



Revista Digital de Derecho Administrativo
ISSN: 2145-2946
Universidad Externado de Colombia

Castrillón Arango, Daniel
Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana y de su indebida utilización: ¿un problema sin solución?
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 27, 2022, pp. 225-258
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.08>.

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503872656008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana y de su indebida utilización: ¿un problema sin solución?

DANIEL CASTRILLÓN ARANGO¹

RESUMEN

El presente artículo no pretende ser otra cosa que lo que su título indica: unas reflexiones en relación con el contrato de prestación de servicios en la Administración pública. En el mismo se proponen reformas principalmente desde la órbita legal que podrían redundar en un uso racional de la tipología contractual y, adicionalmente, se hacen una serie de observaciones respecto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que tienen que ver con aspectos procesales y sustanciales de la figura, pues un tratamiento más riguroso puede incidir en un mejor uso de la misma.

1 Profesional especializado grado 33, Consejo de Estado, Bogotá, Colombia. Abogado y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: danielcastrillon@me.com. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2020-6877>. Fecha de recepción: 16 de agosto de 2021. Fecha de modificación: 11 de septiembre de 2021. Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2021. Para citar el artículo: CASTRILLÓN ARANGO, DANIEL, "Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana y de su indebida utilización: ¿un problema sin solución?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, 2022, pp. 225-258. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.08>.

Palabras clave: contrato de prestación de servicio, empleos de carácter temporal, empleado público, caducidad, prescripción, precariedad, subordinación.

Different Perspectives on the Contract for the Provision of Services in Colombian Public Administration and Its Misuse: A Problem Without Any Viable Solution?

ABSTRACT

The present article seeks to provide various perspectives in relation to contracts for the provision of services to the Public Administration. It proposes some reforms, mainly from a legal standpoint, that could result in a rational and more adequate use of this type of contract. The article also offers some additional opinions regarding the jurisprudence of the Constitutional Court and the State Council, related to various aspects of procedural and substantive issues that could promote a fairer and more beneficial use and application of these contracts.

Keywords: Contracts for the Provision of Professional Services, Statute of Limitations, Temporary Employment, Public Employee, Precariousness, Subordination.

INTRODUCCIÓN

La indebida utilización de los contratos de prestación de servicios para encubrir relaciones laborales ha sido un tema recurrente en la doctrina² y en la jurisprudencia, y pese a todas las advertencias, llamados de atención³ y condenas impuestas, los entes públicos siguen abusando de la tipología contractual.

2 Cfr. HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ, "El contrato estatal de prestación de servicios: de su generalizadamente espuria utilización a la constitucionalización de su régimen jurídico", en Germán Lozano Villegas y Juan Carlos Covilla Martínez, *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 341-400.

3 Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-040 del 10 de mayo de 2018, Exp. T-5.692.280.

Tratar de encontrar soluciones pragmáticas a la problemática en ocasiones parece igual de difícil que intentar resolver la cuadratura del círculo, pues muchos aspectos inciden en el fenómeno y generan la tendencia perniciosa a que se recurra a la figura del contrato de prestación de servicios de manera abusiva: algunos tienen que ver con un deficiente diseño institucional, a limitaciones presupuestales o a procedimientos administrativos engorrosos, y otros se desprenden de decisiones libres y conscientes de quienes dirigen la Administración pública de infringir las normas de carrera administrativa o de incurrir en prácticas clientelistas⁴.

En el texto que se presenta a continuación se analizan los siguientes temas: en primer lugar, se hace referencia a la deficiente consagración del contrato de prestación de servicios en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993^[5]. Al respecto, se expondrá que esta es una de las principales razones o incentivos para su indebido uso⁶, dado que se establecieron supuestos de hecho demasiado amplios⁷ para su celebración, lo que permite que se recurra a esta figura de manera habitual y que se desconozcan las normas de carrera administrativa.

Asimismo, se plantearán inquietudes relacionadas con los alcances de las sentencias en las que se reconoce que efectivamente se presentó una verdadera relación laboral y los fundamentos de las mismas, y se pondrán en evidencia algunas situaciones en las que parece que existen contradicciones en la jurisprudencia, las cuales pueden generar problemas para resolver situaciones en las que se discute la desnaturalización del contrato de prestación de servicios. Particularmente se abordarán las reglas consagradas en la sentencia de unificación vigente respecto del denominado "contrato realidad", así como otros pronunciamientos que contienen reglas que ameritan ser replanteadas.

- 4 En ese sentido es necesario preguntarse si las garantías propias de los empleos de carrera pueden jugar un papel en contra de la misma Administración pública. Esta preocupación no es exclusiva de nuestro ordenamiento ni de nuestra doctrina. Cfr. RAMÓN PARADA VÁSQUEZ, "La degeneración del modelo de función pública", *Revista de Administración Pública*, n.º 150, 1999, pp. 413-452. Asimismo, es necesario analizar las razones que fundamentan que la carrera se constituya en la regla general, para lo cual es pertinente consultar a JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, *Derecho administrativo laboral*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- 5 Pese a que se hace referencia a la norma contenida en la Ley 80 de 1993, debe dejarse claro que en la normativa anterior relativa a los contratos que celebra la Administración pública se presentaban los mismos problemas. Al respecto, véanse DIEGO YOUNES MORENO, *Derecho administrativo laboral*, 12.ª ed., Bogotá: Temis, 2013, p. 46; JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ, *Derecho administrativo laboral*, t. I, 11.ª ed., Bogotá: Legis, 2016, pp. 178-181.
- 6 En este sentido, cfr. JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, "Propuestas desde la función pública para la creación de un escenario de paz", en Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (Eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*, t. II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 552-553.
- 7 Cfr. JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI, "Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad", *Revista Derecho del Estado*, n.º 25, 2010.

El objetivo del trabajo es promover un debate acerca de la pertinencia de una reforma legal del artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, de manera que la tipología contractual esté correctamente delimitada y diferenciada de otras, pues se considera que ello redundaría en un uso racional de la figura.

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico principal que se abordará será el siguiente: ¿es necesario reformar el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993? Por otra parte, tal como se anunció, debido a que una adecuada interpretación jurisprudencial puede redundar en un mejor uso de la figura, se abordarán los siguientes problemas jurídicos: ¿cuál es el alcance del reconocimiento cuando se prueba que se desnaturalizó el contrato de prestación de servicios?, ¿la sentencia que pone fin a la controversia es declarativa o constitutiva?, ¿hay lugar al fenómeno de la prescripción cuando se declara la existencia de una verdadera relación laboral?, ¿en qué términos?, y ¿cómo puede presumir la existencia de la subordinación en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo?

Debido a que los problemas jurídicos tienen que ver con la consagración del contrato de prestación de servicios y con su interpretación jurisprudencial, el método a utilizar será principalmente el hipotético deductivo, para lo cual se habrá de recurrir al análisis de derecho positivo y al comentario jurisprudencial.

1. LA AMBIGUA CONSAGRACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL ARTÍCULO 32.3 DE LA LEY 80 DE 1993 CONSTITUYE UN INCENTIVO PARA SU INDEBIDA UTILIZACIÓN

En el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 se consagraron supuestos de hecho muy amplios para que las entidades públicas recurrieran a los contratos de prestación de servicios. De entrada, la definición que se encuentra en esa disposición resulta deficiente o por lo menos ambigua, pues en la misma se señala que son "los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"⁸, lo que constituye el primer problema para la diferenciación con otras tipologías contractuales, pues como lo puso de presente Benavides Russi, cualquier contrato estatal tiene por objeto actividades relacionadas con la Administración.

En ese sentido, es posible preguntarse: ¿cómo se diferencia a esta tipología contractual de una relación legal y reglamentaria o del vínculo contractual laboral?, y ¿está debidamente establecido el objeto del contrato? Si se trata

8 Cfr. *ibid.*

de la administración o del funcionamiento de la entidad, del giro ordinario de la misma, ¿por qué permitir que se celebren contratos de prestación de servicios?

A partir de esta disposición se puede afirmar que la Administración cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la celebración de esta tipología contractual, pues en principio se permite su uso para el desarrollo del objeto de cada entidad. Ahora bien, el artículo 32.3 establece que únicamente se puede acudir a esta tipología contractual en casos en los que no se puedan ejecutar las labores con personal de planta o cuando se requiera de conocimientos especializados, situaciones que se presentan en el diario trasegar de la actividad de las entidades públicas, lo cual relativiza el carácter de excepcional de estos supuestos de hecho.

