo o por ser titular de los derechos del mismo. esta modalidad de selección es independiente de la cuantía del contrato a suscribir.

Si bien como lo señala el señor **JHON JAIRO CAMARGO** en su instructivo de contrato de prestación de servicio, aclara que parara que se configure que un contrato sea realidad este debe estar definido por el artículo 23 del CST. El cual presenta elementos esenciales sobre el

contrato de trabajo. De los cuales se deben ser probados, es así como señala este autor que el consejo de estado señalo que la subordinación es el elemento esencial para determinar si es un contrato de prestación de servicio y que en su trayecto se convirtió en un contrato realidad.

2. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD.

Después de tener clara la definición del contrato estatal, se define el contrato de prestación de servicios, el cual, a lo largo de su modalidad, se ha visto cómo se utiliza como una simple figura para evadir la formalidad de contratación directa.

Es así que el legislador consagra positivamente el contrato de prestación de servicios en el numeral 3 artículo 32 de la Ley 80 de 1993, 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 de 1993) Estatuto General

Según la definición legal recién citada, es adecuado para su mejor comprensión identificar cómo se tomará en el presente trabajo el concepto de Contrato desde un aspecto general, **Flores (2012)** lo expresa de la siguiente manera: “el contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; especie dentro del género de los convenios” (p. 89). Claro está que dentro del ordenamiento jurídico no existe una definición unitaria del contrato de prestación de servicios, Es decir, común a las disposiciones civiles y laborales que regulan la contratación estatal, este tipo de contrato es un es un contrato típico, dentro de los estatutos.

De igual manera, el Código Sustantivo del Trabajo “presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo” (art. 24). En los contratos de servicios se pueden encontrar elementos que llevan al convencimiento que en efecto se está tratando de camuflar un contrato de trabajo con un contrato de prestación de servicios; debido a que en ese contrato se pueden descubrir pruebas de que las actividades que se desarrollan y la forma en que se desarrollan son propias de una relación laboral.

La sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 20 de junio de 2012 sobre la fijación de un horario laboral menciona:

Puntualizado lo anterior, encuentra la Sala que, del propio contrato de prestación de servicios, se desprende la verdadera condición subordinada de la vinculación del demandante, habida consideración que, en el literal a) de la cláusula segunda, se previó una jornada de trabajo de 36 horas diarias y turnos de disponibilidad durante 6 días, lo que es propio de una jornada de trabajo propia de una relación laboral, caracterizada por su actividad presencial en las instalaciones de la empresa. (**CSJ, exp. 39,335**)

De estas aclaraciones se desprenden múltiples preguntas, pero una de ellas es: ¿cómo se caracterizan el contrato de prestación de servicios? Y con el fin de definir las se menciona que este contrato se perfecciona de manera solemne; la Ley 80 de 1993 indica que “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito” (art. 41)

Por otro lado, la misma Ley 80 de 1993 en su artículo 39 expresa:

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. Estableciendo medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

Es de esta manera que, dando respuesta a la pregunta, se debe tener en cuenta el concepto general de contrato de prestación de servicios dentro del régimen jurídico en el Estado. De esa definición es posible extraer dos conclusiones esenciales: la primera es que para que se

trate de contratos estatales de prestación de servicios, deben celebrarse únicamente por medio de entidades estatales y, además deben tener por objeto el desarrollo de “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” (Ley 80 de 1993, art. 32, núm. 3).

En otras palabras, como se evidenciará en esta investigación, las entidades del estado pueden celebrar contratos de prestación de servicios, pero no en virtud del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues esta definición no les aplica— sino a partir de la autonomía de la voluntad que les concede el derecho privado, y con arreglo a las disposiciones de este régimen.

