

Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad**

SUMARIO

Introducción. I. Un objeto polivalente. A. Amplitud de prestaciones posibles. B. Libertad contractual y funciones administrativas. II. Contrato de prestación de servicios y contrato realidad. A. Carácter excepcional del contrato. B. La subordinación del contratista (prueba de la subordinación, constitucionalización del contrato realidad). C. Reparación del contratista trabajador.

RESUMEN

Instrumento corriente de gestión para la administración pública, el contrato de prestación de servicios se distingue nítidamente de las relaciones laborales de los servidores públicos. La autonomía del contratista, la especialidad de su gestión y el carácter excepcional del contrato que lo caracterizan constituyen, sin embargo, elementos de difícil realización práctica. La amplitud de las prestaciones del objeto contractual genera fronteras difusas con otros tipos de contratos, y los vínculos del objeto contractual con las funciones administrativas esenciales de la entidad contratante se muestran ambivalentes. El carácter excepcional excluye en principio la posibilidad del contrato, cuando existen funciones afines en las plantas de personal, pero la excepción no es absoluta y la propensión a compensar la reducción de las plantas por contratos de prestación de servicios es siempre latente. Además, el principio constitucional que privilegia la realidad de la relación laboral, si existe una subordinación por parte del prestador del servicio a la entidad contratante, encuentra limitaciones significativas de aplicación frente a otros principios,

* Magister en ciencias administrativas (Universidad de París II, Panthéon-Assas), doctor en derecho público (Universidad París I, Panthéon-Sorbonne), profesor de derecho administrativo y director del doctorado en derecho de la Universidad Externado de Colombia. jose.benavides@uexternado.edu.co.

** Fecha de recepción: 15 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2010.

igualmente constitucionales, que exigen el respeto de formas en la vinculación de los servidores públicos. La dificultad en la caracterización de estos distintos elementos del contrato y ponderación de principios se refleja en la jurisprudencia, lo que no ha permitido hasta ahora la delimitación de líneas claras de orientación, aunque se destacan recientemente decisiones progresistas del Consejo de Estado, en protección de los derechos de los contratistas trabajadores.

PALABRAS CLAVE

Contrato de prestación de servicios, contrato realidad, contrato estatal, prestaciones sociales, indemnización, reparación.

ABSTRACT

Current management instrument for public administration, the contract for the provision of services is neatly distinguished from labor relations of public servants. The autonomy of the contractor, the specialty of its management and the exceptional nature of the contract which characterized it constitutes, however, elements of difficult practical implementation. The amplitude of benefits of the contractual object generates fuzzy boundaries with other types of contracts, and the links of the contractual object with essential administrative functions of the contracting entity are ambivalent. In principle its exceptional nature excludes the possibility of the contract in cases where are similar functions in plants of staff, but the exception is not absolute and the propensity to compensate the reduction of plant contracts of service is always there. Moreover, the constitutional principle that privileges the reality of the labor relationship, if there is subordination by the service provider to the contracting entity, finds significant limitations for implementation compared to other principles equally constitutionals, requiring respect for ways in involvement of public servants. The difficulty in the characterization of these different elements of the contract and weighing of principles is reflected in case law, which until now has not allowed the delineation of clear lines of orientation, although recently highlighted progressive decisions of the "Consejo de Estado" in protecting the rights of contractor's workers.

KEY WORDS

Contract for the provision of services, actually contract, State contract, social benefits, compensation, repair.

INTRODUCCIÓN

El contrato de prestación de servicios ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia desde distintos puntos de vista. El más significativo plantea sus particularidades frente al contrato laboral. La importancia dada por la Constitución política de 1991 al contrato realidad (CP, art. 53) ha generado una protección particular de los individuos que trabajan para el Estado bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios. Pero la caracterización de los elementos distintivos del vínculo profesional de la prestación de servicios es objeto de posiciones disímiles en la jurisprudencia constitucional y administrativa e incluso entre las subsecciones del Consejo de Estado. Decisiones en ocasiones formalistas, garantistas en otras, así como también progresistas, no permiten reconstruir claramente líneas jurisprudenciales fiables.

Por otra parte, la reglamentación de la prestación de servicios comprende una paleta normativa que busca limitar la tergiversación de este tipo de contratos en beneficio de las *nóminas paralelas*, como práctica de substitución de los empleos públicos por prestadores de servicios, y las sanciones disciplinarias por entregar a contratistas el ejercicio permanente de funciones administrativas, que implican ejercicio de prerrogativas de poder público, complementadas con la responsabilidad fiscal y personal de los funcionarios.

La jurisprudencia ha puesto de presente también otros aspectos de la esencia del contrato de prestación de servicios, en particular por sus particularidades frente al contrato de consultoría, ejercicio siempre difícil, en el que se ha acudido a una técnica residual para la identificación de esta última, dada la diversidad de ejemplos contenidos en la definición normativa (ley 80 de 1993, art. 32.2).

Sin embargo, pese a su frecuencia y generalizada utilización por parte de las entidades públicas, esta modalidad contractual no ha sido objeto de muchos análisis sistemáticos, por lo que algunas reflexiones sobre una posible síntesis de la evolución conceptual de este tipo de contratos parecen pertinentes, así como la necesidad de pensarlo como instrumento de la gestión pública. Ello es particularmente necesario en una época como la presente, en la que el Estado tiende a substituir la actividad de sus agentes por el vínculo externo con particulares, convertidos contractualmente en colaboradores de la administración para el logro de fines públicos.

I. UN OBJETO POLIVALENTE

A. AMPLITUD DE PRESTACIONES POSIBLES

La primera dificultad al aproximarse al contrato de prestación de servicios es determinar el objeto específico del contrato. Las definiciones legales han reiterado la misma finalidad desde 1976: “desarrollar actividades relacionadas

con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante” (decreto-ley 150 de 1976, art. 138, decreto-ley 222 de 1983, art. 163), fórmula retomada por la ley 80 de 1993, con la expresión “desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”.

No obstante, el objeto así definido es en extremo amplio y comprende tipologías de contratos muy disímiles. En estricto sentido, cualquier contrato estatal tiene por objeto genérico “actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad”. Si el contratista siempre colabora con las entidades en el logro de sus fines (ley 80, art. 3.º) y el contrato tiene como objetivo “el cumplimiento de los fines estatales”, por lo que comprende todas las modalidades existentes y las imaginables que no sean contrarias a los fines determinados en el estatuto contractual y a la buena administración (ley 80 de 1993, art. 40), se impone concluir que cualquier contrato estatal *desarrolla actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad*. El suministro de los bienes corrientes, así como la realización de una obra pública son actividades que están íntimamente relacionadas con la administración. Ni qué decir de la concesión.

