

CONTRATO DE TRABAJO ESTATAL:

GARANTIZAR LOS DERECHOS
LABORALES DE LOS
“CONTRATISTAS” DEL ESTADO¹



Manuel Andrés López Rojas²
Danna Catalina Esquivel Fonseca³
María Camila Becerra Suárez⁴
Juan Nicolás Cortés Galeano⁵

¹Artículo ganador del primer puesto del concurso jurídico estudiantil: Encuentro de Semilleros Octavio Arizmendi Posada, en la Universidad de La Sabana.

² Estudiante de derecho de décimo semestre en la Universidad de La Sabana.

³ Estudiante de derecho de noveno semestre en la Universidad de La Sabana.

⁴ Estudiante de derecho de octavo semestre en la Universidad de La Sabana.

⁵ Estudiante de derecho de octavo semestre en la Universidad de La Sabana.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la contratación administrativa, se utiliza de manera frecuente la figura del contrato de prestación de servicios como mecanismo para subordinar personal de trabajo. Sin embargo, sea cual sea la modalidad contractual utilizada por la administración, siempre que se configure un verdadero contrato de trabajo, deben observarse los principios fundamentales del Derecho Laboral.

Teniendo en cuenta el alcance de la función pública en la administración, este imperativo resulta aún más exigible, pues el servidor público, además de erigirse como un límite al desafuero de la administración, representa los intereses generales de la comunidad y los fines esenciales del Estado. Con lo cual, sus actuaciones se deben ajustar no sólo al principio de legalidad sino a los principios que resulten pertinentes dependiendo de la rama de derecho que se vea involucrada. (Díaz Vargas, 2012)

En materia de empleo público y contratación, sin lugar a duda, se genera una simbiosis entre el derecho laboral y la contratación estatal, situación que ha generado en los últimos años la preocupación de las Altas Cortes por la

reiterada vulneración al principio de primacía de la realidad⁶, y con este a una serie de prerrogativas de orden constitucional y legal.

A partir de una línea jurisprudencial que tiene como punto de partida la sentencia C-154 de 1997, se pretende en el presente trabajo de investigación revisar los planteamientos de la Corte Constitucional frente a esta problemática y cómo a su juicio se deben armonizar los fines de la contratación administrativa con los principios del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

II. METODOLOGÍA

Esta investigación se desarrollará teniendo en cuenta la separación de los conceptos que se interrelacionan con el objeto de la investigación, es decir, que se analizarán los elementos del contrato de prestación de servicios, la modalidad de contratación y los aspectos procesales. Paralelamente se elaborará una línea jurisprudencial sobre los casos en los cuales las Altas Cortes han reconocido derechos laborales a los "contratistas", haciendo uso del principio de la primacía de la realidad. Como consecuencia del punto anterior, se destacarán los aspectos de relevancia para el surgimiento de una nueva modalidad contractual,

⁶ Constitución Política de Colombia, artículo 53.

con la finalidad de garantizar los derechos laborales de los contratistas y los principios de la contratación estatal. Finalmente, se concluirá la investigación con la presentación de sugerencia de una nueva modalidad contractual.

III. SOBRE LA FORMALIDAD DENOMINADA CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON PERSONA NATURAL

1. Sentencia C-154 de 1997

Con fundamento en el artículo 241 de la Constitución Política⁷, varios ciudadanos demandaron el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸ por considerar que éste desconocía el derecho a la igualdad al promover que la administración pública contratara bajo la modalidad de prestación de

servicios a personas que claramente desempeñaban una labor de manera personal bajo las órdenes impartidas por la administración y que recibían como contraprestación una remuneración determinada.

Como consecuencia de lo anterior, se probaba la existencia de una relación laboral que, al no concebirse como tal, también vulneraba los artículos 25⁹ y 53¹⁰ de la Constitución.

Al desarrollarse tal vulneración en el ámbito de la administración pública, la disposición acusada constituía una vulneración a los principios constitucionales de la función pública consagrados en los artículos 122, 123 y 125 de la Carta Política.

Finalmente, los demandantes refieren una transgresión a varios de los conve-

⁷ "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación (...)"