Para entender mejor estas observaciones iniciales relativas a la consagración de la figura, es necesario analizar el alcance de la norma y la interpretación que de la misma hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997^[9], y en la que se resolvió lo siguiente:

Primero, la Corte Constitucional puso de presente que las entidades públicas no se encuentran en libertad absoluta de acudir a esta tipología contractual, pues están atadas a las necesidades del servicio. Sumado a esto, indicó que no hay un impedimento constitucional para que se ejerzan funciones administrativas a través de particulares, pues ello está permitido en virtud de lo dispuesto en el artículo 210 de la Constitución Política.

Por otra parte, señaló que la autonomía e independencia del contratista constituye el elemento esencial del contrato, lo que implica un amplio margen de discrecionalidad en la forma en que presta el servicio, pero no profundizó respecto del alcance de esa autonomía o independencia o señaló algún elemento adicional que pueda complementar este criterio con el fin de que la diferencia entre una relación laboral y un contrato de prestación de servicios sea diáfana.

A pesar de que en ese pronunciamiento se permitió la celebración de esta tipología para "desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad", debe tenerse en cuenta que la misma Corte Constitucional, en la providencia C-614 de 2009^[10], al estudiar la constitucionalidad del artículo 2.^º del Decreto 2400 de 1968, señaló que no se pueden celebrar estos contratos cuando se trate de funciones permanentes dentro de la entidad.

Por lo tanto, se observa una contradicción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues de un lado permite la celebración de los mismos para llevar a cabo actividades que se pueden considerar del "giro ordinario" de los

9 Corte Constitucional, sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, Exp. D-1430.

10 Corte Constitucional, sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009, Exp. D-7615.

negocios de las entidades públicas, pero por el otro impide que se suscriban para desarrollar funciones de carácter permanente.

En la mencionada sentencia C-614 de 2009 se señaló que para determinar si se trata de funciones permanentes, se deben tener en cuenta los siguientes criterios: (1) criterio funcional: si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; (2) criterio de igualdad: si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en 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; (3) criterio temporal o de la habitualidad: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual; (4) criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y estas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; y (5) criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

En relación con esta posición es necesario señalar que parece forzada y que desconoce que todas las entidades públicas tienen propósitos previamente determinados y funciones que deben desempeñar de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, por lo que la asunción de nuevas funciones siempre implicará el cumplimiento de leyes o actos administrativos que seguramente comportan la realización de labores misionales de la entidad, o que a partir de su consagración tendrán esa característica.

A partir de lo anterior, parecería que para la Corte Constitucional solo es posible acudir a la prestación de servicios para actividades que no guardan relación con el "giro ordinario" de la Administración. Es por ende posible preguntarse por qué en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 estableció que se pueden "desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad". Y sobre todo, ¿por qué se declaró la constitucionalidad simple o sin ningún condicionamiento de las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "en ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales", contenidas en el numeral 3.^º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993?

Al parecer, esta contradicción no ha sido resuelta por la jurisprudencia, de manera que puede cuestionarse la lectura que se ha realizado del alcance

de normas que, como el artículo 7.^º del Decreto 1950 de 1970 y el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, prohíben la suscripción de estos contratos para el ejercicio de funciones permanentes.

Con el propósito de no privar un efecto útil al artículo 32.3, una interpretación adecuada podría consistir en que no se puedan suscribir contratos de manera permanente o reiterativa, pese a que las funciones sí lo sean.

Si se aplica de manera simple lo que se encuentra en el artículo 32.3, tal como se manifestó previamente, se llega a una contradicción en la medida en que en el mismo se permite el desarrollo de funciones misionales que por su naturaleza persisten en el tiempo. Por consiguiente, hay una tendencia a que no se respete su utilización en lapsos reducidos o, en otras palabras, desde el mismo diseño de la norma existe un incentivo perverso para que se extiendan de manera indiscriminada. En relación con esta precisión, la Corte Constitucional señaló que en el caso en el 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"¹¹. Esto podrá ser un acierto, siempre y cuando el legislador o la misma Corte establezcan límites temporales claros y específicos, pues de lo contrario no pasará de ser una declaración de buenas intenciones.

Sobre este aspecto aún no existe un término efectivo impuesto por parte de nuestras altas cortes, y pese a que hay algunas disposiciones tanto legales¹² como de orden reglamentario¹³ que hacen referencia de manera general a

11 Corte Constitucional, sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, Exp. D-1430.

12 Por ejemplo, en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002 se dispuso: "Artículo 17. Plantas de personal. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos. En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro [sic] o el Director del Departamento Administrativo [sic] cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

Parágrafo. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública".

13 En el decreto único del sector hacienda, esto es, en el Decreto 1068 de 2015 se estableció: "Artículo 2.8.4.4.6. Prohibición de contratar prestación de servicios de forma continua. Está prohibido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios

esos límites, el problema radica en que no se concretan en un lapso efectivo y, por lo tanto, persiste el alcance tan amplio que tiene el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Es preciso cuestionarse adicionalmente, ¿cuál es el alcance de la autonomía o la independencia cuando se trata de actividades que tienen que ver con la administración y funcionamiento de una entidad? ¿Es necesario acotar aún más ese criterio de la autonomía?

Al respecto encontramos que efectivamente debe precisarse ulteriormente el criterio de independencia del contratista, dado que, por tratarse de funciones misionales, en la práctica va a ser muy difícil que dos personas puedan desarrollar las mismas, pero que la subordinación o dependencia se predique exclusivamente respecto de una de estas. Es decir, las posibilidades de que el contratista cuente con mayor libertad respecto del servidor de planta son bastante escasas, pues se trata de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, y en esa medida el contratista estará atado a las políticas, las órdenes y los requerimientos institucionales.

Por ende, la independencia con la que puede ejercer su labor resulta limitada y se presentará en niveles jerárquicos muy elevados (nivel asesor y profesional básicamente), pues en los mismos estos colaboradores pueden establecer las acciones a emprender o señalar las decisiones que se deben adoptar, e inclusive en estos niveles existirá algún grado de subordinación (así sea menor que en los demás niveles). Asimismo, y salvo los casos indicados

en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad, por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad. Parágrafo 1.º. Se entiende por remuneración total mensual del jefe de la entidad, la que corresponda a este en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales.

Parágrafo 2.º. Los servicios a que hace referencia el presente artículo corresponden exclusivamente a aquellos comprendidos en el concepto de 'remuneración servicios técnicos' desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, con independencia del presupuesto con cargo al cual se realice su pago.

Parágrafo 3.º. De manera excepcional, para aquellos eventos en los que se requiera contratar servicios altamente calificados, podrán pactarse honorarios superiores a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad, los cuales no podrán exceder del valor total mensual de remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con seguridad social y parafiscales a cargo del empleador. En estos eventos el Representante Legal de la entidad deberá certificar el cumplimiento de los siguientes aspectos: (1) justificar la necesidad del servicio personal altamente calificado; (2) indicar las características y calidades específicas, altamente calificadas, que reúne el contratista para la ejecución del contrato, y (3) determinar las características de los productos y/o servicios que se espera obtener.

Parágrafo 4.º. Se entiende por servicios altamente calificados aquellos requeridos en situaciones de alto nivel de especialidad, complejidad y detalle".

en donde hay un alto grado de especialización, resulta poco probable que se pueda concebir un escenario en donde la justificación relativa a la diferencia en el trato entre quienes tienen un vínculo legal y reglamentario, y aquellos que tienen uno contractual sea jurídicamente suficiente y razonable, pues se trata de funciones similares, atadas a unas guías institucionales y cuyo ejercicio tiene que dar lugar a los mismos beneficios, lo que se desprende de la garantía del derecho a la igualdad. En ese sentido, se advierte que, tal como se señaló previamente, se requiere una precisión ulterior para efectos de diferenciar el contrato de prestación de servicios de una verdadera relación laboral.