Y, sin embargo, a nadie se le ocurriría incluir un contrato de obra dentro de la prestación de servicios. Hemos resaltado ya la dificultad de la distinción entre el contrato de prestación de servicios y la consultoría. Se ha afirmado que, pese a las distintas posibilidades del contrato de consultoría, existe un común denominador, en torno al carácter técnico y especializado de sus posibles objetos, su marcado carácter intelectual o los vínculos con proyectos. Pero el Consejo de Estado ha resaltado que la prestación de servicios puede comprender actividades técnicas y no técnicas, profesionales o administrativas, por lo que se ha visto obligado a enunciar un criterio residual según el cual “todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios”¹. No obstante, la concepción así definida caería en la generalidad extrema de la prestación de servicios que enunciamos, por lo que resultan pertinentes las críticas del consejero MAURICIO FAJARDO, contenidas en el salvamento de voto a esta sentencia, referidas al error de sugerir una relación de género y especie entre los contratos de prestación de servicios y de consultoría, sin tener en cuenta que el mismo Consejo de Estado pone de presente características del “género” que no serían propias de la “especie”: consultoría, como las posibilidades de contratación directa y de inclusión de cláusulas excepcionales.

El contrato de consultoría no es el único ejemplo de la dificultad de concreción. La definición legal genérica del contrato de prestación de servicios podría aplicarse a los convenios interadministrativos. Aunque la ley no los

1. Consejo de Estado. Sección. III. Sentencia 30 de noviembre de 2006, Rad. 30.832.

distingue, es necesario separar conceptualmente los convenios (mecanismo de colaboración entre las partes para la realización de un fin común) de los contratos (instrumento de intercambio de bienes, servicios u obras a cambio de un precio). Por naturaleza, los primeros desarrollan siempre *actividades relacionadas con la administración*, por cuanto esa es su esencia fundamental, como herramienta de colaboración entre las administraciones. Aquí, las particularidades del contrato de prestación de servicios desarrolladas por la jurisprudencia no tienen los mismos alcances y no presentan las mismas dificultades. Por el contrario, cuando la *colaboración* esconde en realidad la gestión de una actividad administrativa confiada a otra entidad, realidad cada vez más frecuente en la gestión administrativa, nuevos problemas aparecen, que no son propios a la aproximación tradicional del contrato de prestación de servicios. En virtud de la naturaleza distinta de las entidades o instituciones contratantes, así como de sus regímenes jurídicos, el régimen original de la actividad *confiada* a otra institución sufre una transformación gracias a una *alquimia* contractual. Es lo que sucede en la gestión de proyectos públicos confiados a entidades regidas por el derecho privado, como los organismos internacionales de cooperación (PNUD y Secab), Fonade (antes de la ley 1150 de 2007, art. 26) o las universidades públicas, procesos mediante los cuales el régimen jurídico público de una obra pública y de su procedimiento de contratación se transforman en régimen privado, en virtud del convenio de gestión del proyecto y de la naturaleza privada del organismo ejecutor del proyecto.

Esta dificultad, apenas puesta de presente en la actualidad, se desdobra en otro tipo de contratos, que podrían calificarse también de prestación de servicios. Para el *desarrollo de actividades relacionadas con la administración*, la administración puede confiar a su contratista la realización de tareas que le son propias, constitutivas de funciones administrativas, lo que plantea el interrogante del límite lícito del objeto contractual. ¿La prestación de servicios puede comprender funciones esenciales de las entidades públicas? Originalmente, el legislador lo había proscrito. El decreto ley 150 de 1976 prescribía claramente que “no podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas” (art. 138). El decreto ley 222 de 1983 introdujo cierta flexibilidad al consagrar la misma prohibición “salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces” (art. 163). Tal vez la dificultad histórica del derecho administrativo para definir de manera fiable la función administrativa hizo que el estatuto de 1983 la definiera, para efectos de la restricción. Así prescribió que “se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, en uno o varios empleos de planta de la entidad contratante”, lo que excluiría cualquier tarea atribuida a cualquier empleo de la entidad, amplitud enorme que dejaría por fuera la mayoría de actividades *relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad*.

Derogada la disposición, el problema se plantea hoy en distintos niveles.

En principio, la definición de la planta de personal y sus distintos empleos determinaría específicamente las actividades que pueden ser objeto del contrato de prestación de servicios. La ley 80 de 1993 prescribe hoy que *éste sólo podrá celebrarse cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta* (art. 32.3). No obstante, la restricción tiene varios matices. Primero, la jurisprudencia administrativa ha considerado que la previsión no genera imposibilidad de contratación de funciones atribuidas a funcionarios de planta. Si bien la Corte Constitucional resalta que sólo en casos excepcionales, previstos en la ley, la función pública puede ser desarrollada por contratistas y no por el personal de planta de la entidad², el Consejo de Estado ha considerado que la restricción legal exige un análisis concreto de la posibilidad de desarrollar la actividad con el personal existente y no acudir a la definición de las funciones. Por consiguiente, puede celebrarse el contrato “en cualquier momento cuando por ejemplo el personal de planta no alcance o sea insuficiente para realizar las funciones, bien sea por circunstancias coyunturales o por necesidad del servicio”³. En este sentido, la reglamentación de la restricción precisa:

se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, [cuando] es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo⁴.

Desde el punto de vista de las funciones confiadas al contratista, la concepción implica una gran amplitud. Las restricciones no sólo estarán determinadas por el tipo de tarea que puede confiarse al contratista, sino también por el hecho de estar superpuesta a una la función confiada ya a un servidor público que, sin embargo, no puede ser cumplida por este último.

En esta misma perspectiva, la restricción legal no excluye la justificación del contrato en razón de las particularidades de la prestación ofrecida por el contratista. El artículo 32.3 comentado complementa así la insuficiencia de la planta de personal con las actividades que *requieran conocimientos espe-*

2. Corte Constitucional. Sentencia C-739/02.

3. Consejo de Estado. Sección. II.C. Sentencia 3 de octubre de 2006, Rad. 11001-03-15-000-2004-01667-00(S).

4. Decreto 2209 de 1998, artículo 1.º, modificatorio del artículo 3.º del decreto 1737 de 1998.

cializados. El Consejo de Estado destaca que aun cuando haya funcionarios de planta suficientes, es lícito “contratar con terceros en eventos particulares que supongan un *trabajo específico*”⁵.

B. LIBERTAD CONTRACTUAL Y FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

En un plano distinto, la restricción legal debe restringirse a los contratos suscritos con personas naturales, como lo establece el artículo. ¿Quiere ello decir que frente a las personas jurídicas sería posible contratar actividades que pueden desarrollarse con personal del planta? El Consejo de Estado lo consideró lícito cuando negó las pretensiones de la asociación de empleados de una empresa de servicios públicos municipal, tendientes a la anulación de la licitación que tenía por objeto contratar la lectura de contadores domiciliarios de los servicios públicos, por cuanto la función era desarrollada específicamente por empleados de la empresa. La Corporación consideró que la decisión de externalizar la actividad constituía una decisión política de la empresa, en aras del buen servicio, extendiendo así la frontera de la autonomía de contratar bajo linderos poco definibles, como se aprecia en su conclusión: “En ese aspecto el cometido es el de facilitar la prestación de los servicios públicos dentro de cierta autonomía que solo conoce lindero en el campo de lo ilícito o de lo inmoral, o dentro de un orden público que a veces resulta vago e inasible”⁶.