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes 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.

nios de la OIT ratificados por Colombia, así como a preceptos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En su análisis, la Corte destaca la importancia de los principios que rigen la función administrativa en el ejercicio de la facultad de contratación propia de la administración. En ese sentido, señala que "dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación" (Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997)

Así mismo, la Corte efectúa un análisis comparativo entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, significando de manera especial la exigencia de subordinación en el contrato de trabajo como principal elemento diferenciador entre ambas figuras.

Con base en lo anterior, es dable inferir que un individuo que es contratado por la administración para el desarrollo de una labor específica sin estar sometido a las órdenes o requerimientos de un jefe directo goza de plena autonomía y, por lo tanto, no tiene derecho al pago de prestaciones sociales toda vez que estas corresponden a un beneficio exclusivo otorgado por los empleadores a los trabajadores en razón de los riesgos o necesidades que deben asumir con ocasión del contrato de trabajo. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia de julio 18 de 1985)

Si bien la Corte desestima las pretensiones de los demandantes por fundar sus argumentos en equívocos que inducen a asimilar el contrato de prestación de servicios con el contrato de trabajo, a partir de esta sentencia se sentó un primer precedente jurisprudencial sobre la diferencia sustancial entre ambas modalidades contractuales y la preeminencia de la realidad sobre las formas frente a cualquier artificio que pudiera llegar a utilizar la administración para eludir los gastos que supone la satisfacción de los derechos y garantías laborales. (Díaz Vargas, 2011)

2. Sentencia T- 723 de 2016

El principio de primacía de la realidad resulta enteramente aplicable respecto

de los eventos en los cuales el Estado, mediante una práctica desviada, disfraza verdaderas y auténticas relaciones laborales, mediante la figura de los contratos de prestación de servicios, práctica que supone el desconocimiento tanto de los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, como de las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral. (Corte Constitucional. Sentencia T- 723 de 2016)

En definitiva, se ha constatado la utilización del contrato de prestación de servicios, para el disfraz de las relaciones laborales, o si se quiere, de los contratos de trabajo, con la intención de evadir, de manera reiterativa, el pago de las prestaciones sociales, lo cual constituye en sí mismo una contradicción con la protección especial y las garantías que la misma Constitución otorga a la relación laboral. Menciona textualmente la Corte Constitucional en la Sentencia T- 723 de 2016 que " (...) las garantías de los trabajadores deben ser protegidas por los órganos competentes, con independencia de las prácticas y artilugios estratégicos a los que acuden los distintos empleadores para evitar vinculaciones de tipo laboral y burlar los derechos laborales constitucionales de los trabajadores al servicio del Estado, sobre todo cuando es éste el principal encargado, a través de sus entidades, de garantizar el cumplimiento de la Carta Política".

Se afirma por tanto, que el uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios, constituye una transgresión sistemática a la Constitución, y es por eso que la jurisprudencia constitucional, se ha manifestado respecto de los eventos en los que se está frente a una relación laboral, independientemente de la denominación que el empleador decida darle al contrato celebrado. Así las cosas, la Corte Constitucional en su sentencia C-629 de 2010, mencionó que las tres características esenciales de un contrato de trabajo son: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador, y (iii) la contraprestación económica por el servicio prestado. En contraposición lo que caracteriza verdaderamente un contrato al que le sea aplicable la ley 80 de 1993 (régimen general de contratación pública) es: (i) la prestación de un servicio que no guarde relación con el funcionamiento de la entidad pública, (ii) la inexistencia de la subordinación, en la medida en que al contratista le asiste libertad y autonomía en el cumplimiento de su trabajo por el cual fue contratado,

(iii) la existencia de un valor por concepto de contraprestación por los honorarios prestados, y (iv) el no desarrollo de la labor contratada por personal de planta.

Ahora bien, en la sentencia citada en el acápite anterior, la Corte Constitucional afirmó que las circunstancias que ameritan el empleo de esta modalidad de contratación – prestación de servicios – deberán revestir una temporalidad definida, y deberán ser, en la mayoría de los casos, ocasionales y extraordinarias, respecto de las labores realizadas como objeto del contrato celebrado; lo anterior, en razón de que, de contratarse mediante prestación de servicios a una persona para que en el ejercicio de su actividad desarrolle de manera permanente las mismas actividades que un empleado público, se estaría desnaturalizando tal tipo de contratación.