Al analizar la forma en que este tipo de contrato se perfecciona junto con su excepción, es procedente analizar otras características objeto de estudio del presente contrato. citado por (Ceballos, 2019) resalta que anteriormente existía una distinción en cuanto las solemnidades de los contratos estatales, ya que existía una división que aludía a solemnidades plenas y menos plenas, estas divisiones obedecían a la cuantía del contrato, pero la Ley 1150 de 2007 excluyó de la legislación esta segmentación de solemnidades, dejando como única formalidad la exigencia contractual de ser realizada por escrito; además, expresa una serie de requisitos para dicha ejecución del contrato, ya que si bien este puede ser perfeccionado su ejecución consta de otras exigencias, momento el cual pueden comenzar a ser exigidas las obligaciones de las partes, los requisitos son:

- Que el contrato esté perfeccionado.
- Que se haya aprobado la garantía única.
- Existencia de la disponibilidad presupuestal.
- Que el contratista esté a paz y salvo con los parafiscales

Otra característica que se deben tener en cuenta, son las obligaciones generadas entre las partes contratantes. Se pueden enmarcar a nivel general, por parte del contratista, la obligación de cumplir la labor por la cual fue contratada y, por otro lado, por parte de la entidad estatal el pago de los servicios, concertando así un carácter bilateral, de aquí Surgen tanto de la misma Ley 80 de 1993, como de las cláusulas pactadas para cada caso en específico; tal y lo indica su artículo 27 sobre la Ecuación Contractual que indica que “para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones” (art. 27).

A partir de los comentarios realizados sobre el contrato de prestación de servicios y de las disposiciones normativas que lo regulan en el EGCAP, es posible efectuar una clasificación de dicho tipo contractual. Así, según la naturaleza del sujeto contratista, el contrato de prestación de servicios puede ser con personas naturales o jurídicas. Por su parte, en virtud de la naturaleza de la actividad, puede tratarse o bien de un contrato de prestación de servicios profesionales, de uno de apoyo a la gestión.

El contrato de prestación de servicios se inscribe dentro del proceso de selección directa en la medida que sus modalidades ofrecen servicios específicos categorizados dentro de los que la Ley 80 de 1993 estableció como directos.

Este tipo de contrato es de carácter reglado, esto es, que está sujeto a preceptos y reglas, carece del elemento subordinación del contratante ante la entidad, si fuese así degeneraría en un contrato laboral, con el que se hará paralelo más adelante. El contrato de prestación de servicios debe ostentar la calidad de transitorio; es decir, deben contener un plazo determinado para su ejecución. Esto se debe a que este tipo de contrato no puede suscribirse de forma permanente, esto se debe a que el Inciso dos, Numeral 3° del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 menciona que “se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Frente a lo manifestado en la ley 80 de 1993, donde manifiesta que la subordinación es una de las causales por la cual este tipo de contratos se transforma en un contrato realidad y debido a los miles demandas, invocando que se reconozca que este tipo de contrato sea tenido en cuenta como uno real. El Consejo De Estado En Sala De Lo Contencioso-Administrativo Sección Segunda emitió una sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, en donde abarca y pone fin, no solo a la subordinación dentro de un contrato de prestación de servicios, sino que ataca el tema de tiempo de renovación de contratos, dentro de su fallo, el consejo señala lo siguiente:

[...] la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política), la relación jurídica que unía a las partes es la de una relación laboral encubierta o subyacente, toda vez que en el plenario se probaron los elementos esenciales de esta y, además, la referida vinculación se extendió en el tiempo a través de diversos contratos sucesivos con un objeto semejante [...].

Es así, como la sala deja claro de que la continuidad en la renovación de este tipo de contratos, deja claramente una relación directa. Sin embargo, algunas entidades estatales manejaban este contrato, pero sin percatarse de que al no dejar un espacio prudente entre contrato y contrato, se estaban visualizando frente a un contrato realidad, dando así a los prestadores del servicio cabida para demandar su mal uso.