La libertad contractual para decidir la contratación de tareas es entonces muy significativa, tanto más en la dinámica contemporánea de buscar la colaboración del sector privado en la realización de tareas públicas. Las políticas públicas en este campo tienden al refuerzo creciente de la participación del sector privado. Hoy vemos así natural el que las entidades públicas contraten sus servicios de aseo y vigilancia, así como mantenimientos varios, que van desde las instalaciones locativas hasta el de sus instrumentos de trabajo y oficina. Y sin embargo, hace tan sólo algunas décadas eran todas funciones asumidas directamente por las entidades, con sus propios agentes.

No obstante, la dinámica de la contratación en la actualidad va más lejos, al admitir la contratación de actividades inherentes a la esencia de las entidades públicas. Volviendo a nuestra pregunta original, la tendencia es entonces expansiva hacia el cumplimiento de funciones administrativas. El Consejo de Estado las ha admitido como naturales, por cuanto “no resulta contrario a la ley el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios”⁷. Más

5. Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 31 de julio de 2008, Rad. 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP)

6. Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 22 de julio de 1996, Exp. 10.780.

7. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 19 de diciembre de 1995, Rad. 9.140.

aún, en otras ocasiones ha considerado que las disposiciones de la ley 80 de 1993 forjan nuevos derroteros que refuerzan la libertad contractual de la administración.

El objeto del contrato de prestación de servicios descrito en el art. 32.3 es desarrollar actividades relacionadas con la ‘administración o funcionamiento de la entidad’. La generalidad de la relación, así como las finalidades generales de la contratación pública del artículo 3.º, comprenden las actividades cotidianas y permanentes de la entidad así como las excepcionales, lo que derogó la antigua restricción de los arts. 2.º del decreto 2400 de 1968 y 7.º del decreto 1950 de 1973 que excluía de estos contratos el desarrollo de funciones públicas de carácter permanente, estableciendo para este evento la obligación de crear los empleos correspondientes⁸.

Por su parte, la Corte Constitucional entendió que

el contrato de prestación de servicios [podrá] tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...*los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley*”⁹.

Sin embargo, la rápida afirmación de la Corte ha sido objeto de precisión, a propósito de un aspecto particularmente sensible: la prestación de servicios relacionada con el recaudo de impuestos. Utilizada por muchos municipios¹⁰, la práctica de la contratación con particulares del recaudo de impuestos se estructura a partir de una remuneración básica y un porcentaje sobre las sumas recaudadas. La Procuraduría General de la Nación consideró inicialmente que los contratos de prestación de servicios correspondientes eran lícitos, siempre y cuando no existiera personal suficiente en la planta de personal del ente territorial que lo suscribe, según la restricción establecida por el artículo 32.3 de la ley 80 de 1993¹¹. Hemos visto sin embargo que la jurisprudencia administrativa considera que la restricción debe analizarse concretamente frente a las limitaciones particulares del servicio y no objetivamente por el hecho de existir cargos con dichas funciones, lo que, en materia de recaudo de impuestos territoriales, naturalmente siempre existe. En realidad, los reproches a la base de las sanciones impuestas por la Procuraduría se estructuran en torno a variadas irregularidades, como el haber suscrito el contrato de largo

8. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 31 de octubre de 2002, Rad. 1420-01.

9. Corte Constitucional. Sentencia C-154/97.

10. Han sido objeto de críticas, e incluso de sanciones, como veremos adelante, los contratos suscritos por los municipios de Pereira, Dos Quebradas, Cali, Barranquilla, Montería y Santa Marta.

11. Procurador General de la Nación, directiva 016 del 6 de septiembre de 2004.

plazo (veinte años) ocho días antes de retirarse del cargo el alcalde municipal o el suscribirlo sin la reserva presupuestal suficiente ni los estudios previos fundamentados para determinar factores de selección objetiva, omitir la justificación sobre el porcentaje de remuneración del contratista o no tener en cuenta la ausencia de capacidad financiera, técnica y administrativa del contratista para desarrollar el objeto del contrato¹², decisiones que incluso han generado sentencias de tribunal, anulatorias de los contratos¹³.

Por su parte, el Consejo de Estado recalificó un contrato de consultoría en uno de prestación de servicios, al considerar que las *actividades* confiadas al contratista consistieron en “asesoría profesional para obtener el pago de deudas en favor de la entidad, lo que constituye la realización de una actividad que, por su naturaleza, usualmente se ejecuta con el personal de planta y con ocasión de la administración y funcionamiento de la misma”. La sección III de la Corporación consideró lícito este contrato, cuyo objeto consistió en la

prestación de servicios profesionales para asesorar y coordinar todas las acciones de carácter administrativo que el MUNICIPIO desarrolle dentro de los procesos de jurisdicción coactiva, contra las entidades generadoras de energía eléctrica, para la consecución del pago del impuesto de industria y comercio y avisos y tableros, con que estas empresas estén gravadas dentro de la jurisdicción municipal...¹⁴.

No obstante, la jurisprudencia ha tenido una evolución significativa, limitando la amplitud de las posibilidades del contrato de prestación de servicios. De manera general, la Corte Constitucional estableció principios que debían respetarse para el desarrollo de la habilitación constitucional a los particulares para “cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley” (CP, art. 110). Con ocasión del análisis de la constitucionalidad del artículo 110 de la ley 489 de 1998, la Corte constata la tendencia a la asunción de funciones administrativas por particulares en la concepción del Estado, mediante la posibilidad de participar en la gestión de asuntos administrativos y la remisión que hace el constituyente al desarrollo de la figura por parte del legislador¹⁵. No obstante, este último debe tener en cuenta ciertos límites constitucionales, inherentes a la participación de los particulares. Así, no

12. Ver <http://www.procuraduria.gov.co>, sección noticias Nos. 059 de 2005; 434 de 2006; 178 de 2007.

13. Tribunal del Valle del Cauca, anulación del contrato entre alcaldía de Cali y Sicali, en <http://www.procuraduria.gov.co>, sección noticias Nos. 013 de 2009; Tribunal del Atlántico, anulación del contrato entre la alcaldía de Barranquilla y Métodos y Sistemas, Idem. Boletín No. 637 de 2008.

14. Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 30 de noviembre de 2006, Rad. 30.832.