Por su parte, el Consejo de Estado también se ha pronunciado al respecto, manifestando que "el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir 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" (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 1129-2010).

Se debe tener en cuenta entonces, que para que sea procedente la declaración de la existencia de un contrato

realidad el juez constitucional deberá contrastar la vinculación contractual que se le ponga de presente con los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, contenidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y así, analizar la aplicabilidad del principio o teoría de la primacía de la realidad, en aras a establecer la preponderancia que merecen los hechos sobre las formalidades.

Así pues, el ejercicio de la función pública, materializado en las disposiciones de la administración, que pueden ser evidenciadas en un campo como el de la contratación estatal, y en este caso, la contratación de personal para el desarrollo de las actividades propias de la administración de las entidades públicas, en ningún caso puede resultar en desmedro de las garantías laborales constitucionalmente reconocidas, mediante la proliferación de un mecanismo de contratación como lo es el contrato de prestación de servicios, generando así dos efectos negativos para el ordenamiento jurídico y constitucional del país: (i) la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, causada por la transgresión a su esencia ocasional, extraordinaria y temporal y (ii) el desconocimiento de la protección a la relación laboral, enmascarando la misma mediante una forma contractual que dista de la realidad.

Los incidentes relacionados con la primacía de la realidad en contratos de prestación de servicios responden a la necesidad de la administración de contratar personal temporal que ejerza funciones ordinarias, permanentes o extraordinarias de la entidad contratante y que no represente un gasto exorbitante al presupuesto anual.

Se realizarán ahora, algunos acercamientos doctrinales, respecto de la aplicación del principio de primacía de la realidad, en el marco del contrato de prestación de servicios. De esta manera, se menciona que, de los tres elementos esenciales que son propios del contrato de trabajo – la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del mismo, y la subordinación del trabajador al empleador – los dos primeros son comunes al contrato de prestación de servicios, cuando el contratista es una persona natural. No obstante, la subordinación es el elemento diferenciador fundamental entre una y otra forma de contratación (Bohórquez, 2009). Por su parte, otra diferencia esencial, entre uno y otro contrato, según lo ha reiterado abiertamente la jurisprudencia, corresponde a la temporalidad, en la medida en que, el tenor del artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que tales contratos de

prestación de servicios se celebran "por el tiempo estrictamente necesario"¹¹.

Respecto de la subordinación, que se erige como el elemento diferenciador entre uno y otro contrato, la jurisdicción administrativa ha mencionado que tal elemento puede verse probado acudiendo a variados indicios como la existencia de un horario de trabajo, la asignación de turnos en planillas, las labores supervisadas por un superior, los memorandos de amonestación, el trato similar dado a los funcionarios que cumplen las mismas tareas, la obligación de reportar a superiores el desarrollo de la actividad o el reconocimiento de viáticos, entre otros (Recomendación OIT, 2006) . En este punto, y respecto de la prueba del elemento mencionado, se aprecia la verdadera importancia del principio de primacía de la realidad, y de la constitucionalización del mismo, en el artículo 53 superior.

Por último, se menciona que, la forma o medio de contratación de la prestación de servicios, niega expresamente la relación laboral, en la medida en que, como se ha mencionado, aquella no cuenta con el elemento esencial de la subordinación, característico y esencial de ésta. Así, de ninguna manera, se puede hablar de una coexistencia de una y otra forma de vinculación, dado

¹¹ A Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

que las dos, por razones de su naturaleza, son excluyentes entre sí.

IV. SOBRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La finalidad de la contratación estatal es asegurar el cumplimiento del fin social público, es por ello que se faculta a la administración para que por medio de la suscripción de contratos se pueda llevar a cabo el cumplimiento de las necesidades públicas. En consecuencia, el artículo 32 de la ley 80 de 1993 enumera algunos contratos como: i) Contrato de obra, ii) Contrato de consultoría, iii) Contrato de Prestación de servicios, iv) Contrato de concesión y v) Encargos fiduciarios y fiducia pública.