Características del contrato de prestación de servicios

Aquí se identifican las características del contrato de prestación de servicio, aunque cabe resaltar que el contrato de prestación de servicios conlleva a la materialización de la contratación directa. Es así que Gómez & Díaz (2019) lo caracterizan como:

Como un tipo de contrato i) típico, ii) excepcional, iii) temporal, iv) que goza de amplitud de objeto, v) que se distingue del contrato de trabajo, vi) que puede celebrarse a través de la modalidad de contratación directa, vii) que admite el pacto y utilización de cláusulas exorbitantes por parte de la entidad y viii) que pueden no requerir liquidación.

Las principales características de este contrato son:

- Tiene dos partes: quien brinda el servicio (prestador) y quien lo recibe (cliente). El prestador del servicio realiza la tarea encargada manteniendo su independencia, determinando por su propia cuenta cómo desarrollará su labor.
- El contrato suele ser de larga duración, realizándose usualmente pagos periódicos. Por ejemplo, pagos mensuales o trimestrales.
- Es un tipo de contrato oneroso porque implica una contraprestación, suponiendo deberes y obligaciones para ambas partes.

Por último, **Villegas (2008)** diferencia la relación laboral y el contrato administrativo de prestación de servicios (en adelante se denominará CAPS) así:

La relación laboral se caracteriza, en esencia, por la actividad personal, con la continuada subordinación jurídica del trabajador por el patrono, que permite imponerle órdenes y reglamentos sobre la forma como debe ejecutarse el trabajo. Por ello se afirma que es una relación de medio, o dependiente o subordinada.

Por el contrario, la relación del CAPS es de resultado, independiente o autónoma, ya que sólo importa el producto final contratado, sin que sea relevante ni la actividad personal, ni exista continuada subordinación, y por ello no existen órdenes, ni reglamento, ni jornada de trabajo. Simplemente interesa el efecto final. (p. 217)

Si bien esta es la regla general frente a los contratos de prestación de servicios, sin embargo, dentro del artículo realizado por el señor **Jhon Jairo Camargo** en su instructivo para contratos de prestación de servicios, evidencia que, si bien este tipo de contratos maneja una formalidad diferente a un contrato realidad, este para que se pueda constituir como uno real deberá acreditar unos elementos esenciales señalados dentro del artículo 23 del C.S.T.

De igual manera dentro de su artículo expone lo siguiente:

[...] Si bien los mencionados elementos deben probarse, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime al señalar que la subordinación como elemento subjetivo de este tipo de relación, es la condición determinante a la hora de establecer si lo que comenzó como un contrato de prestación de servicios se convirtió en una verdadera relación laboral [...] Es así como concuerdo con este autor en que si bien, cada uno de los contratos tiene unas características específicas, el contrato de prestación de servicios deja una breve brecha en donde pasa de una modalidad a otra con solo una característica que es la subordinación.

Medios de control

El código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo LEY 1437 de 2011, consagra positivamente en su TÍTULO III los medios de control, consta de catorce (14) El Consejo de Estado en sus numerosas sentencias, en el que discurre sobre contratos de prestación de servicios, se observa como destaca tres (3) medios de control, tales son: la nulidad, artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, nulidad y restablecimiento del derecho, artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 y reparación directa, artículo 140 de la Ley 1437 de 2011; pues el fin perseguido de las personas, en el cruce informativo realizado jurisprudencialmente, no es más que el reconcomiendo de derechos negados y la reparación del daño ocasionado con la no declaración de los mismos.

Si bien a través de las sentencias se observan estos tres medios de control, ¿cuál de ellos es realmente el mecanismo idóneo que debe ser agotado para perseguir las pretensiones del actor, en los casos que versa sobre contrato de prestación de servicios? Esta diferencia debe ser esclarecida, ya que la finalidad de cada medio de control es única, lo que conlleva a un análisis de los mismo para enmarcar y establecer el deber ser de cada medio de control. La nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho tiene como fin jurídico decretar, valga la redundancia, la nulidad de un acto administrativo, pero se observa en la jurisprudencia el uso de estos medios de control, aun siendo el origen del conflicto de intereses un contrato y no un acto administrativo, problema que debería en un primer momento ser regulado por el medio de controversias contractuales, artículo 141 de Ley 1437 de 2011.