15. La Corte cita otras sentencias que han consignado el desarrollo constitucional contemporáneo que auspicia la participación de particulares en las funciones administrativas por medio de diferentes modalidades, en particular contractuales. Sentencias C-166/95; C-316/95.

será posible que las entidades entreguen facultades distintas a las que les son propias, en virtud del principio de legalidad (CP, art. 6.º), y la atribución no puede ser tan general que “reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias”. Además, las funciones administrativas no incluyen las gubernamentales y políticas, que no son atribuibles a los particulares, como tampoco las de contenido legislativo o jurisdiccional o aquellas exclusivas de la autoridad pública, como las relacionadas con la fuerza pública¹⁶. Por su parte, la ley también impone restricciones, como la responsabilidad permanente de las entidades sobre la orientación, vigilancia y control de las funciones confiadas a los particulares y la determinación concreta y precisa de las funciones atribuidas (ley 489 de 1998, arts. 110 y 111). Estos límites a las funciones transferibles a los particulares llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de la habilitación genérica, según la cual sería necesaria una ley expresa que limitara la función confiada al particular¹⁷, así como las prórrogas automáticas de los contratos por los que se confieren las funciones¹⁸.

Con todo, el desarrollo concreto de esta concepción deja un campo de atribución de funciones administrativas muy significativo a los particulares. Las restricciones establecidas por la Corte, desde el punto de vista material, se limitan a aquellas de la esencia de la autoridad del Estado, expresadas en ejemplos extremos (fuerza pública, determinación de políticas públicas, funciones gubernamentales...), sin que ello signifique una prohibición de toda función que implique autoridad.

En el asunto sensible de impuestos, las sanciones reseñadas auspiciaron la presentación de dos proyectos de ley prohibiendo entregar a particulares el recaudo y gestión de tributos¹⁹, con fundamento en una sentencia de la sección IV del Consejo de Estado, según la cual “la legislación tributaria no prevé la posibilidad de delegar en particulares la facultad de fiscalización y determinación de los tributos, y como se sabe, el funcionario público solo puede hacer

16. Corte Constitucional. Sentencia C-020/96.

17. Corte Constitucional. Sentencia C-866/99, inexecutable de la parte tachada. L-489/98, art. 110. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones:...

18. Corte Constitucional. Sentencia C-702/99, inexecutable de la expresión tachada. L-489/98, art. 111. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS PARA CONFERIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

...

2. La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años prorrogables y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:...

19. Proyectos 287 de 2006 y 105 de 2007, presentados ante la Cámara de Representantes por el Gobierno y los parlamentarios ORLANDO MONTOYA y CARLOS ALBERTO ZULUAGA, ÓSCAR DARÍO PÉREZ, GABRIEL ZAPATA, RUBEN DARÍO QUINTERO y OMAR YEPES ALZATE, respectivamente.

aquello que la Constitución y la ley le autoricen...”²⁰. Pero, en realidad, la restricción establecida por la jurisprudencia es menos general que la concepción de las iniciativas legislativas. En efecto, el alto tribunal reprochó en este caso el que un municipio hubiese determinado el impuesto de industria y comercio de un contribuyente, sobre la base de la información suministrada por una firma auditora contratada para este efecto. La sentencia pone de presente que los artículos 560 y 688 del Estatuto tributario establecen la competencia del jefe de la unidad de fiscalización de la administración tributaria para proferir los actos de trámite en los procesos de determinación de impuestos, sin prever disposición alguna que autorice la delegación en particulares.

Por consiguiente, lo que el Consejo de Estado considera irregular no es contratar cualquier actividad relacionada con la gestión de impuestos, sino la de fiscalización y determinación de los mismos. En el mismo sentido, y citando esta sentencia, la sección III de la Corporación consideró “que la determinación y la fiscalización tributaria atañen al fuero exclusivo del Estado, y no pueden ser atribuidas a particulares en tanto las disposiciones legales, en concordancia con las constitucionales, no lo autoricen”²¹. No obstante, el mismo fallo admite que sería posible la contratación de otras actividades administrativas relacionadas con la gestión. “La atribución de las labores relacionadas con el cobro coactivo no está autorizada por ninguna norma tributaria consultada, no obstante, esta constatación no es suficiente para que la Sala concluya que una contratación con este objeto es ilegal”. Los distintos pasos del cobro coactivo comprenden actividades de preparación o de proyección de documentos que podrían ser contratados, lo que no sucede con los actos propiamente dichos, como la expedición del mandamiento de pago, el decreto de embargo, la notificación, la decisión sobre excepciones etc., frente a los cuales el Consejo de Estado “considera que constituyen una función exclusiva de la administración en ejercicio de sus poderes soberanos de cobro coactivo, y como tal no puede ser atribuida a particulares”²².

En el fondo, esta decisión estaría limitando de manera significativa las restricciones establecidas por la sentencia de la sección IV por cuanto, en realidad, en el caso juzgado, las actividades confiadas al contratista no fueron las de *determinación y fiscalización tributaria*, sino la de suministro de la información necesaria para adoptar estas decisiones administrativas, tareas que podrían calificarse de *instrumentales* y no de ejercicio de la competencia que se considera reservada. Más aún, las consideraciones del Consejo de

20. Consejo de Estado. Sección IV. Sentencia 22 de septiembre de 2004, Rad. 13.255.

21. Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 17 de mayo de 2007, Rad. 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP).

22. El Consejo de Estado cita la sentencia C-776/03, en la que la Corte declaró la exequibilidad de la facultad dada a los particulares por el artículo 8.º de la ley 788 de 2002 (modificatorio del artículo 840 del Estatuto tributario) de efectuar el remate de los bienes sujetos al proceso de cobro coactivo, considerando que la función de los particulares en este caso es meramente instrumental y se limita a ejecutar las actuaciones ordenadas por el órgano público competente.

Estado permiten preguntarse por qué considera intransferible la función de *determinación y fiscalización tributaria*. En realidad, el fallo de la sección IV se fundamenta tan solo en que ellas fueron atribuidas por la legislación tributaria a la unidad de fiscalización de la entidad. Pero ello, por sí solo, no se traduce en la prohibición de confiarla a los particulares. Naturalmente, toda función delegada a los particulares debe estar atribuida a la entidad delegante, como nos explicaba la Corte Constitucional.

Estas observaciones ponen de presente que el límite concreto de las funciones contratables no surgirá, en la mayoría de casos, de restricciones legales expresas, sino de la evolución jurisprudencial que vaya definiendo aquellas que, por su naturaleza, constituyen competencias esenciales e indelegables del Estado. La tarea, sin duda, no será fácil.

Por una parte, debido a la dificultad de establecer la frontera entre lo instrumental contratable y lo esencial intransferible de la competencia. ¿Hasta qué punto es meramente instrumental la *instrucción de un procedimiento* cuando comprende la base fundamental de la decisión administrativa? En este sentido, ¿hasta donde podrá ir el objeto de los contratos que pueden suscribir los organismos de tránsito “con el fin de dar aplicación a los principios de celeridad y eficiencia en el cobro de las multas” (Código de tránsito, ley 769 de 2002, art. 135, par. 2.º) o incluso para el recaudo mismo de las multas (*Idem.*, art. 136)? El Código incluso prevé que

las autoridades de tránsito podrán delegar en entidades privadas el aporte de pruebas de infracciones de tránsito, el recaudo de las multas correspondientes, la tramitación de especies venales y todos los trámites previstos en las normas legales y reglamentarias, salvo la valoración de dichas pruebas (art. 7.º).