De los anteriores, se realizará un estudio del contrato de prestación de servicios, el cual el legislador lo ha definido como:

"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, art.32, numeral 3)

Así mismo, el Consejo de Estado, como máximo órgano jurisdiccional de lo contencioso administrativo, tomando como base el concepto dado por el Doctor. José Luis Benavides lo define así:

"Instrumento de gestión utilizado por la administración pública para la ejecución de algunas de sus actividades o incluso para la prestación de algunos servicios públicos. Por ende, las características de la autonomía del contratista, especialidad de la gestión y excepcionalidad del contrato, son determinantes para la conformación de este negocio jurídico." (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Exp. AP-2004-00540, 2011)

De la definición del contrato podemos determinar como elementos esenciales del mismo:

i) objeto de la obligación del contrato, ii) autonomía e independencia del contratista, y iii) temporalidad de la vigencia del contrato.

I) OBJETO CONTRACTUAL

La primera característica consiste en las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, tales como:

“Servicios profesionales, trabajos artísticos, desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, apoyo a la gestión de la entidad; sólo procederá el contrato de prestación de servicios cuando no haya personal de planta suficiente o se requieran conocimientos especializados; en caso de que el objeto sea el apoyo a la gestión de la entidad, procederá cuando se tengan fines específicos o el personal de planta sea insuficiente; el término de duración será el estrictamente necesario; habrá lugar a contratación directa y no será necesario recibir varias ofertas.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. AP-2004-00369, 2007)

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997 ha mencionado al respecto lo siguiente:

“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.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”

Sobre el objeto contractual, cabe resaltar los esfuerzos realizados por parte del juez contencioso administrativo para delimitarlo, sin embargo, estos no han sido suficientes; debido a que las entidades públicas han utilizado esta modalidad contractual para la contratación de “contratistas”, quienes en algunos casos ejercen funciones relacionadas con las responsabilidades de la entidad pública, caso en el cual se debe crear un empleo público y se debe vincular mediante contrato laboral. Este tipo de actuaciones de las entidades estatales ha generado el desconocimiento de los derechos laborales de los

"contratistas", quienes posteriormente acuden a la jurisdicción laboral o constitucional para que le sean reconocidos la existencia de una relación laboral y los derechos derivados de la misma.

II) AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL CONTRATISTA

La Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009 resalta que la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, es un elemento esencial de este contrato. Es decir, que el contratista dispone de amplio objeto contractual que debe desarrollarse dentro del plazo fijado de acuerdo a las estipulaciones acordadas.

Un aspecto que cabe resaltar, por motivo de que se genera una excepción a la regla general de que los empleados públicos vinculados laboralmente a las entidades oficiales son los que se encargan de prestar la función pública, es en este aspecto que surge la contratación por medio del contrato de prestación de servicios, debido a que surgen casos en los cuales un tercero que no tiene un vínculo laboral con la entidad pública quien se encarga de

prestar un servicio de apoyo en el desarrollo de las funciones de la entidad.

De acuerdo con la jurisprudencia de las altas cortes los casos en los cuales se puede emplear el contrato de prestación de servicios con el Estado son: i) para las tareas específicas diferentes a las permanentes de la entidad, ii) en los casos en los cuales la función administrativa no pueda ser realizada por las personas que se encuentre vinculadas laboralmente a la entidad contratante, iii) cuando se requiera de conocimientos especializados¹².

III) LA TEMPORALIDAD DE LA VIGENCIA DEL CONTRATO

Una característica principal de este contrato es la temporalidad, es decir, que el contrato tiene un tiempo limitado para la ejecución del objeto contractual. La Corte Constitucional en sentencia C- 154 de 1997 ha dicho sobre este elemento lo siguiente:

"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"

¹² Así mismo, la Corte Constitucional, en sentencia C-171 de 2012 estableció límites a la contratación estatal: "En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados."

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 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."

En consecuencia, surgen prohibiciones para las entidades públicas como; la vinculación a personas mediante contrato de prestación de servicios con la finalidad de que desempeñen funciones propias o permanentes de las entidades públicas.