En este orden de ideas y examinando los medios de control, se concluye que deben descartar las controversias contractuales. Es decir, lo que se busca a través de este instrumento es atacar una controversia contractual, delgada línea y contexto diferente con lo que sería una controversia derivada del propio contrato, esto significa que, en ningún momento el Estado como parte patronal incumplió con lo celebrado, pero si se evidencia a través de estos escenarios, el indebido uso de la figura del contrato de prestación de servicio, utilizado para ocultar lo que sería un contrato laboral demostrando un abuso del Estado representado por la entidad contratante.

El análisis de las controversias contractuales, medio de control que, aunque deba ser descartado, es un apoyo que ayuda a formar un mayor criterio y se tomará como base para concluir porque se ve el uso de la nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

Existe la posibilidad de que el actor, es decir, el contratista, se dirija a la administración mediante una petición para la reclamación de los derechos ocultos emanados del contrato realidad, como lo son las prestaciones sociales; argumentando que no existió un contrato de prestación de servicios sino un contrato laboral y no a través de lo que sería un

medio de control; suceso que suele tener una respuesta negativa por parte de la administración pública, ya que el Estado por medio de una petición no puede reconocer prestaciones sociales y es en ese preciso momento, cuando el Estado da respuesta negativa que se activa o da lugar a la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho. Teniendo claro el contexto recién planteado y la consecuencia de una respuesta potencialmente negativa, al ser generado un daño antijurídico por el Estado, usando un mecanismo legal para crear un daño ilegal, ocasionando al contratista un perjuicio que no estaba en el deber jurídico de soportar; Por tanto, se concluye que el medio de control idóneo para controlar las actuaciones de la administración pública que producen daños antijurídicos debe ser la reparación directa.

Identificación de la primacía de la realidad

El tercer núcleo temático versa sobre en qué casos estamos en presencia o no de un contrato de prestación de servicios.

Colombia, al igual que algunos países Latinoamericanos, se ha visto afectado por los casos de corrupción que involucran tanto a particulares y empresas privadas como a funcionarios y políticos encargados directa o indirectamente de la ejecución de los presupuestos que se destinan para el cumplimiento de los fines del Estado. Esta situación no solo contribuye a una desaceleración económica de los países, sino que pone en tela de juicio la capacidad de prevención y control establecido en la Normatividad vigente y la aplicación de dichas normas por parte de las instituciones y organismos destinados a ejercerlo.

Anteriormente se mencionaron las características del contrato de prestación de servicios y, por otro lado, los elementos configurativos de un contrato laboral, estipulados así por el legislador y señalados por el Consejo de Estado de la siguiente forma:

[...] los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la

subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública [...] (Sentencia 05001-23-31-000-2005-06806-01(1785-13))

¿Pero entonces cual es el factor que concluye y determina la relación contractual existente? El Consejo De Estado señala como elemento constitutivo la continua subordinación o dependencia: El elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia 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. (Sentencia 68001-23-33-000-2012-00119-01(2727-13))

Según Gómez (1991):

La subordinación se entiende de la siguiente manera: Este elemento consiste en la facultad que tiene el patrono para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, relacionadas con el modo, el tiempo o la cantidad de trabajo, e imponerle condiciones o reglamentos, los cuales deben mantenerse durante todo el tiempo de duración del contrato; y la disposición por parte del trabajador para acatar, respetar y cumplir dichas órdenes.

La sujeción de un empleado a horarios, reglamentos, informes periódicos, órdenes o instrucciones por parte de quien lo ha contratado, es precisamente lo que determina el elemento subordinación o dependencia. Pero dichas órdenes, no podrán vulnerar el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios

internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a nuestro país.
(Gómez, 1991. Pág. 35).