Precisamente el criterio de "subordinación" requiere de un adjetivo para efectos de diferenciar el contrato de prestación de servicios de una verdadera relación laboral. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo se establece en qué situaciones se puede determinar si existe un contrato de trabajo, y en el mismo se indicó que se presenta cuando se reúnen los siguientes elementos esenciales: (1) la actividad personal del trabajador; (2) el salario como retribución por esos servicios; y (3) la continuada subordinación o dependencia "del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato".

Como se puede observar, la forma de precisar ese criterio de "subordinación" es con el adjetivo de "continuada", aspecto que tiene una importancia capital y que será fundamental en el análisis a cargo del juez para efectos del restablecimiento del derecho o de la reparación, dado que la naturaleza de los contratos estatales implica que sean *intuito personae* y onerosos¹⁴, por lo que será ese elemento el que definirá el régimen a aplicar y los derechos que eventualmente tiene quien reclama la existencia de la relación laboral, tal como lo reconoció recientemente el Consejo de Estado¹⁵.

En relación con este elemento esencial se observa que en ocasiones la jurisprudencia no ha tenido el rigor que sería deseable, y ha declarado la responsabilidad de la entidad contratante con base en elementos aislados de la subordinación¹⁶. En efecto, en algunos casos se ha declarado la existencia

14 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *Forma y contenido del contrato estatal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 27-32.

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 29 de abril de 2021, Exp. 0834-2017.

16 Por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 5 de julio de 2018, Exp. 2656-13; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 5 de julio de 2018, Exp. 2396-16; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

de la relación laboral a partir del hecho de que al contratista se le hayan impartido instrucciones de manera periódica, o que haya ejecutado el objeto contractual dentro de la sede de la entidad, o que haya tenido que rendir algún tipo de informe, o haya prestado el servicio con los elementos de trabajo existentes en la institución, o por el hecho de que haya desarrollado tareas que corresponden a funciones permanentes al interior de la administración (se reitera que puede resultar contradictorio en la medida en la que en el 32.3 se establece que se puede celebrar para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad), sin hacer un análisis integral de todos los aspectos que inciden en la prestación del servicio, que permita determinar que efectivamente se cumpla con la condición de que esa subordinación sea continuada.

Consideramos que este elemento debe analizarse con el mayor rigor y en los casos en los que se discuta la presencia o ausencia de ese elemento, se debe precisar en concreto el nivel de escolaridad de quien demanda, las funciones que desempeñó y cuál es el alcance de las órdenes recibidas. Si se advierte un amplio margen de "libertad y autonomía técnica y directiva", en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, la consecuencia será la declaración de que efectivamente se celebró un contrato de prestación de servicios y no la existencia de una relación laboral.

Como se puede deducir de lo hasta ahora expuesto, a partir de la misma consagración del contrato de prestación de servicios en el numeral 3.^o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentra que están dadas las condiciones para que no se respeten las restricciones teóricas para su celebración.

Adicionalmente, se percibe una dificultad interpretativa que se desprende de las contradicciones en que ha incurrido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues de un lado permite que se celebren para llevar a cabo actividades que tienen que ver con el "giro ordinario" de la Administración, pero al mismo tiempo prohíbe la ejecución de funciones de carácter permanente, y esto dificulta la labor de los operadores jurídicos.

En este punto es necesario referirse a los dos supuestos de hecho contenidos en la disposición, y se debe partir del primero, esto es, cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta.

En relación con el mismo, el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 18 de noviembre de 2003^[17], determinó que solamente en los casos en los que hay una vacante en la planta de personal y se recurre al contrato

Segunda, sentencia del 28 de junio de 2018, Exp. 0500-17; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 27 de abril de 2017, Exp. 0660-14; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 7 de febrero de 2013, Exp. 2133-11.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ).

de prestación de servicios tiene derecho el contratista al restablecimiento del derecho.

Como fundamento de esa interpretación, sostuvo que la norma determinó que se puede acudir a esta tipología ante la insuficiencia de personal, interpretación que en principio puede resultar discutible en la medida en que al hacer un análisis inicial de dicha providencia, se podría concluir que el derecho surge no con ocasión de un elemento esencial del vínculo (autonomía e independencia del contratista/existencia de subordinación continuada), sino que se desprende de la denominación que se le dé al contrato y de la existencia de una vacante que no se ocupó, con lo cual en la práctica parecería entenderse que hay una asimilación entre la prestación de servicios y el contrato de trabajo.

Como crítica a esa postura, se advierte que la naturaleza de un contrato no puede fijarse con base en el *nomen iuris* establecido por las partes. Ello no se ajusta a lo señalado por la jurisprudencia en relación con la interpretación de los contratos. En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la calificación que los contratantes den a un determinado contrato no fija definitivamente su carácter jurídico¹⁸, pues la naturaleza de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que corresponde según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas¹⁹.

Sin embargo, a través de un análisis más profundo acerca de la postura se podría establecer que no existe la referida asociación entre contrato de prestación de servicios y contrato laboral, sino que faltó mayor precisión en la providencia, tal como se pasa a explicar.

En el fallo se señaló que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades no tiene el alcance de "excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal", motivo por el cual sin esos elementos esenciales²⁰ o sustanciales no es posible el surgimiento de un vínculo entre la Administración y el contratista, ni es factible

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J. 1852, t. XXXVII, p. 128.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de septiembre de 1984, G.J. 2415, t. CLXXVI, p. 254.

20 Esas formalidades sustanciales consisten en lo siguiente: funciones detalladas en la ley o el reglamento; se requiere que los cargos estén contemplados en la respectiva planta de personal; deben estar previstos sus emolumentos; la aprobación del concurso-oposición para cargos de carrera administrativa; la necesidad de nombramiento y posesión,

que se puedan pagar prestaciones sociales pues no se reúnen las exigencias *ad-sustantiam* para que se adquiera la condición de empleado público, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 1994^{21]}.

Con el fin de complementar la afirmación anterior, en la sentencia de unificación se indicó que "es factible, [...] que por medio de un contrato de prestación de servicios se pretenda desnaturalizar un contrato de trabajo referente a la construcción y sostenimiento de obras públicas, únicos que pueden darse bajo esta forma contractual con la administración", es decir, de trabajadores oficiales²². Pese a que no se expuso de manera textual, de lo anterior se desprende que el "principio de primacía de la realidad sobre las formalidades" tiene un alcance mucho más limitado que el que en ocasiones le ha dado la jurisprudencia²³.

De esta manera se concluye que las relaciones estatutarias no nacen a la vida jurídica si no se cumplen todos los presupuestos establecidos en las disposiciones constitucionales y legales pertinentes. Luego, al no cumplirse esas formalidades "sustanciales", no existe la posibilidad de que surja vínculo alguno, y por lo tanto es discutible que se puedan reconocer "derechos" que solo se adquieran cuando hay un cumplimiento pleno de estos requisitos.

Es decir, pese a que en la providencia no se indicó, la conclusión lógica de lo expuesto es que no se puedan desnaturalizar esas relaciones legales y reglamentarias, y que con la simple ejecución de unas funciones se obtengan los mismos derechos que los servidores públicos.

Esta falta de cumplimiento de formalidades sustanciales marca una diferencia fundamental entre los contratos de prestación de servicios que pueden celebrar los privados y aquellos que tienen por contratante a una entidad pública, como se pasa a explicar.

formalidades a través de las cuales el vínculo nace a la vida jurídica, y el cumplimiento de un período de prueba (para cargos de carrera administrativa).

21 Corte Constitucional, sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994, Exp. D-572.

22 Sobre la categoría de trabajadores oficiales, véase LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 20.^a ed., t. I, Bogotá: Legis, 2017, pp. 468-469.

23 Precisamente el nacimiento de una relación estatutaria laboral está sometida a una serie de requisitos que se pueden resumir de la siguiente manera: la aprobación del concurso-oposición para cargos de carrera administrativa; la necesidad de nombramiento y posesión, formalidades a través de las cuales el vínculo nace a la vida jurídica; el cumplimiento de un período de prueba (para cargos de carrera administrativa); la existencia de una vacante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122; y la disponibilidad presupuestal. Debe tenerse en cuenta que estos vínculos encajan dentro de lo que la doctrina conoce como "relaciones especiales de sujeción". Al respecto, cfr. ALFREDO GALLEGOS ANABITARTE, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho", *Revista de Administración Pública*, n.^o 34, 1961, pp. 11-61.