La prohibición que se encuentra relacionada con la prestación de servicios en funciones de carácter propio de la entidad, está directamente relacionada con el objeto del contrato; de acuerdo a la ley 80 de 1993 este consiste en el adelantamiento de actividades relacionadas con el funcionamiento y administración de la entidad, de forma tal que no se trata de una suplencia de las competencias de la administración sino de labores que tienen una conexión o correspondencia con las

mismas, es decir, que se le impide a la entidad pública la atribución de funciones administrativas mediante el empleo de este instrumento jurídico; a razón que este debe ser utilizado con la finalidad de la realización de labores de apoyo y colaboración en el cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, el desarrollo de estas funciones no implica el ejercicio de las competencias administrativas atribuidas por el ordenamiento jurídico a la entidad. Así mismo, porque es una regla que se deriva de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución Política.

La segunda prohibición se encuentra referida a las funciones que son de carácter permanente; para ello la Corte Constitucional, C- 171, 2012 ha establecido los criterios,

(a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

IV) PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL- CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La celebración de contrato estatal, mediante la modalidad de selección contratación directa da apertura a través de acto administrativo motivado que justifica el por qué del contrato a celebrar. La excepción a esta regla es el contrato

de prestación de servicios con persona natural o jurídica, la ley reconoce la facultad de la entidad pública de no expedir acto administrativo de apertura del proceso contractual¹³.

En este orden de ideas el contrato de prestación de servicios empieza con un estudio previo que reconoce la necesidad de la entidad de obligarse con persona natural o jurídica, quien prestará servicios ejerciendo funciones temporales que exceden el movimiento ordinario de la entidad, adicionalmente estudiará los plazos, pólizas, licencias y el presupuesto necesario para efectuar el contrato. Una vez establecidos los estudios previos se procederá a elaborar el contrato que deberá estar en común acuerdo con los estudios previos, y consecuentemente a convocar al contratista para celebrar el contrato.

Consentido el contrato y debida notificación de las partes, se hará su publicación en el SECOP, medio que garantizará la publicidad del acuerdo (Decreto 1082, 2015).

V. REFORMA AL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Como se explicó previamente, la naturaleza del contrato de prestación de servicios responde a la necesidad única de determinada entidad por ejercer actividades que exceden el giro ordinario de sus funciones. El inconveniente real y que ha generado una serie de decisiones judiciales que vician el normal comportamiento de este contrato se deriva en los errores de la administración, quien celebra contratos de prestación de servicios que por objeto pretenden contratar personal que ejerce funciones ordinarias bajo subordinación y al cuál no se le reconoce debidamente sus derechos laborales.

Ante el “inconveniente” de la primacía de la realidad en las relaciones del Estado y sus administrados, el legislativo ha generado una serie de “soluciones” reconociendo relaciones sui generis que garantizan parcialmente derechos

¹³ Decreto 1082 de 2015, “Artículo 2.2.1.2.1.4.1. Acto administrativo de justificación de la contratación directa. La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

1. La causal que invoca para contratar directamente.
2. El objeto del contrato.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto.” (Subrayado por fuera del texto).

propios de una relación laboral; el claro ejemplo de esta descripción es la regulación contemplada para los concejales en la ley 1551 de 2012, que obliga a la administración a reconocer el pago de la seguridad social a los concejales dando claridad en la inexistente relación laboral entre las partes.

Aun así y por las implicaciones que tiene el reconocimiento de un contrato realidad, se considera relevante diferenciar los contratos de prestación de servicios estableciendo características particulares en su procedimiento y perfeccionamiento, de otro tipo de contrato especial que regule relaciones laborales entre la administración y contratistas subordinados.

Siendo así se analizó un elemento que debe ser considerado en la etapa precontractual para celebrar el contrato de prestación de servicios con personas naturales, y responde a los criterios manifestados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

El contrato de presentación de servicios profesionales celebrado por la administración pública es el mecanismo para contratar personas naturales o jurídicas para desarrollar funciones ocasionales que no tienen relación con el giro ordinario de actividad de la entidad contratante, es un negocio jurídico que pretende contratar personal idóneo que

temporalmente ejecute funciones sobrevinientes, así el Decreto 1082 de 2015 del Departamento Nacional de Planeación, como mecanismo de contratación breve, establece la modalidad de selección "contratación directa" como el medio precontractual para perfeccionar este contrato, determina además, que en estos casos la administración no debe expedir motivación previa que sustente la necesidad de contratar, aun así, en sede judicial mediante sentencia C-154-1997 la Corte Constitucional determinó que las características que debe tener en cuenta la administración son:

"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 el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral."