Lo anterior denota que es un asunto de índole social y que permea y afecta tanto en lo Público como lo Privado a la parte más débil de la relación laboral

3. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL IMPACTO DE SU USO INDEBIDO

En Colombia, como en el resto del mundo, el origen del reconocimiento de la Contratación estatal tuvo una evolución paralela a la de la jurisdicción contencioso-administrativa:

El artículo 73.1 de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo) prohibía que las resoluciones de las autoridades que tuvieran su origen en un contrato fueran acusadas ante la jurisdicción contenciosa. Posteriormente, el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 1945 eliminó la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de las controversias surgidas de los contratos suscritos por la administración. Años más tarde, el Decreto Ley 528 de 1964 trasladó al conocimiento de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado ciertos contratos administrativos. (Castro, García & Martínez, 2010)

Analizado conceptualmente el contrato de prestación de servicios junto con sus elementos, características y demás aspectos fundamentales, se debe saber que en el sector público se presenta con frecuencia el uso de la mencionada institución jurídica, orientada al desarrollo de las actividades permanentes de las entidades estatales, dato que será sustentando en el próximo capítulo con jurisprudencia del Consejo de Estado. Para este punto en concreto es necesario tener claridad tanto sobre las características mencionadas del contrato de prestación de servicios, como de los rasgos distintivos de un contrato que nace de la relación laboral, información que aproxima a un escenario que trae la figura de contrato realidad, pero antes se tendría que determinar cómo es entendido el contrato laboral y los elementos que dan lugar a su configuración.

En materia laboral, el legislador regulo de forma taxativa el contrato de trabajo en el 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 se denomina empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario. Leyes desde 1992 art. 22) Código Sustantivo de trabajo

Es importante resaltar que, según la Ley 80 de 1993, sobre el contrato de prestación de servicios, “en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable” (Art. 32, núm. 3, inciso 2). Esta parte subrayada trae a colación derechos generados NO de un contrato de prestación de servicios, sino de un contrato laboral el cual para que este sea generado tiene que concretarse:

1. Prestación personal del servicio
2. Remuneración por la actividad realizada
3. Subordinación laboral

Estos tres aspectos enumerados son clave en la presente Artículo, toda vez que no se podría entrar hablar detalladamente de una relación laboral sin tomar nota de ellos, factores determinantes para la declaración de un posible contrato realidad. lo anterior fue indicado por la Corte Constitucional, en Sentencia SU 040 del 10 de mayo de 2018, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

A partir de la información suministrada por la fuente, y para identificar aspectos que puedan sugerir una posible utilización de nóminas paralelas en los casos relacionados, se realizará una evaluación sobre los siguientes aspectos:

- Los conocimientos y habilidades necesarios para la ejecución del trabajo a contratar.
- La finalidad y duración del trabajo a contratar.
- La subordinación.

Lo anterior en razón a que la procuraduría considera que dichos aspectos son los que podrían o no determinar si para el caso en concreto, el Ministerio de Agricultura está o no contratando bajo los requerimientos legales en concordancia con el mandato constitucional de protección a los derechos laborales. Según el informe periodístico publicado en la página Web de la emisora W Radio frente al caso del Ministerio de Agricultura se debe tener en cuenta lo siguiente:

[...] es muy clara cuando dice que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal´.

Además, dice que, si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en la planta de personal de la entidad y además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública [...] Concepto 85731 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

Finalmente, observados los elementos particulares de una relación laboral cabe hacer un paralelo con lo que sería un contrato de prestación de servicios en la administración y es por ello que Villegas (2008) está de acuerdo con el doctrinante Younes al afirmar que:

Son, pues, finalmente notas propias del contrato de prestación de servicios: la presencia de un margen amplio de autonomía; la ausencia de subordinación; la previsión de emolumentos u honorarios como contraprestación al servicio; la imposibilidad de pactar prestaciones sociales, y, ante todo, la existencia de un régimen jurídico de derecho administrativo que les es aplicable en su formación, ejecución y finalización [...]. (Pág. 214)

Es por ello que, en virtud de estos análisis de aprovechamiento de las capacidades de los empleados tendientes a contrarrestar las posibles falencias en las cargas laborales de sus puestos de trabajo y entendiendo que la Administración no es ajena a ello, se podría encontrar en la utilización de nóminas paralelas una excusa de su aplicación, aclarando que aun para

este supuesto no está permitida su utilización, pero de sería una especie de justificación diferente a lo manifestado en la ley.