En eventos en los que los contratos son celebrados entre privados efectivamente se está ante el supuesto de una verdadera relación laboral que el juez entra a declarar cuando advierte que se presentaron los tres elementos previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en especial cuando se está en presencia de la "continuada subordinación", pues esta es la consecuencia que expresamente se consagró en dicha normativa (artículos 23 y 24).

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano no se ha consagrado una disposición en la que se establezcan las consecuencias de esa misma situación cuando el contratante es una entidad pública y se trata de funciones que deben ser desempeñadas por empleados públicos.

Consideramos que en esos casos el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades se limitará a demostrar que a través del ejercicio de funciones con "continuada subordinación" se desnaturalizó el contrato de prestación de servicios, pero no tiene por virtud darle a la persona el *status* de empleado público, lo que quiere decir que no nace a la vida jurídica la relación legal y reglamentaria, lo que debería conducir a la imposibilidad de reconocer los mismos derechos que aquellas personas que cumplieron todos los requisitos del artículo 122 de la Constitución Política.

Es decir, el mentado principio tiene un carácter mucho más limitado al que se le ha dado en la jurisprudencia, e inclusive se puede afirmar sin lugar a dudas está mal utilizado el término "contrato realidad", ya que, por un lado, la Administración solo puede recurrir a los contratos para vincular trabajadores oficiales y, por otro, la primacía de la realidad se limita a un aspecto probatorio que es el de demostrar que se desnaturalizó el contrato de prestación de servicios.

Incluso en el evento en el que se trate de las funciones que desempeñan los trabajadores oficiales podría discutirse si a través del ejercicio de las funciones bajo continuada subordinación los contratistas podrían adquirir la condición de servidores públicos o que se presentó el llamado "contrato realidad", debido a que no se cumplen absolutamente todos los requisitos previstos en el artículo 122 de la Constitución Política.

Lo que se pretende demostrar con lo anterior es que existen particularidades de derecho administrativo que no han sido tenidas en cuenta por la jurisprudencia en el momento de resolver las controversias que les han sido planteadas y que pueden tener incidencia en los reconocimientos que debe hacer el juez.

Dado que, en estricto sentido no se tendría derecho a un hipotético "restablecimiento del derecho", en primer lugar porque para los empleados públicos no se ha establecido una norma en la que se fijen las consecuencias de que se reúnan los tres elementos a que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y en segundo lugar porque no se cumplen todas las formalidades sustanciales, a partir la desnaturalización de la tipología

celebrada debido a la falta autonomía e independencia del contratista, este podría solicitar la reparación de daños a través de una demanda con pretensiones de reparación directa.

Esta solución plantea algunos problemas de fondo: si no tiene derecho propiamente al restablecimiento del derecho sino a la reparación de los perjuicios, ¿se puede solicitar en cualquier momento el pago de prestaciones sociales y concretamente los aportes a seguridad social en pensiones? Dicho de otra manera, dado que no se pagan las mismas sino su equivalente, ¿estas estarían sujetas al fenómeno jurídico de la prescripción? ¿En estos eventos opera el fenómeno jurídico de la caducidad?

Asimismo, se podría plantear si dentro de las posibilidades de "reparación" del perjuicio puede incluirse una orden que en la práctica implique un restablecimiento de un derecho. En otras palabras, debido a la indeterminación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998^[24] en el cual se consagró el principio de reparación integral pero no se señaló en qué consiste, no sería descabellado que un juez determine que la forma de reparar el daño consista en ordenar el pago ya no del equivalente de las prestaciones sociales, sino concretamente de la consignación de las mismas.

Como se puede advertir, si se trata la problemática con rigor, hay una serie de cuestionamientos muy importantes en relación con los fundamentos de reparación o restablecimiento en estos casos, y se advierte la necesidad de que el tema se aborde con mayor precisión y claridad, y se tengan en cuenta las particularidades de derecho administrativo que al parecer han sido inadvertidas hasta el momento.

Ahora bien, esa posición que se defendió en una sentencia de unificación fue tácitamente abandonada por parte del máximo tribunal de lo contencioso administrativo de nuestro país en la providencia del 25 de agosto de

24 En relación con el concepto de reparación integral del daño, Benavides llama la atención acerca de su indeterminación: "el rango constitucional que la Corte da a la reparación integral de los daños constituye un principio cuyo contenido específico no está determinado por la Carta, aunque la interpretación sistemática de los valores constitucionales, reforzada por el derecho internacional y el derecho comparado, permiten orientar la delimitación de este concepto jurídico indeterminado, teniendo en cuenta que *reparación integral* equivale a una *justa indemnización de la parte lesionada*. Quiere ello decir que para determinar el contenido concreto de la *reparación integral* es necesario descender del rango normativo constitucional, o en otros términos, que la concreción del principio es infraconstitucional. En la medida en que la Constitución política no define ni precisa el concepto de reparación integral, explica la Corte en la sentencia C-965/03 citada, es al Congreso de la República, en desarrollo de la libertad de configuración política, a quien compete regular técnicamente ese régimen de responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los métodos para cuantificarlo". JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 457-458.

2016^[25], en la que se omitió toda referencia a la necesidad de que exista un cargo vacante en la planta de personal para efectos del derecho al restablecimiento o de la reparación de perjuicios, y los reconocimientos a favor de los contratistas se fundamentaron en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, pero sobre esta providencia profundizaremos con más detalle más adelante.

Retomando las consideraciones relativas al supuesto de hecho de la insuficiencia de personal y precisamente para racionalizar su uso, Rincón Córdoba²⁶ señaló que es necesario modificar el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 y restringir la utilización de esta tipología a los casos de estudios o de experiencia de alta cualificación (es decir, al segundo supuesto de hecho de la norma), lo que permitiría la contratación para actividades que hacen parte del "giro ordinario" de la Administración y, adicionalmente, que solo sea posible acudir a la figura para la asesoría institucional²⁷ desligándose de las actividades meramente operativas, logísticas o asistenciales, lo

- 25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Rad. 23001-23-33-000-2013-00260-01, Exp. 0088-15.
- 26 JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, "Propuestas desde la función pública para la creación de un escenario de paz", *op. cit.*, pp. 552-553. Asimismo, este autor ha abogado por la necesidad de una administración flexible, que sea capaz de adaptarse a las cambiantes realidades de la función administrativa. Para ello se requiere una adecuada gestión del talento humano. *Cfr.* JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, "Lineamientos jurídicos que se deben tener en cuenta para la implementación de una política que busque hacer estratégica la gestión del talento humano en el sector público colombiano", en PEDRO PABLO SANABRIA PULIDO (Comp.), *De la recomendación a la acción. ¿Cómo poner en marcha un modelo de gestión estratégica del talento humano para el sector público colombiano?*, Bogotá: Universidad de los Andes–Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo -Colciencias–Departamento Administrativo de la Función Pública–Escuela Superior de Administración Pública, 2016, pp. 145-172; JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, *La teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 80-81.
- 27 En relación con la diferencia entre contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, Exp. 41.719. "Así las cosas, conviene, [...] precisar que en el marco del contrato de simple prestación de servicios de apoyo a la gestión, las necesidades que pretenden ser satisfechas por la Administración no comprometen, en modo alguno las actividades que son propias de conocimientos profesionales o especializados; aun así, ello no excluye que dentro de esta categoría conceptual se enmarquen actividades de carácter técnico las cuales, requiriendo un despliegue intelectivo, no recaen dentro del concepto de lo profesional, así como otras necesidades en donde, según las circunstancias, el objeto contractual demanda la ejecución de acciones preponderantemente físicas o mecánicas; es decir, se trata de una dualidad de actividades dentro del concepto 'de simple apoyo a la gestión'; unas con acento intelectivo y otras dominadas por ejecuciones físicas o mecánicas. Lo distintivo, en todo caso, es que no requiere que sean cumplidas con personal profesional".

que contribuye aún más a su correcta implementación, pues, de esa forma, la tendencia al abuso se vería notoriamente reducida.

En este punto es necesario poner de presente que no se comparte la posición del profesor Villegas Arbeláez²⁸, quien critica el hecho de que la mayor cantidad de contratos de prestación de servicios se suscriba en los niveles asesor y profesional, precisamente porque la verdadera autonomía de un contratista se desprende del alto grado de especialización y conocimientos que inciden en la posibilidad de que este sea quien determine un curso de acción. Luego, sería más censurable la vinculación a través de esta tipología en actividades en las que por su misma naturaleza la autonomía es limitada, como las meramente operativas.