Es decir, de acuerdo con la Corte Constitucional, la administración pública al perfeccionar un contrato de prestación de servicios profesionales debe considerar todos los criterios que diferencian un contrato de naturaleza civil de uno laboral.

Es en este punto que la ley debe dar un giro obligando a la administración a motivar la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales, considerando cada uno de los criterios que la corte ha determinado son esenciales en estos contratos.

La debida motivación se requiere como un mecanismo de carácter preventivo a la celebración de contratos que puedan constituir relación laboral y representa la obligación de la entidad, de Colombia Compra Eficiente y en general de la población colombiana de velar porque la motivación del contrato cumpla a cabalidad los criterios, participación que deberá darse desde la plataforma virtual para contratar en Colombia.

VI. CONTRATO ESTATAL-LABORAL

Así, la necesidad de las entidades que no está resuelta en el

ordenamiento jurídico debe responder a criterios que garanticen los derechos laborales mínimos y que respondan a una eficiente administración del erario; es por esta razón que como parámetros mínimos de un posible contrato estatal que especifique la necesidad suscitada, encontramos: i. Versará sobre funciones ordinarias o extraordinarias de la entidad que requieran subordinación de personal para su ejercicio. ii. Establecerá un término fijo o estará ligado a la terminación de una obra o labor. iii. Deberá garantizar los mínimos de una relación laboral, seguridad social y prestaciones sociales más no reconocerán las garantías especiales de los servidores públicos¹⁴.

i. Versará sobre funciones ordinarias o extraordinarias de la entidad que requieran subordinación de personal para su ejercicio.

El principal inconveniente que se encuentra al generar una nueva figura contractual que pueda delegar funciones del Estado a un particular es la regulación constitucional sobre la función pública (Const., 1991, art.122), que determina la necesidad de especificar las funciones a desempeñar en cabeza del servidor público. La respuesta inmediata a este interrogante

¹⁴ Decreto Ley 3135 de 1968, “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

es; que la figura propuesta está regulada bajo los preceptos de un contrato estatal, en este orden de ideas la parte natural del contrato no es un servidor público, es un contratista del Estado.

Esto no implica que las funciones del contratista no estén determinadas, al contrario desde la motivación que da apertura al contrato, el objeto contractual deberá ser determinado en todos sus aspectos y condiciones, pues será el contratista en el marco de la subordinación laboral el encargado de la ejecución del objeto contractual, en este orden de ideas es necesario un acto administrativo que motive la apertura de la etapa contractual regulando como mínimo el objeto del contrato y los elementos del contrato de trabajo que garanticen el eficiente ejercicio de la relación de subordinación.

ii. Establecerá un término fijo o estará ligado a la terminación de una obra o labor.

La especial naturaleza de la necesidad que motive el contrato estatal será el elemento determinante para celebrar este contrato, es así como la precisión sobre la temporalidad del contrato será un elemento esencial, esto implica que el objeto a contratar no debe ser permanente, y su ejecución se debe limitar por una condición cierta y futura.

De esta manera el contrato a celebrar entre el Estado y el contratista será un contrato estatal de naturaleza laboral, que establecerá por escrito su terminación a un término fijo o por razón de una obra o labor.

iii. Deberá garantizar los mínimos de una relación laboral, seguridad social y prestaciones sociales más no reconocerán las garantías especiales de los servidores públicos.