Este trabajo podrá demostrar la clara diferencia entre el contrato de prestación de servicio y de un contrato realidad; de igual manera, evidenciar factiblemente donde se identifican las falencias y posibles aspectos a mejorar, brindando aparte del conocimiento específico sobre los contratos de prestación de servicio también la capacidad y criterio para saber cómo accionar de una manera adecuada cuando se llegue a presentar una.

El uso indebido del contrato de prestación de servicios se determina en el establecimiento de una relación de subordinación al interior de la entidad estatal, propia del contrato laboral, que otorga una serie de beneficios legales y parafiscales diferentes a los que se brindan al contratista independiente que presta sus servicios a una entidad pública, el cual está en su derecho de disponer de su tiempo y de su espacio, siendo su única obligación el cumplimiento de los servicios por los que se fue contratado. Por tanto, si a un contratista por prestación de servicios llegasen a exigirle el cumplimiento de horarios laborales, se encuentra en su plena capacidad de imponer acciones legales para el cumplimiento pleno de su contrato y el respeto de las condiciones que en este se impusieron.

En este sentido, se evidencia una violación directa a la Ley 80 de 1993 respecto del requisito para contratar personal bajo esta modalidad, tal y como se referenció en la Sentencia SL 18155:

De los testimonios resulta fácil concluir que el personal de planta, vinculado por contrato de trabajo, y la nómina paralela integrada por quienes suscriben los susodichos contratos de PRESTACIÓN DE SERVICIOS, desarrollan las funciones encomendadas en forma idéntica dentro del cargo asignado a unos y a otros. Y siendo ello así, resulta inadmisibles que en el primero de los casos, sus trabajadores puedan disfrutar de todos los derechos establecidos en la legislación laboral, mientras que los segundos, por virtud de ese camuflaje, sean ajenos a esos beneficios, cuando la verdad es que la única diferencia que existe entre los primeros y los segundos radica únicamente en el rótulo del documento o contrato que suscriben quienes arbitrariamente son tenidos y mal llamados por la entidad accionada como

trabajadores independientes. (Sentencia 18155 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral n° 47005 de 23 de noviembre de 2016).

El consejo de estado en su Sentencia De Segunda Instancia SUJ-025-CE-S2-2021, hace un alto en la forma que de ahora en adelante se suscriban este tipo de contratos, ya que en esta falla exclusivamente frente a los vacíos que dejaban de un lado las entidades estatales. De esta forma, se puede evidenciar que el consejo de estado en un análisis profundo unifico las miles de sentencias de contratistas que cada vez que eran contratos bajo esta modalidad se encontraban con otra realidad, en esta sentencia no solo se abarca , la subordinación, ni la falta de prestaciones sociales , si no que ataca lo esencial que es la continuidad entre contratos, dado que las entidades no dejaban un tiempo prudente entre la terminación de una y la firma del otro, y es un avance grande para el componente de un contrato de prestación de servicios , dado que su finalidad es única y esencialmente por un tiempo definido con una tarea específica.

Al respecto, el fallo de la sentencia manifiesta:

(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia. **(ii) La segunda regla establece** un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente. **(iii) La tercera regla determina** que, frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal. De esta manera el consejo de estado y el análisis de este trabajo frente al mal uso del contrato de prestación, podemos evidenciar y dejar claro que las entidades estatales deberán de ahora en adelante suscribir este contrato bajo su única especificación y no evitar una contratación directa.