Por otra parte, el estado actual de nuestra jurisprudencia no permite tener una caracterización suficientemente segura de lo que es una función administrativa. Esta noción, objeto de las más grandes controversias del derecho administrativo, ha sido objeto de variadas acepciones jurisprudenciales en los últimos tiempos. La Corte Constitucional la ha asimilado implícitamente a un género en el que cabrían múltiples manifestaciones. En este sentido, la sentencia C-866/99 citada es particularmente significativa por referirse al desarrollo legal del precepto constitucional que permite a los particulares *cumplir funciones administrativas*. Para la determinación del alcance de estas funciones la Corte acude indistintamente a las previsiones constitucionales sobre función administrativa, función pública y servicios públicos. Pero en otras ocasiones, otorga un sentido amplio no a la función administrativa, sino a la función pública, explicando que ella “atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público,

de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”²³.

Por su parte, el Consejo de Estado ha utilizado la función administrativa como criterio de atracción para asumir la competencia de contratos sujetos al derecho privado, al considerar que son suscritos por entidades públicas que cumplen *misiones públicas*, como las universidades públicas²⁴ o las empresas sociales del Estado²⁵. No obstante, en muchos casos la jurisprudencia ha tenido una visión restrictiva de la función administrativa, al calificarla como especie del género función pública, que identifica con el “ejercicio de potestades inherentes al Estado”, por lo que concluye que tan sólo algunas actividades de la prestación de servicios públicos constituyen función pública²⁶. Esta decisión fue precedida de la muy conocida sentencia C-037/03, en la que la Corte analiza la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias a los contratistas. Citando numerosas decisiones previas referidas indistintamente a funciones administrativas como a funciones públicas, la Corte *observa* “que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 CP) especie dentro del género función pública”, para concluir que “la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”.

No obstante, esta consideración genérica de la función pública fue restringida luego por la Corte, al distinguirla de los servicios públicos. “El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”²⁷.

Independientemente de la crítica que pueda hacerse a esta argumentación por saltos, que lleva a conclusiones sorprendidas, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado considera hoy que la función administrativa, especie de la función pública, lleva consigo el ejercicio de poderes o prerrogativas públicas. En cuanto a los contratos que confieren a los particulares el ejercicio de funciones administrativas, la concepción impone concluir que el particular contratista estará siempre investido del ejercicio de poderes públicos. Por consiguiente, la definición del límite de las tareas transferibles a los particulares no podrá ser *el ejercicio de autoridad*

23. Corte Constitucional. Sentencia C-563/98.

24. Consejo de Estado. Sección III. Sentencias 20 de agosto de 1998, Exp. 14.202; 8 de febrero de 2001, Exp. 16.661; y 7 de octubre de 1999, Exp. 12.387.

25. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 20 agosto de 1998, Rad. 1.127; Sección III, auto 5 de abril de 2001, Exp. 17.784; Sentencias 26 de febrero de 2004, Exp. 25.240; y 14 de abril de 2005, Exp. 24.901.

26. Consejo de Estado. Sección III, auto 17 de febrero de 2005, Exp. 27.673.

27. Corte Constitucional. Sentencia C-037/03.

inherente al Estado, por cuanto ello será de la esencia de estos contratos. La jurisprudencia tendrá entonces que desarrollar la difícil tarea de establecer cuáles de esas *potestades públicas* son intransferibles a los particulares.

Mientras tanto, frente al contrato de prestación de servicios, el Consejo de Estado ha hecho precisiones significativas, con ocasión de los contratos para la gestión de impuestos. Citando un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil²⁸, la sección III de la Corporación resalta que el ejercicio de funciones públicas por los particulares, regulado por la ley 489 de 1998 (art. 110 y ss.), se realiza mediante un contrato que debe entenderse como tipo especial de concesión y que “se caracteriza porque tiene efectos hacia terceros, que son los destinatarios de la función pública atribuida al contratista particular”. Sobre esta base, el alto tribunal considera que la atribución de funciones administrativas al contratista debe pasar por este contrato y no por el de prestación de servicios, restringido a las *actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad* como las define la ley 80, artículo 32.3, pero no para el cumplimiento propiamente dicho de funciones administrativas por particulares²⁹. El Consejo de Estado concluye que

la naturaleza del contrato de prestación de servicios, vista desde la óptica de la contratación estatal y de los orígenes e historia de la figura contractual, no permite una interpretación e integración de contenido y efectos que llegue hasta la asunción de funciones administrativas propias de la entidad estatal por parte del contratista, ni a la representación de la misma frente a terceros, sin haberse dado cumplimiento a las prescripciones legales de índole imperativo, en este caso la ley 489 de 1998³⁰.

Esta ley reglamenta el contenido del acto administrativo previo, de viabilidad de la delegación, el contenido del pliego de condiciones y la convocatoria pública bajo los principios del estatuto de contratación, el contenido del contrato, incluidas las cláusulas excepcionales y los mecanismos de control (arts. 110 y 111).

La caracterización del objeto polivalente del contrato de prestación de servicios por los distintos factores expuestos se complementa con las restricciones importantes de carácter personal, referidas al contratista mismo.

28. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Conc. 4 de noviembre de 2004, Exp. 1.592.

29. Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 17 de mayo de 2007, citado. En igual sentido, Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Conc. 4 de noviembre de 2004, citado.

30. Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 17 de mayo de 2007, citado.

II. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CONTRATO REALIDAD

Cuando el contrato de prestación de servicios es ejecutado por una persona natural y no una jurídica, su delimitación contiene particularidades importantes referidas tanto a las tareas confiadas al contratista como a la naturaleza de la relación que se crea con la administración contratante.

Las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral han sido caracterizadas de manera reiterada por la jurisprudencia. De los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo, esto es: la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador, los dos primeros son comunes al contrato de prestación de servicios, cuando el contratista es una persona natural. Por el contrario, el tercer elemento, la subordinación, constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación. El contratista de prestación de servicios ejecuta las tareas a él confiadas con la autonomía propia de un empresario o de un profesional independiente. Una jurisprudencia amplia y unánime confirma la importancia esencial del elemento característico, encabezada por la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad de la definición del contrato de prestación de servicios, contenida en la ley 80 de 1993 (art. 32.3)³¹, secundada por numerosas providencias del Consejo de Estado³².