La figura contractual pretende generar un medio que evite contingencias judiciales post- contractuales que, a diferencia del contrato de prestación de servicios con personas naturales, que errónea y frecuentemente se celebra en la actualidad pretendiendo la ejecución de funciones bajo subordinación, reconozca la realidad sobre la formalidad, es decir, que ante todo reconozca que el contrato estatal a celebrar es a su vez un contrato de trabajo regulado bajo las normas y principios del derecho de trabajo, que la naturaleza temporal de las funciones que presta el contratista independientemente de si son ordinarias o no, tienen una terminación supeditada al cumplimiento de una obra, labor o un periodo determinado, situación que no constituye en el contratista un servidor público, pues este último no estaría ejecutando funciones permanentes de la entidad pública o al menos no lo estará haciendo de forma permanente.

VII. CONCLUSIÓN

A partir de lo expuesto en apartes anteriores, se observa cómo desde la década de los noventa se manifestaban las primeras señales de la malversación del contrato de prestación de servicios y sus efectos frente al desmedro en los derechos y garantías laborales de aparentes contratistas.

La necesidad de encajar en un contexto globalizado bajo el cumplimiento de exigencias internacionales, así como la proliferación de entidades estatales orientadas a satisfacer los diversos fines y deberes del Estado, trajo consigo, que en su afán de prestar servicios públicos y atender de manera exclusiva a las necesidades de los administrados, el Estado como principal garante de derechos, desconociera los principios fundamentales que cobijaban a quienes, al interior de su macro estructura, desempeñaban funciones en el marco de auténticos contratos de trabajo.

Si bien las Altas Cortes han coincidido en destacar que aun cuando se pacte una modalidad contractual distinta al contrato de trabajo, siempre que se verifique la concurrencia de los tres elementos que configuran dicha relación laboral, cualquier estipulación contraria a la realidad, carecerá de validez, en virtud del artículo 53 de la Constitución Nacional que consagra la prevalencia de la

realidad sobre las formas en materia laboral.

Sin embargo, no deja de ser preocupante que la transgresión a derechos fundamentales provenga precisamente de las diferentes entidades que conforman la administración y que pese a los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, la administración siga reincidiendo en la utilización del contrato de prestación de servicios como mecanismo para ocultar la existencia de contratos de trabajo.

Conviene plantearse entonces si debe crearse una nueva modalidad contractual que frene los abusos de la administración en materia de contratación o si por el contrario deben crearse más entidades que desempeñen funciones de fiscalización e impongan sanciones ejemplares a las entidades que insistan en esta práctica. Sea cual sea la solución más viable, esta problemática nos deja varios interrogantes frente a los deberes y obligaciones que la administración debe asumir no sólo como contratante sino como organismo dispuesto por mandato constitucional al servicio de la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]

Congreso de Colombia. (26 de mayo de 2015) Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. [Decreto 1082 de 2015]

Constitución política de Colombia. (1991)

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, (8 de junio de 2011) Exp. AP- 2004-00540. [C.P. Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado, Sección Tercera, (17 de mayo de 2007) Exp. AP-2004-00369. [C.P. Ramiro Saavedra Becerra]

Corte Constitucional. (19 de marzo de 1997) Sentencia C-154. [M.P. Hernando Herrera Vergara]

Corte Constitucional, (02 de septiembre de 2009) Sentencia C-614. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, (07 de marzo de 2012) Sentencia C-171. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (18 de julio de 1985)

Díaz Vargas, J. (2011) El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública. Recuperado de: https://app-vlex-com.ez.unisabana.edu.co/#CO/search/jurisdiction:CO+content_type:4/primacia+de+la+realidad+sobre+las+formas/CO/vid/426931498/graphical_version

Díaz Vargas, J. (2012) La primacía de la realidad frente a los contratos de prestación de servicios administrativos, avances jurisprudenciales. Recuperado de: https://app-vlexcom.ez.unisabana.edu.co/#CO/search/jurisdiction:CO+content_type:4/primacia+de+la+realidad/CO/vid/650520909/graphical_version

Corte Constitucional (16 de diciembre de 2016) Sentencia T- 723. [MP Aquiles Arrieta Gómez]

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, (15 de junio de 2011) Exp. 1129-2010 [C.P. Gerardo Arenas Monsalve]

Respecto del asunto, Organización Internacional del Trabajo (OIT), recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

Bohórquez Yepes, Carlos A.; Roque L., Conrado Imitola. El Contrato de Prestación de Servicios de la Administración Pública. Universidad Católica de Colombia, 2009.