La ley deja a consideración de cada administración la creación de los empleos que requiera para dar cumplimiento a su función; sin embargo, le exige establezca puestos de planta para las funciones permanentes que pueda suscitar el desarrollo de la labor administrativa. En ese sentido, el Decreto Ley 3074 de 1968, que modifica el Decreto 2400 de 1968 afirma que:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

[...] Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones. (Art. 2)

Entonces la creación y remoción de puestos es una tarea única y exclusiva de la administración municipal acorde con las necesidades que ésta perciba en los estudios técnicos que se realicen para encontrar posibles fallos al interior del interior que dificulten su funcionamiento activo, eficiente y eficaz y que, además, responda a las necesidades colectivas de la población.

Según el Consejo de Estado:

El contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales (...) es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función, pero en calidad de servidores públicos. (consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda)

En este sentido, suponiendo que la prueba de la subordinación se establezca en los contratos de prestación de servicio, y bajo el principio de "primacía de la realidad sobre las

formalidades" dicho contrato se desvirtuaría y se calificaría a la persona como un trabajador al servicio del estado mas no lo equipara al de la figura de empleado público, punto de vista

compartido por **Herrera (2012)**:

La Corte explica que el principio constitucional de la primacía de la realidad impone calificar la calidad de trabajador al servicio del Estado, cuando quiera que se den las tres condiciones esenciales de la relación laboral. No obstante, el juez constitucional resalta que la realidad no puede otorgarle al contratista "el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario" por cuanto ello violaría otros principios constitucionales esenciales sobre la organización de la función pública, en particular la necesidad de atribución previa, constitucional y legal, de funciones ejercidas por las autoridades (Art 121) las funciones detalladas en la ley o reglamento de todo empleo público (Art 124) la necesidad de contemplar los empleos en las plantas de personal y sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (art 122, 189.14, 305.7 y 315.7) además de la particular relación de los empleados públicos con el Estado, surgida no del acuerdo entre las partes sino del régimen legal y reglamentario que se impone a ellas (arts. 150.19e,300.7 y 313.6). D Martínez Herrera ·

Sería interesante evaluar si la solución al problema de corrupción que se desarrolla frente al tema del contrato de prestación de servicio, proviene más por su mal uso o por evadir responsabilidad de la entidad estatal. que evite utilizar los vacíos, normativos y las falencias de control para su beneficio, o si por el contrario merece la Ley una modificación que trate de cerrar el camino a la ilegalidad.

Por último, es necesario aclarar que la finalidad del capítulo no es determinar responsabilidades de las partes involucradas o realizar suposiciones frente a la defensa de estas; sino realizar una identificación de los posibles vacíos jurídicos que puedan llegar a convertirse en el justificante del contrato de prestación de servicios aun cuando no se cumple con los requisitos objetivos

CONCLUSIÓN

El contrato administrativo de prestación de servicios es una herramienta legal que debe ser usada para materializar los fines del Estado, es este último quien a su vez tiene un papel de promotor en el desarrollo de un orden social económico y justo. No obstante, esto no es garantía suficiente para que no existan situaciones particulares donde sean vulnerados derechos a través de esta forma de contratación. Por ello, el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas, es un pilar fundamental en esta área, según el criterio y delimitación en controversias presentadas sobre este tipo.

Los mecanismos de contratación directa mencionan unas situaciones en las que esta ocurre y aunque las funciones de los contratos de prestación de servicios coinciden con estas condiciones, las funciones para las que se contratan personas por prestación de servicios tienden a ser más cercanas a los requerimientos en materia de contrato laboral dado que les obligan a cumplir horarios y crean relaciones de subordinación. No obstante, se conserva el hecho de que son las personas quienes cubren sus gastos de seguridad social, que incluye salud, pensión y aseguradora de riesgos laborales.

La calidad de empleado público debe ser entendida, tal y como lo ha reiterado el Consejo de Estado, bajo los presupuestos que establece la norma frente a la contratación pública, como es la elección y posesión del cargo o su nombramiento en tal caso; y no simplemente por el reconocimiento de los derechos económicos laborales pretendidos.