Ahora bien, tratándose del segundo supuesto de hecho consagrado en la norma, esto es, el de los conocimientos especializados y la experiencia altamente calificada, es necesario aclarar que la jurisprudencia puede resultar confusa en la medida en que no se ha dejado suficientemente claro que las consideraciones relacionadas con la insuficiencia de personal no se deben extender a este caso. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la justificación de la utilización de los contratos de prestación de servicios en ciertos eventos radica precisamente en la experiencia específica acreditada por el contratista. Ello quiere decir que no siempre que en la entidad exista una persona que posea las capacidades para asumir una labor la deba realizar, pues en ocasiones lo relevante en relación con este supuesto de hecho es precisamente la experiencia específica y no esas teóricas capacidades, para lo cual se recurre al siguiente ejemplo.

Una autoridad es demandada en un tribunal de arbitraje por temas relacionados con algún contrato que celebró. Dentro de la planta de personal hay varios abogados con especialización en derecho administrativo, contratación estatal, contencioso administrativo y que han tenido alguna experiencia en ese ámbito de la profesión. En principio y de acuerdo con lo que ha señalado la jurisprudencia al respecto²⁹, se debería atender ese litigo con alguno de esos servidores de planta, pues por lo menos en teoría reúnen esos

28 JAIRO VILLEGRAS ARBELÁEZ, *Derecho administrativo laboral*, t. I, Bogotá: Legis, 2016, pp. 170-171.

29 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 14 de agosto de 2003, Exp. 3590-01: "El material probatorio antes reseñado permite a la Sala afirmar que en el caso presente se desvirtúan las características del contrato de prestación de servicios, pues el actor cumplía una función que podía ser desempeñada por personal de planta". En relación con lo apenas expuesto, no sobra advertir que el Consejo de Estado, señaló en la sentencia del 14 de agosto de 2003, Exp. 3590-01, que no puede haber duplicidad de funciones, es decir, no se puede recurrir al contrato de prestación de servicios cuando es posible suplir la necesidad con el personal que labora en la entidad.

conocimientos especializados y estarían en condiciones de desempeñar esa función. Sin embargo, es recomendable que ese proceso se le asigne a alguien que se dedica principalmente a esa clase de negocios, pues normalmente las cuantías son considerables y las posibilidades de éxito pueden llegar a ser mayores si se recurre a un tercero que puede tener esa misma formación, pero cuya experiencia sea mayor o, por lo menos, que a diario esté enfrentado a esta clase de problemas.

Dicho de otra manera, en varios escenarios la justificación va a estar atada a la experiencia más que a la formación, por lo que la postura de la jurisprudencia de exigir que se desarrolle una determinada actividad con el personal de planta cuando los servidores tengan las capacidades suficientes para desarrollarlas no se puede aplicar indiscriminadamente y es necesario que se separen los dos supuestos de hecho del numeral 3.^º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, quedaría suficientemente claro que es posible recurrir al contrato de prestación de servicios cuando la justificación se encuentra en la experiencia.

En cuanto a este segundo supuesto de hecho, no se puede perder de vista que los servidores públicos cada vez se preocupan más por su formación, y que precisamente las normas sobre función pública buscan que los mejores estudiantes/trabajadores se vinculen con el Estado. De manera tal que es altamente probable que en las entidades públicas haya personal en condiciones de encargarse de las funciones específicas, pero ello no implica descartar en eventos precisos la celebración de este tipo de contrato cuando razones de conveniencia así lo impongan. Luego, aparece conveniente que la normativa referente a los contratos de prestación de servicios sea más clara y que, de no eliminarse esta tipología para los casos de insuficiencia de personal, por lo menos se realice una separación efectiva de los dos supuestos de hecho contenidos en el numeral 3.^º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Sumado a esto, es deseable que la jurisprudencia, a su vez, explique que las consideraciones relativas a la falta de personal no se deben extender a los casos de experiencia profesional o de conocimientos especializados.

Como se puede apreciar, la misma consagración del contrato de prestación de servicios genera problemas en la práctica y para evitar el abuso, se deben tener en cuenta otros mecanismos que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico, que generan menores traumatismos y están previstos para atender situaciones de sobrecarga de trabajo excepcionales o para desarrollar programas o proyectos de duración determinada. En efecto, para casos de insuficiencia de personal por las razones mencionadas, existe la alternativa de acudir a los empleos de carácter temporal³⁰.

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de febrero de 2016, Exp. 0316-2014.

De acuerdo con lo dispuesto en los literales b y c del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, en estos casos la provisión de los cargos se debe realizar con base en las listas de elegibles vigentes, sin que esos nombramientos comporten el retiro de las listas, lo cual es más garantista de los derechos de carrera administrativa. Pero, si efectivamente se recurre a los contratos de prestación de servicios, tal como lo manifestó Rincón Córdoba³¹, es necesario que exista una justificación técnica suficiente que vincule a la Administración, de manera tal que no se presenten prórrogas indefinidas, sino que se creen los empleos en la planta de personal después del tiempo que determine el legislador.

2. PROPUESTAS DE REFORMA PARA LA RACIONALIZACIÓN DE LA FIGURA

En primer lugar, aparece necesario modificar el numeral 3.^º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. El mismo debe ser lo suficientemente claro, de manera tal que no permita la confusión con otras tipologías contractuales. Sumado a esto, se debe eliminar la posibilidad de que se celebren contratos de prestación de servicios en casos de insuficiencia de personal. En el evento en el que no se llegue a esa decisión, sería pertinente establecer porcentajes máximos de contratistas en relación con los servidores que se encuentran en la planta de personal de la entidad, o límites presupuestales máximos para utilizar esta tipología contractual respecto del presupuesto de funcionamiento. Así mismo, y tal como lo sostuvo Rincón Córdoba³², es pertinente que se establezca un término límite de duración de los contratos, así como reglas relativas a la reincidencia en la figura tanto en relación con un contratista en particular, como respecto de unas funciones específicas.

Esta última propuesta podría requerir mayor desarrollo en la medida en que puede haber interrupciones, cambios de contratistas, suspensiones y vicisitudes de cada contrato que impliquen dificultades en el reconocimiento de la reincidencia, con lo cual es deseable que el legislador establezca reglas precisas al respecto.

Sin perjuicio de lo expuesto y como se anunció en la introducción, el mayor rigor y la precisión conceptual de la jurisprudencia de las altas cortes contribuye a su vez al mejor uso de la figura, o por lo menos evita las incoherencias. Por lo tanto, a continuación se realizan algunas reflexiones respecto de la sentencia de unificación del Consejo de Estado que contiene

31 JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, "Propuestas desde la función pública para la creación de un escenario de paz", *op. cit.*, p. 555.

32 *Ibid.*, pp. 541-542.

la postura vigente en la materia y respecto de la cual es necesario hacer consideraciones tanto de orden sustancial como procesal.

3. ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA INDEBIDA UTILIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

A continuación se hará referencia, en primer lugar, a las reglas que se establecieron en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, que consisten en:

- i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.
- iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.
- iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1.^º, letra c, del CPACA).
- v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que ataña a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

A continuación se llamará la atención respecto de algunos aspectos sustanciales y procesales a partir de la lectura de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016.

3.1. ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO: LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER AL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

Uno de los aspectos que se debe establecer de manera clara y respecto del cual ha habido diferentes posiciones en la jurisprudencia consiste en determinar hasta dónde puede llegar el juez para efectos de ordenar reconocimientos en los casos en los que efectivamente se acredite la desnaturalización del contrato de prestación de servicios.

Para llegar a la conclusión de que el reconocimiento de prestaciones por la nulidad del acto administrativo procede a título de restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado expuso las diferentes posiciones asumidas en la jurisprudencia de la Corporación a lo largo de los años en los siguientes términos:

En primer lugar, citó la sentencia del 19 de febrero de 2009, en la cual se señaló que en los eventos en los que se declara que existe una verdadera relación laboral no hay lugar al restablecimiento del derecho, sino a la reparación del daño, pues el contratista, por el hecho de realizar las mismas actividades que un empleado público, no adquiere tal condición.