A este elemento distintivo esencial podría agregarse otro igualmente resaltado de manera reiterada por la jurisprudencia: la temporalidad. Estos contratos se celebran, como lo prescribe el artículo 32.3 de la ley 80 de 1993, “por el tiempo estrictamente necesario”. “Por regla general la función pública se presta por parte del personal de planta perteneciente a una entidad estatal, nos recuerda la Corte Constitucional, y sólo de manera excepcional y en los casos previstos en la ley, aquélla puede ser desarrollada por personas que se vinculan a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios”³³.

Este par de condiciones evidentes contienen en realidad dificultades muy significativas para su concreción, tanto del carácter excepcional de recurrir a la figura, como de la calificación específica de la relación subordinada.

31. Corte Constitucional. Sentencia C-154/97.

32. Ver algunos ejemplos recientes: Consejo de Estado, Sección III. Sentencias 3 de diciembre de 2007, Rad. 24.715; 25.206; 25.409; 24.524; 27.834; 25.410; 26.105; 28.244; 31.447; Sección II.A. Sentencias 19 de enero de 2006, Rad. 2.579-05 y 7 de septiembre de 2006, Rad. 9.358-05; Sección II.B. Sentencias 31 de octubre de 2002, Rad. 1.420-01; 30 marzo de 2006, Rad. 4.669-04; y 23 de febrero de 2006, Rad. 3.648-05.

33. Corte Constitucional. Sentencia C-739/02.

A. CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL CONTRATO

Como vimos, la ley restringe la posibilidad del contrato con personas naturales exigiendo que las actividades confiadas al contratista *no puedan realizarse con personal de planta*. Al análisis concreto de la deficiencia de personal interno de la entidad, expuesto en ese momento, se superpone el que la administración no puede crear la necesidad de acudir a contratistas externos, mediante la reducción artificial de su planta de personal. Las políticas públicas de reducción del tamaño del Estado, implementadas con fuerza a partir de los años noventa, se vieron acompañadas de disposiciones que prohíben expresamente remplazar los servidores públicos por contratistas, creando lo que se conoce popularmente como las nóminas paralelas.

Así, el artículo 17 de la ley 790 de 2002 ordena a las entidades nacionales tener “los cargos necesarios para su funcionamiento”, lo que significa no promover la necesidad de acudir a contratistas para cumplir con sus fines. La previsión es reforzada con la prohibición expresa de “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”, reiteración de la restricción elemental de los contratos de prestación de servicios, consagrada en todas sus definiciones legales. En fin, el párrafo del artículo recalca la lógica de suficiencia del personal administrativo al prohibir “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”. El Consejo de Estado recuerda esta ley, así como la previsión del decreto 2400 de 1968, según el cual: “para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones” (art. 2.º)³⁴. “Es, por tanto, el Estado el que infringe el ordenamiento jurídico al contratar por ese medio los servicios de personal, concluye el alto tribunal, precavido los requisitos de la existencia del cargo en la planta de personal, del presupuesto, el acto administrativo de nombramiento y la posesión, convirtiendo todo ello en una simple práctica”³⁵. Prácticas drásticamente sancionadas, por

34. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 19 de marzo de 1999, Rad. 17.080: “Es claro para la Sala que la actora fue vinculada mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro de la administración; en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente. [...] Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”.

35. Consejo de Estado. Sección II.A. Sentencia 17 de abril de 2008, Rad. 2776-05. Ante esta expresa normativa y consideraciones, parece injustificada la siguiente apreciación aislada de la misma corporación: “El contrato de prestación de servicio puede reemplazar los cargos suprimidos o desarrollar funciones nuevas de la entidad, no atribuidas a la planta de personal, siempre y cuando no se den los elementos del contrato de trabajo: subordinación, habitualidad de la labor, prestación personal del servicio, facultad de subordinar (ejercicio de autoridad administrativa o facultad de decidir)”. Consejo Estado. Sección II.B., 31 de octubre de 2002, Rad. 1420-01.

cuanto el Código único disciplinario eleva a falta gravísima la celebración de contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales (ley 734 de 2002, art. 48.29).

Pero el carácter excepcional del contrato de prestación de servicios tiene otro sentido, al establecerse que ciertas funciones, inherentes a las misiones esenciales de las entidades públicas, no pueden ser confiadas individualmente³⁶ a personas externas, por cuanto su desarrollo específico impone una labor estructuralmente subordinada, indispensable para el buen funcionamiento del servicio. Es así como el Consejo de Estado ha encontrado irregulares los contratos de médicos de hospitales públicos:

Aunque no existe la prueba de la existencia del empleo, cuyas funciones debió cumplir la contratista, no es menos cierto que éste debía estar previsto en la planta de la entidad dada la permanencia de esa labor y la confianza y seguridad con que se debía realizar tal cometido. [...] La labor de “médico” es de la esencia de la entidad para cumplir el cometido de la misma, además esa labor se cumple con personal de confianza dada la naturaleza de esa labor³⁷.

En sentido similar, la corporación encuentra que ciertas tareas deben necesariamente ser adelantadas por empleados públicos:

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria puede vincular personas mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios, sólo para adelantar actividades relacionadas con los procedimientos administrativos de adjudicación de tierras baldías de la Nación, reglamentados por el decreto 2664 de 1994, modificado por el decreto 982 de 1996, pero no para adelantar el procedimiento en sí mismo, porque éste debe ser atendido por empleados públicos del mencionado Instituto³⁸.

Con la misma lógica, el Consejo de Estado consideró irregular la contratación de una jefe de presupuesto en un municipio, por desempeñar funciones propias de la administración³⁹. En el caso de los maestros, la Corte Constitucional

36. Hemos visto que la situación es distinta cuando se quiere externalizar la tarea misma por medio de empresas. Supra. Caso de la contratación de la lectura de contadores domiciliarios de servicios públicos.

37. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 16 de febrero de 2005, Rad. 3130-04. En igual sentido, sentencia 18 de mayo de 2006, Rad. 1553-2005, referida al caso de una jefe de enfermería y coordinadora asistencial y de control de calidad de los servicios, contratada repetidamente por el centro docente e investigativo en salud de un hospital universitario.

38. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia 2 de diciembre de 1996, Rad. 921.

39. Consejo de Estado. Sección II B. Sentencia 23 de junio de 2005, Rad. 245-03.

declaró la inexequibilidad del artículo 73 de la ley 30 de 1992, que permitía a las instituciones públicas de educación superior vincular por contrato de prestación de servicios a los profesores por hora cátedra, por cuanto, al igual que los docentes de tiempo completo o medio tiempo, cumplen su misión con continua y notoria subordinación, lo que hace inexplicable un trato desigual⁴⁰.