Las entidades y administraciones estatales están usando a su amañó los contratos de prestación de servicio y se están valiendo de estos para reducir el personal de planta, lo que implica desmejorar drásticamente las condiciones laborales bajo las que se trabaja. Es evidente que hay norma aplicable en los casos donde se pueden ver vulnerados los derechos laborales frente a la utilización de dichas prácticas de contratación, pero son muy pocas las

medidas de prevención frente a ellas. Ya que el estado actualmente hizo un análisis frente al problema, y habiendo regulado de manera clara y precisa este tipo de contratos, ya al suscribirlos el contratante contara con las garantías específicas al realizar su trabajo. En conclusión, los contratos de prestación de servicio ya no serán un problema para la jurisprudencia por su mal uso de las entidades estatales, por lo que pudo haber pasado mucho tiempo haciendo uso indebido de dichos contratos y ejecutando las finalidades ya antes mencionadas con las que estas fueron creadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bahamón Jara, M. L. (2018). Elementos y presupuestos de la contratación estatal. Bogotá:

Editorial Universidad Católica de Colombia. Recuperado de:

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23523/1/elementos-y-presupuestos-de-la-contratacion-estatal.pdf>

Castro, C.; García-López, L. & Martínez-Vargas, J.R. (2010). *La contratación estatal: teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional*. Editorial Universidad del

Rosario: Bogotá. Recuperado de:

<http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/11105>

Ceballos, B. (2005). El contrato estatal de prestación de servicios personales y el principio de la primacía de la realidad. *Revista Jurídica Piélagus*, 4(1), 15-25. Recuperado

de: <https://doi.org/10.25054/16576799.562>

Código Sustantivo del Trabajo Recuperado de: <http://www.suin->

[juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Codigo/30019323](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Codigo/30019323)

Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C.

Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18,836, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 22 de junio de 2011. Recuperado de:

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/94/S3/85001-23-31-003-1998-00070-01\(18836\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/94/S3/85001-23-31-003-1998-00070-01(18836).pdf)

Consejo de Estado. Sentencia 05001-23-31-000-2005-06806-01(1785-13). M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; 12 de mayo de 2014.

Consejo de Estado. Sentencia 68001-23-33-000-2012-00119-01(2727-13) M.P. Gerardo Arenas Monsalve; 9 de octubre de 2014

Consejo De Estado. Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 Nulidad y restablecimiento del derecho (9) de septiembre de dos mil veintiunos (2021)

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte. Sentencia C-154 de 1997, M.P. Hernando Herrera; 19 de marzo de 1997. Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/sentencias/1997/C-154-97.rtf>

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte. Sentencia C-713 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; 7 de octubre de 2009. Recuperado:

<https://www.funcionpublica.gov.co/sentencias/2009/C-713-09.rtf>

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte. Sentencia SU-040 de 2018, M.P. Cristina Pardo; 10 de mayo de 2018. Recuperado de:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86881>

Corte Suprema de Justicia Sentencia del 20 de junio de 2012, expediente 39335.

Flores, L. (2012). Las instituciones fundamentales del derecho civil en el siglo XXI. Una visión contemporánea IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, (29), pp. 48-59. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222991004.pdf>

Ley 80 de 1993. Estatuto General de la Contratación Estatal. 28 de octubre de 1993. D.O. No. 41094. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1790106>

Ley 789 de 2002. Por medio de la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo. 27 de diciembre de 2002. D.O. No. 45046. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0789_2002.htm

Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. 8 de noviembre de 2006. D.O. No. 46446. Recuperado de: <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/codigoinfancialey1098.pdf>

Ley 1150 de 2007. 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. 16 de julio de 2007. D.O. 46691. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Presidencia de la República de Colombia. Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968. 17 de diciembre de 1968. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10478>

Velásquez, C. (1988). El concepto de contrato en el código de comercio. *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (80), pp. 179-184. Recuperado de: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4837>