Debe ponerse de presente, sin embargo, que en la providencia de 2009 se incurrió en una imprecisión, pues se señaló que el contratista tiene el derecho al pago "de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas"³³, lo que evidentemente resulta contradictorio, pues ese "derecho" solo puede derivar de la condición de servidor público.

Por consiguiente, se reitera que parece correcto que se condene a la reparación de un perjuicio, derivado de la falla del servicio y no a un "restablecimiento del derecho", pues no se cumplen las formalidades sustanciales a las que se hizo referencia previamente. Por esa razón y debido a la evidente confusión de la providencia, vale la pena reiterar la inquietud expuesta previamente, de si dada la relevancia constitucional del tema, en estos eventos la reparación del daño puede consistir en la condena al pago de unos derechos que solo se podrían obtener por la condición de "servidores públicos" y no por su equivalente, a través del medio de control de reparación directa.

En segundo lugar, se hizo referencia a la postura contenida en la sentencia del 21 de octubre de 2009^[34], en la cual se determinó que se deben reconocer las prestaciones sociales, el cómputo del tiempo servido para efectos pensionales y el pago de las respectivas cotizaciones a seguridad social, pues en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA) se permitió solicitar el restablecimiento del derecho, o cuando ello no sea posible la reparación del daño, y al respecto sostuvo que la acción indemnizatoria solo se puede adelantar cuando no sea posible volver las cosas a un estado anterior. Al respecto, en esa sentencia se determinó que la "lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral de orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente". Luego, es evidente que en el mencionado fallo no se tuvo en cuenta el contenido del artículo 122 de la Constitución Política.

Finalmente, en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 se manifestó que se debe acoger el criterio más favorable a los ciudadanos "que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. 3074-05.

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2009, Exp. 2725-08.

la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad".

Adicionalmente, sostuvo que, a pesar de lo anterior, si el ciudadano considera que le fueron ocasionados perjuicios también los puede solicitar, pues así lo permite el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

En la mencionada providencia se ordenó el reconocimiento con base en los honorarios pactados, pero la razón de esa decisión en el caso concreto radicó en el hecho de que los docentes oficiales que se encuentran en el escalafón nacional tienen remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén.

Consideramos que la posición asumida por el Consejo de Estado amerita las siguientes reflexiones.

En principio, y a pesar de que se ha mencionado en varias ocasiones, en la sentencia de unificación no se explican las razones por las cuales se tiene derecho a las exactas prestaciones sociales que los servidores de planta, más allá de que ejercen las mismas funciones, sin desvirtuar el argumento que refiere a la falta de cumplimiento de formalidades sustanciales.

Tampoco resulta adecuado invocar el principio de favorabilidad para efectos de determinar en qué debe consistir el teórico "restablecimiento", pues tal como se desprende del artículo 53 de la Constitución Política, este opera en relación con la interpretación de la ley³⁵, y no puede tratarse como una especie de comodín que se pueda utilizar en cualquier situación con tal de otorgarle beneficios a los empleados, en especial en casos como este, en el que el legislador no ha determinado la forma de reparar perjuicios (o hipotéticamente restablecer derechos).

Como se mencionó previamente, no existe una norma aplicable a los empleados públicos según la cual en el evento en el que se demuestre la

35 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 11 de febrero de 2011, Exp. 40.662. En la misma se estableció en qué consiste este principio: cuando se trata de favorabilidad en estricto sentido, se hace referencia a la aplicación de la norma más favorable entre dos disposiciones vigentes. Por su parte, el principio *in dubio pro operario* se aplica en casos en los que una norma admite diferentes interpretaciones y en el que se debe optar por aquella que mejor les convenga a los intereses de los trabajadores.

continuada subordinación y no se cumplan las formalidades sustanciales hay lugar a reconocer las mismas prestaciones que los servidores públicos.

En ese sentido, se considera que invocar el principio de favorabilidad para establecer la base del cálculo de la indemnización/reparación resulta impropio, pues en el caso concreto no existe ninguna norma o un conjunto de ellas que resulte o resulten oscuras, en la que se señale cuál debe ser el fundamento del restablecimiento o la indemnización.

Debido a que con la sentencia de unificación no se aclaró tal situación de manera satisfactoria, pues tal como lo señalamos, pese a que se dijo que se debe acudir a la base más favorable, en el caso concreto optó por los honorarios pactados, somos de la posición de que se debe tener en cuenta esta última opción: los honorarios son producto de un acuerdo de voluntades libremente celebrado. Por lo tanto, dado que no se tiene "derecho" a percibir lo mismo que el empleado, la base tendría que establecerse con base en esos honorarios, y en el momento de liquidar en concreto la condena no se podrían incluir los rubros que percibe un empleado público (piénsese, por ejemplo, en la bonificación judicial o en la prima técnica que les corresponden por pertenecer a un régimen especial).

La justificación de esa posición radica en que son derechos que se obtienen con el cumplimiento de la totalidad de requisitos para acceder a la función pública, lo que hace que el individuo sea beneficiario de un régimen específico. Con base en las consideraciones expuestas, se concluye que el reconocimiento se debería limitar al equivalente de las prestaciones sociales que les corresponderían de haber suscrito un contrato de trabajo con un empleador privado, y no de los derechos que se desprenden de la condición de servidor público.

Al margen de la orden de reparación o restablecimiento no podemos dejar pasar por alto el hecho de que, en comparación con otros contratistas del Estado, la posición de la jurisprudencia puede resultar contradictoria, pues el Consejo de Estado se ha negado a reconocer prestaciones ejecutadas sin el amparo de un contrato estatal con fundamento en la dimensión objetiva de la buena fe³⁶, tal como se estableció en la sentencia del 19 de noviembre de 2012^[37].

36 En relación con la dimensión objetiva de la buena fe, véase MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL, "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos", *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, 2009; LAURA SOFÍA MOSQUERA MARTÍNEZ, *La buena fe en la contratación administrativa. Relación con la buena fe en el derecho privado y su aplicación en el público*, Madrid: Editorial Académica Española, 2011, pp. 9 y ss.

37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24.897.

De acuerdo con la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado³⁸, se desprende que la buena fe debe imperar no solo durante el proceso de selección del contratista y celebración del contrato, sino también durante la ejecución y liquidación del mismo; así mismo, se debe evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes.

Este principio implica la asunción de una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado, lo que obliga a todo lo que esté expresamente consagrado en el contrato, y adicionalmente a lo que le corresponda conforme a la naturaleza de la obligación. Es por ello que se deben identificar las obligaciones y prohibiciones que no se encuentren de manera expresa en las estipulaciones contractuales, pero que les sean aplicables.

De igual forma, de la buena fe se desprenden dos subprincipios: el de la prohibición de contravenir los actos propios y el del deber mitigar los daños propios³⁹, lo que se traduce en que sea inadmisible toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto, y que la parte debe propender a la minimización de los daños que puede sufrir⁴⁰, mediante un comportamiento activo y diligente, lo que implica informar a su contraparte acerca de toda situación relevante, como lo puede ser la desnaturaleza del contrato de prestación de servicios, con el fin de limitar los perjuicios sufridos.

Pese a que algunas personas podrían discutir la aplicación de este principio a las situaciones estudiadas, pues de por medio se encuentra la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores, de entrada no se encuentra una justificación para que no se exija su observancia en el caso de la desnaturaleza de los contratos de prestación de servicios, pues fueron los mismos trabajadores quienes consintieron en establecer un vínculo contractual, lo que les impone unas cargas y un deber de lealtad que los obliga a informarle

38 Corte Constitucional, Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, Exp. D-3404; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 1996, Exp. 8830; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2006, Exp. 8830; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Exp. 15469; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, Exp. 18.836; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24.897; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de noviembre de 2012, Exp. 39.332.

39 Cfr. LUIS DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Madrid: Casa Editorial Bosch, 1963, pp. 123, 125, 188, 189 y 246-251.

40 Cfr. JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, 2.^a ed., Bogotá: Legis, 2004, pp. 205-211.

a su contraparte todas aquellas situaciones que puedan tener un impacto en el *iter contractual*.

En este sentido, se hace necesario encontrar una solución que armonice los derechos mínimos de las personas que prestan sus servicios a la Administración pública, y las cargas que se desprenden del principio de buena fe.