El análisis más significativo en los contratos de maestros es el realizado con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad del parágrafo 1.º del artículo 6.º de la ley 60 de 1993, que previó la incorporación progresiva (en un plazo menor a seis años) de los docentes temporales vinculados por contrato de prestación de servicios a los municipios y departamentos. La Corte consideró que el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad no permitían un tratamiento discriminatorio para los docentes contractuales, frente a sus homólogos vinculados laboralmente, y desechó tajantemente los argumentos presupuestales justificativos del régimen de transición⁴¹, aunque la medida buscara remediar una situación dramática originada en la congelación de nominaciones por parte del Ministerio de Educación Nacional en los años noventa. En efecto, el primer censo del sector educativo de 1991 mostraba que de un total de 243.393 empleados, 21.920 eran contratistas. Por su parte, el Consejo de Estado ha puesto de presente el régimen legal de la “prestación de servicios” de los maestros, que impone un desempeño estrictamente subordinado, lo que ha generalizado las sentencias que descalifican los contratos de prestación de servicios⁴².

En fin, el carácter excepcional se ha visto reforzado con la expedición de la ley 909 de 2004, sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, por cuanto previó en su artículo 21 la figura de los empleos temporales con el fin de atender necesidades habitualmente cubiertas por contratistas de prestación de servicios. Resultan procedentes los empleos de carácter temporal o transitorio en las plantas de personal, cuando quiera que se presenten las siguientes necesidades:

40. Corte Constitucional. Sentencia C-006/96. Posteriormente, la Corte también declaró inexequible el artículo 107 de la misma ley, que autorizaba los contratos de prestación de servicios en establecimientos privados. Sentencia C-517/99.

41. Corte Constitucional. Sentencia C-555/94.

42. Consejo de Estado. Sección II. Sala Plena. Sentencias 15 de junio de 2006, Rad. 4286-05; 22 de agosto de 2002, Rad. 2972-01; 15 de junio de 2006, Rad. 0249-05; Sección II.A. Sentencias 14 de septiembre de 2000, Rad. 475-00; 19 de enero de 2006, Rad. 2579-05; 6 de marzo de 2008, Rad. 2152-06; 26 de julio de 2007, Rad. 4198-03; 7 de septiembre de 2006, Rad. 9358-05; 28 de febrero de 2008, Rad. 0868-07; 14 de agosto de 2008, Rad. 0157-08; Sección II.B. Sentencias 22 de abril de 1999, Rad. 3068-98; 7 de 2007 23 de febrero de 2006, Rad. 3648-05; 2 de marzo de 2006, Rad. 4055-05; 30 marzo de 2006, Rad. 4669-04; 25 de mayo de 2006, Rad. 2625-05; 15 de junio de 2006, Rad. 2603-05; 19 de octubre de 2006, Rad. 2826-04; 19 de julio de 2007, Rad. 1713-06; 27 de marzo de 2008, Rad. 3675-02; y Sección III. Sentencia 1 de noviembre de 1994, Rad. 7960.

- a. Cumplir funciones que no realiza el personal de planta *por no formar parte de las actividades permanentes de la administración*;
- b. Desarrollar programas o proyectos de *duración determinada*;
- c. Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada *por hechos excepcionales*;
- d. Desarrollar labores de *consultoría y asesoría* institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución (*itálicas fuera del texto original, resaltadas por el Consejo de Estado*)⁴³.

El mismo artículo prevé motivar técnicamente la creación de estos empleos y adoptar las medidas presupuestales necesarias para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales correspondientes, así como la utilización de las listas de elegibles destinadas a la provisión de empleos permanentes.

Las entidades podrían abstenerse de contemplar estos empleos para justificar el acudir a la contratación de servicios, pero esta burla al propósito de la ley deberá ser controlada por la jurisprudencia administrativa, que ya ha mencionado en varias ocasiones el texto⁴⁴, apoyándose en indicios de desviación de poder al suscribir contratos de prestación de servicios cuando las sobrecargas de trabajo sean reiteradas y regulares en ciertos periodos del año o la atención de proyectos, normalmente previsibles, permitan prever la necesidad de crear empleos transitorios.

B. LA SUBORDINACIÓN DEL CONTRATISTA

La subordinación a la administración, que desnaturaliza el contrato de prestación de servicios, revela una relación de tipo laboral. Una vez más, la constatación elemental contiene sin embargo dificultades significativas en sus consecuencias jurídicas. La prueba de la realidad se establece a partir de indicios, cuyo análisis integral brilla por su ausencia en muchas decisiones de la jurisprudencia administrativa. El peso del contrato realidad, elevado hoy a rango constitucional, debería tener consecuencias sobre la prueba de la relación, así como sobre el alcance de la responsabilidad, e incluso sobre la acción para reclamarla.

43. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencias 29 de julio de 2005, Rad. 5212-03; 16 de febrero de 2005, Rad. 3130-04; y 6 de octubre de 2005, Rad. 1981-05.

44. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencias 16 de febrero de 2005, Rad. 3130-04; 28 de julio de 2005, Rad. 5213-03; y 6 de octubre de 2005, Rad. 1981-05.

1. PRUEBA DE LA SUBORDINACIÓN

En muchas ocasiones la jurisdicción administrativa encuentra probada la subordinación que deslegitima el contrato de prestación de servicios, acudiendo a variados indicios como la existencia de horario de trabajo, la asignación de turnos en planillas, las labores supervisadas por un superior, los memorandos de amonestación, el trato similar dado a los funcionarios que cumplen las mismas tareas, la obligación de reportar a superiores el desarrollo de la actividad o el reconocimiento de viáticos...⁴⁵ Cada factor, individualmente considerado, no es suficiente, pero la presencia de varios refuerza los indicios. En cuanto al tiempo de servicio, tampoco es determinante individualmente, pero sí es significativo cuando se prueba con otros factores. Así, el Consejo de Estado ha encontrado que hay subordinación en los contratos de un regulador de tránsito vinculado a una secretaría de transporte y tránsito municipal por dos años y nueve meses⁴⁶, conductores de ambulancia con cuatro contratos durante algo más de un año de servicio⁴⁷, un celador que laboró por dos años, mediando seis contratos⁴⁸ o la jefe de presupuesto de un municipio⁴⁹.

Por el contrario, en otras ocasiones, el material probatorio no revela indicios de subordinación, y el tipo de actividad sugiere autonomía, como las labores de capacitación y estudios para una entidad⁵⁰. El Consejo de Estado

45. En este sentido, la recomendación sobre la relación de trabajo 2006 de la Organización Internacional del Trabajo, establece la determinación de la existencia de una relación de trabajo, mediante indicios de común ocurrencia (Num. II)

...

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

46. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 14 de agosto de 2003, Rad. 4470-01.

47. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencias 10 de noviembre de 2005, Rad. 2035-05; y 7 de abril de 2005, Rad. 1199-04.

48. Consejo de Estado. Sección II.A. Sentencia 7 de septiembre de 2006, Rad. 7979-05. "Advierte la Sala que si una persona, presta servicios como vigilante por varios años resulta inadmisibles afirmar que realiza actividades temporales e independientes".

49. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 23 de junio de 2005, Rad. 245-03.