3.2. ¿LA SENTENCIA QUE SE PROFIERE EN ESTOS EVENTOS ES DECLARATIVA O CONSTITUTIVA?

Ahora bien, a pesar de que este no es un aspecto que se trató directamente en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, consideramos necesario pronunciarnos al respecto, puesto que puede tener implicaciones en relación con el cómputo de una eventual prescripción de derechos.

En el pronunciamiento del 19 de febrero de 2009^[41], el Consejo de Estado abandonó la posición hasta entonces pacífica de que la sentencia por medio de la cual se declara la existencia de un contrato realidad es declarativa. Los argumentos esgrimidos en dicha oportunidad consistieron en lo siguiente:

- Que en las situaciones en las que se discute la existencia de una verdadera relación laboral no existe un referente claro para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.
- Así mismo, se afirmó que es "a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia"^[42].
- Tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles en el momento de la presentación del simple reclamo ante la entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

En cuanto a la posición defendida, no se considera que las razones esgrimidas respecto de la naturaleza "constitutiva" de la sentencia sean acertadas, y al

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. 3074-2005.

42 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. 3074-2005.

respecto se advierte sí es posible tener un referente temporal relacionado con la exigibilidad de los salarios y las prestaciones sociales, precisamente en el momento en el que se hizo exigible la obligación, es decir, en la fecha en que se debió realizar el pago, de haberse advertido que se estaba frente a un supuesto de relación laboral, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Cabe agregar que si se extiende el raciocinio contenido en la sentencia a otros casos como los relativos a los de responsabilidad extracontractual del Estado, se llegaría a la conclusión de que en estos se pueden presentar las demandas en cualquier momento porque el "derecho" a la reparación tan solo surge en el momento en el que el juez efectivamente constata el daño y condena a la entidad. Por ende, solo se podría computar la caducidad desde el momento en que queden ejecutoriadas las sentencias que condenen a la entidad, lo que inexorablemente conduce a la inoperancia de la regla jurídica de la caducidad en la reparación directa. Por ese motivo se considera que la postura no es adecuada.

Diferente es la situación que se presenta cuando hay una declaración de interdicción de una persona, pues los actos y contratos posteriores a la sentencia son nulos, no así los anteriores a ella.

En ese orden de ideas, parece correcto señalar que, en el evento de declaración de existencia de una verdadera relación laboral, la naturaleza de la sentencia es declarativa.

3.3. ¿HAY LUGAR AL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN CUANDO SE DECLARA LA EXISTENCIA DE UNA VERDADERA RELACIÓN LABORAL? ¿EN QUÉ TÉRMINOS?

Como consecuencia de esa naturaleza constitutiva de la sentencia, en la referenciada providencia del 19 de febrero de 2009, se señaló que no hay lugar a la prescripción, pues a partir del momento en que el juez profiere la condena, es que "nace el derecho", lo que en la práctica implica que se trata de derechos imprescriptibles⁴³. Esta tesis se mantuvo hasta que fue

43 En relación con la prescripción existió otra postura adicional en algunos casos aislados de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que inició con la sentencia del 8 de mayo de 2014, Exp. 2725-2012, según la cual el plazo razonable para presentar la reclamación era de 5 años contados a partir de la terminación del último contrato, y se fundamentó en una asimilación entre tal situación y el acto de retiro del servicio, para lo cual acudió a una analogía poco afortunada de la figura del decaimiento de los actos administrativos, regulada por el momento en que se presentó la demanda en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

proferido el fallo del 9 de abril de 2014^[44], en el que se determinó que se debe acudir ante el empleador a reclamar la "relación laboral" dentro de un término prudencial, que no puede ser superior al de prescripción, postura que fue reiterada en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016^[45].

No obstante, esa posición envuelve un contrasentido: por una parte, señala que no existe prescripción, pero al mismo tiempo que se debe presentar una reclamación dentro de un término que no supere el de prescripción. De ahí que la posición asumida por el Consejo de Estado a partir de 2009 resulte cuando menos problemática.

Además, se estableció que no hay lugar a declarar la prescripción de los aportes a pensión en atención a "la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales"^[46].

De nuevo se considera que en este aspecto la postura del Consejo de Estado incurre en unas imprecisiones que ameritan de corrección: de un lado, confunde los fenómenos de prescripción y de caducidad, porque la condición de periodicidad impide que opere la caducidad y no la prescripción; y, de otro lado, es necesario indicar que la hipotética razón de ser de la imprescriptibilidad de los aportes a pensión no deriva del carácter de periódico o no de la prestación social, sino que se desprende de valores constitucionales como la solidaridad, la protección y la asistencia especial a las personas de la tercera edad y el derecho irrenunciable a la seguridad social, tal como lo planteó la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 1998^[47].

Ahora bien, en el evento en el que se acoja la posición aquí defendida, según la cual en el caso concreto existiría derecho a una reparación, el fenómeno a aplicar es el de la caducidad en el entendido en que se trata de un daño continuado, por lo que se habría que presentar la demanda dentro del término de dos años posteriores a la terminación del vínculo, por tratarse de un daño continuado, de acuerdo con el literal i, del numeral 2.^º, del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

44 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 9 de abril de 2014, Exp. 0131-13.

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, Exp. 0088-15.

46 *Ibid.*

47 Corte Constitucional, sentencia C-230 del 20 de mayo de 1998, Exp. D-1881.

Aún en el escenario planteado de reparación, si efectivamente el juez establece que hay lugar a la consignación de las prestaciones sociales y no de su equivalente, se puede aplicar una excepción de inconstitucionalidad respecto de la caducidad en cada caso concreto. La razón reside en el hecho de que al aplicar tal regla haría nugatorio un derecho de naturaleza imprescriptible, que le impondría al juez el deber de encontrar una solución que garantice la tutela judicial efectiva.

Sin perjuicio de lo expuesto, está claro que de entender que se trata de una sentencia declarativa y no constitutiva, la consecuencia lógica sería que en principio los derechos sí serían susceptibles de prescripción, salvo aquellos que se haya determinado que son imprescriptibles, lo que lleva a otra aclaración. Es necesario no perder de vista el principio de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal". En efecto, lo "principal" en estos casos es la declaración de existencia de la relación laboral, de la cual se deprende el derecho a percibir las prestaciones sociales.

En el caso en el que se entienda que la sentencia es declarativa, si dentro de los tres años posteriores a la culminación del vínculo no se acude a hacer la reclamación ante la entidad, se considera que no debería haber lugar a reconocer nada con base en el mencionado principio. Por el contrario, si se acude dentro de los tres años siguientes, se debe condenar al pago de las prestaciones sociales durante toda la relación contractual.

En la sentencia de unificación de 2016 se aclaró que cuando se presenten interrupciones en los contratos u órdenes de prestación de servicios, se debe hacer un análisis de la prescripción a partir de la fecha de finalización de cada uno de los contratos. Al respecto, vale la pena realizar la siguiente precisión: la razón de ser de que se pueda recurrir al principio de primacía de la realidad para analizar si efectivamente el contratista siguió prestando sus servicios sin el amparo del contrato o no, radica en que, en muchas ocasiones, pese a que hay interrupción en las fechas consignadas en contratos u otros, en la práctica se siguen ejecutando labores. Luego, en estas situaciones sí tendría cabida el mencionado principio.

Sin perjuicio de lo expuesto y dado que efectivamente el Consejo de Estado ha señalado que se tiene derecho a un restablecimiento, debe ponerse de presente que en la providencia de unificación se estableció que el juez debe analizar lo relativo a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, así no se haya solicitado nada en la demanda, pues es una obligación que deriva de la constitucionalización del derecho, que implica la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, lo cual se considera un acierto, pues es la materialización de la constitucionalización del derecho administrativo que implica realizar un análisis de vulneración de derechos fundamentales.

En relación con los aportes pagados al régimen de seguridad social en salud, en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 se indicó que

los mismos sí son susceptibles del fenómeno de la prescripción, puesto que solo le reportan un beneficio económico al contratista y que, en ese sentido, no se le debe reintegrar lo pagado. Debe ponerse de presente que en la providencia no se hizo ningún señalamiento en relación con los aportes cuando la reclamación se realiza cuando todavía no ha operado el fenómeno de la prescripción.

Al respecto se considera que se debe incluir la diferencia entre lo efectivamente pagado por el contratista y lo que le habría correspondido pagar a la entidad, tanto en salud como en pensiones. Así las cosas, no se entiende el por qué se excluyen los aportes a salud efectivamente pagados por el ciudadano, con fundamento en el hecho de que a los mismos se les aplica la regla de la prescripción por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. Una cosa es la mencionada regla cuando efectivamente no se presentó la reclamación en el lapso que se señala en la sentencia y otra bien distinta a que de ello se pueda establecer a partir de ahí una regla general.

3.4. ¿SE PUEDE PRESUMIR LA EXISTENCIA DE LA SUBORDINACIÓN EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO?

Como se puede adivinar a partir de lo expuesto, no se considera que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo se pueda aplicar para los casos en los que se ejecutan funciones propias de un empleado público. En efecto, tal como se señaló previamente, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, que es el fundamento constitucional en el que se ha basado la jurisprudencia para presumir la subordinación, tal como se ha señalado en múltiples ocasiones en este escrito, debe ser abandonado, por lo menos para el caso concreto de las funciones propias de los empleados públicos, pues dichas formalidades son sustanciales.

En cuanto a este tema, se comparte la posición de Marín Hernández en la apreciación de que en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 no se consagró una presunción, sino que la expresión "En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales", simplemente establece una consecuencia lógica de que se celebre un contrato de prestación de servicios, y que no resulte desnaturalizado. Adicionalmente, tiene razón cuando afirma que "la modificación de las reglas generales en materia de carga probatoria dentro del proceso contencioso administrativo no es uno de los propósitos perseguidos con la figura de la presunción de legalidad de los actos administrativos"⁴⁸. Sin embargo, dicha posición desconoce la

48 HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ, "El contrato estatal de prestación de servicios. De su generalizadamente espuria utilización a la constitucionalización de su régimen jurídico".

verdadera sustantividad del contrato administrativo⁴⁹, que les proporciona una naturaleza autónoma a estos y que les imprime un régimen particular, aunque comparta las bases con todos los contratos, lo que en el caso concreto se traduce en la imposibilidad de presumir el elemento esencial de la continuada subordinación.

En cuanto a este aspecto, aún en los casos en que se trata de funciones propias de los trabajadores oficiales, se tienen dudas respecto de la posibilidad de presumir la subordinación debido al carácter estatal de los contratos, y la previamente mencionada sustantividad de los mismos, tan es así que en el artículo 4.^º del Código Sustantivo del Trabajo se estableció que "Las relaciones de derecho individual del trabajo entre la Administración pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten".

A partir de lo anterior, se insiste que no es claro que tratándose de funciones de trabajadores oficiales se pueda aplicar la presunción de subordinación contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

CONCLUSIONES

A pesar de que mucho se ha discutido en relación con la indebida utilización del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana, son muchos los aspectos en los que se encuentran lagunas o incongruencias, y se advierte que esta problemática implica un análisis muy profundo acerca del sistema de función pública que existe en Colombia. Tal como se señaló, el principal problema se desprende de la consagración tan ambigua que existe del contrato de prestación de servicios en el artículo 32.3 y en la posibilidad de celebrar este tipo de contratos para casos de insuficiencia de personal.

La correcta utilización de la tipología contractual pasa por una adecuada interpretación de las controversias por parte de las altas cortes. En ese sentido, es necesario que haya mayor claridad, principalmente por parte de nuestra Corte Constitucional, debido a que ese tribunal al mismo tiempo señaló que se puede utilizar el contrato de prestación de servicios para la realización de actividades misionales, pero indicó que no puede ser utilizado para funciones de carácter permanente.

49 GASPAR ARIÑO ORTIZ, "Estudio preliminar", en Juan Carlos Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

Adicionalmente, se debería dar el alcance correcto al principio de *primacía de la realidad sobre las formalidades* con el fin de acceder a la reparación, pues tal como se demostró en el presente escrito, tiene cabida en cuanto a desestimar la existencia de un verdadero contrato de prestación de servicio, pero a partir de este no se puede predicar la existencia de una verdadera relación laboral ante la falta de cumplimiento de formalidades sustanciales.

Asimismo, ese rigor tiene que extenderse a otros aspectos como el alcance de la reparación, el carácter declarativo o constitutivo de las sentencias, el análisis de los fenómenos de la prescripción y la caducidad, y la posibilidad o imposibilidad de aplicar la presunción que se encuentra en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

En este momento no se observa que pueda haber una pronta solución al abuso de los contratos de prestación de servicios, pues tal como se expuso en el presente artículo, hay incentivos congénitos que requieren de modificaciones por lo menos legales.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. "Estudio preliminar". En Juan Carlos Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS. "Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad". *Revista Derecho del Estado*, n.º 25.
- BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- DÍEZ PICAZO, LUIS. *La doctrina de los propios actos*. Madrid: Casa Editorial Bosch, 1963.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- GALLEGOS ANABITARTE, ALFREDO. "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho". *Revista de Administración Pública*, n.º 34. 1961.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. "El contrato estatal de prestación de servicios. Se su generalizadamente espuria utilización a la constitucionalización de su régimen jurídico". En Germán Lozano Villegas y Juan Carlos Covilla Martínez, *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

MOSQUERA MARTÍNEZ, LAURA SOFÍA. *La buena fe en la contratación administrativa. Relación con la buena fe en el derecho privado y su aplicación en el público*. Madrid, Editorial Académica Española, 2011.

NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos". *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, 2009.

PARADA VÁSQUEZ, RAMÓN. "La degeneración del modelo de función pública". *Revista de Administración Pública*, n.º 150. 1999.

RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. "Lineamientos jurídicos que se deben tener en cuenta para la implementación de una política que busque hacer estratégica la gestión del talento humano en el sector público colombiano". En Pedro Pablo Sanabria Pulido (Comp.), *De la recomendación a la acción. ¿Cómo poner en marcha un modelo de gestión estratégica del talento humano para el sector público colombiano?* Bogotá: Universidad de los Andes–Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo–Colciencias–Departamento Administrativo de la Función Pública–Escuela Superior de Administración Pública, 2016.

RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. "Propuestas desde la función pública para la creación de un escenario de paz". En Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (Eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo*, t. II, *El derecho administrativo para la paz*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *La teoría de la organización administrativa en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*, t. I, 20.^a ed. Bogotá: Legis. 2017.

SUESCÚN MELO, JORGE. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, 2.^a ed. Bogotá: Legis, 2004.

VILLEGAS ARBELÁEZ, JAIRO. *Derecho administrativo laboral*, t. I, 11.^a ed. Bogotá: Legis, 2016.

YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho administrativo laboral*, 12.^a ed. Bogotá: Temis, 2013.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994, Exp. D-572.

- Corte Constitucional, sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, Exp. D-1430.
- Corte Constitucional, sentencia C-230 del 20 de mayo de 1998, Exp. D-1881.
- Corte Constitucional, sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, Exp. D-3404.
- Corte Constitucional, sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009, Exp. D-7615.
- Corte Constitucional, sentencia SU-040 del 10 de mayo de 2018, Exp. T-5.692.280.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 1996, Exp. 8830.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 14 de agosto de 2003, Exp. 3590-01.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 29 de septiembre de 2005, Exp. 2990-05.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2006, Exp. 8830.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del agosto 29 de 2007, Exp. 15469.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. 3074-05.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2009, Exp. 2725-08.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, Exp. 18.836.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24.897.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de noviembre de 2012, Exp. 39.332.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 7 de febrero de 2013, Exp. 2133-11.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, Exp. 41.719.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 9 de abril de 2014, Exp. 0131-13.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 8 de mayo de 2014, Exp. 2725-2012.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de febrero de 2016, Exp. 0316-2014.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del unificación de 25 de agosto de 2016, Exp. 0088-15.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 27 de abril de 2017, Exp. 0660-14.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 28 de junio de 2018, Exp. 0500-17.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 5 de julio de 2018, Exp. 2396-16.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 5 de julio de 2018, Exp. 2656-13.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 29 de abril de 2021, Exp. 0834-2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J. 1852, t. XXXVII, p. 128.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de septiembre de 1984, G.J. 2415, t. CLXXVI, p. 254.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 11 de febrero de 2011, Exp. 40.662.