50. Consejo de Estado. Sección II.A. Sentencia 21 de marzo de 2002, Rad. 2201-01.

ha considerado que la existencia de un horario puede no ser determinante, por cuanto en ocasiones tan sólo constituyen *una concertación entre las partes para desarrollar el objeto del contrato*⁵¹. Pero lo más significativo, aún en la jurisprudencia reciente de la Corporación, es el peso de una drástica sentencia de Sala Plena de 2003 referida a la relación contractual prolongada por varios años, entre una señora y una dirección seccional de administración judicial, cuyo objeto fue la prestación de los servicios de aseo y cafetería en las oficinas de los juzgados municipales. El Consejo de Estado calificó el vínculo de prestación de servicios, al considerar que el contrato era lícito, por estar previsto en la ley 80 de 1983 (art. 32.3) y comprender labores que no estaban desarrolladas en los cargos previstos por la planta de personal de la entidad. Además, las labores de aseo y cafetería no estaban cumplidas bajo órdenes subordinantes de la entidad, sino de conformidad con las estipulaciones contractuales, cuyo cumplimiento era objeto de *coordinación* y de *interventoría*, tareas inherentes a cualquier contrato estatal. En fin, la contratista no podía pretender la calificación de su situación como funcionaria pública, por cuanto esta condición se deriva de una relación legal y reglamentaria, lo que impone el cumplimiento de requisitos previos, como son la existencia del cargo, calidades particulares, nombramiento y previsión presupuestal⁵².

El insólito tratamiento de la modesta señora, elevada por la sentencia a la condición de *empresaria del aseo*, generó diez salvamentos de voto y una aclaración, pero la Sala adoptó la ponencia y el peso de la sentencia de Sala Plena se siente desde entonces, pese a las recientes evoluciones de las subsecciones laborales de la Corporación. En ocasiones la sección II se limita a recordar la jurisprudencia de Sala Plena, realizando un análisis formal de la situación.

Frente a once contratos sucesivos durante cuatro años, para el desarrollo de funciones de abogado en el departamento de ejecuciones fiscales de la tesorería de rentas municipales, cumpliendo funciones y bajo modalidades iguales a las de otros abogados, empleados públicos, la Sala se limitó a observar que “como no resulta contrario a la ley el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios, es elemental que no existe motivo de nulidad respecto del acto acusado”⁵³. En un caso de servicios prestados por un instructor de educación física y deportes, entrenador, monitor de una escuela de formación deportiva de fútbol durante diez años y cinco meses, mediante sucesivos contratos y órdenes verbales o escritas de trabajo, con un horario establecido de ocho

51. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 19 de febrero de 2004, Exp.0099-03. En el mismo sentido, Sección II.A. Sentencia 30 de noviembre de 2006, Rad. 6507-05.

52. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-039.

53. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 19 de diciembre de 1995, Rad. 9140.

horas diarias, el Consejo de Estado ratificó la calificación de prestación de servicios porque así lo expresó el texto del contrato:

No hay duda para la Sala que la vinculación que tuvo el actor con la entidad municipal se halle por fuera de los lineamientos propios de la relación laboral, pues los términos en que quedó pactada expresamente por ambas partes en los respectivos contratos, excluyen cualquier tipo de vinculación laboral⁵⁴.

En otra oportunidad, la Corporación consideró que el cargo de celador era constitutivo de prestación de servicios, por cuanto no obraba en el proceso “prueba sobre la *existencia del empleo de celador* en la planta de personal de la entidad demandada”⁵⁵. En la misma línea, estimó que la corporación autónoma regional contratante tan solo ejerció funciones de coordinación frente a su contratista, encargado de la promoción ambiental, el control de contaminación hídrica y apoyo a la subdirección de normalización, calidad ambiental y atención al público, ejercidos durante cuatro años y medio⁵⁶. Un auxiliar de servicios generales vinculado por seis años y medio, cuyas tareas eran la limpieza de vidrios de la entidad, labores de mantenimiento varias, aseo y electricidad, con horario, uniforme y vínculo laboral precedente para las mismas funciones, fue considerado contratista de servicios, por cuanto la sentencia de la Sala Plena “indicó que el trabajo desempeñado por los contratistas de aseo no se podría considerar como generador de una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, no de subordinación”⁵⁷. Incluso en los contratos de docentes, particularmente protegidos por las consideraciones de la Corte Constitucional que hemos visto, han visto ratificada su calificación de prestación de servicios⁵⁸.

La sección segunda tiende a banalizar los periodos significativos de vínculo contractual, descartando la subordinación, que encuentra reemplazada por relaciones de *coordinación* para el logro del contrato, coordinación poco verosímil, en consideración del tipo de tareas, como sucede en los casos de un docente de dibujo técnico, vinculado a un instituto distrital por varios contratos durante catorce meses⁵⁹, un celador, contratista municipal mediante seis contratos en un lapso de quince meses⁶⁰, una terapeuta de lenguaje vinculada por diez años de contratos⁶¹, un auxiliar de archivo y correspondencia, vinculado

54. Consejo de Estado. Sección II.A. Sentencia 27 de noviembre de 2003, Rad. 5719-02.

55. Consejo de Estado. Sección II.A. Sentencia 6 de octubre de 2005, Rad. 1981-05.

56. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 19 de mayo de 2005, Rad. 4495-2002.

57. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 5 de mayo de 2005, Rad. 3731-03.

58. Consejo de Estado. Sección II.A. Sentencias 13 de mayo de 2004, Rad. 2969-02; 13 de mayo de 2004, Rad. 2903-02; 29 de abril de 2004, Rad. 3541-03; 12 de febrero de 2004, Rad. 3082-02.

59. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 19 de octubre de 2006, Rad. 2826-04.

60. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 4 de mayo de 2006, Rad. 5297-05.

61. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 22 de junio de 2006, Rad. 1022-05.

por seis órdenes de trabajo durante cinco años y medio a Caprecom⁶², un operador de equipos de fotocopiado y servicios generales de correspondencia, según tareas asignadas por el director de Foncolpuertos (quince contratos en cuatro años)⁶³, una odontóloga rural vinculada laboralmente a un municipio por cuatro años y luego por veinticuatro órdenes de trabajo por un periodo de cuatro años⁶⁴, o una auxiliar de enfermería vinculada por siete contratos durante tres años y seis meses⁶⁵.

La jurisprudencia exige así una actividad probatoria determinante, por parte del contratista demandante, quien tiene la carga de la prueba para establecer la subordinación. El Consejo de Estado expresa esta esencial carga como la obligación de probar *fehacientemente*, en forma *incontrovertible e inocultable* las situaciones alegadas⁶⁶.

Sin embargo, cabe preguntarse sobre el peso real de esta carga, ante los valores constitucionales que ha expuesto la Corte, en especial la protección particular al trabajo y el principio del contrato realidad.

2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

La Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional la regla tradicional de derecho laboral, al calificar como principio fundamental la “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (CP, art. 53). Entre los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el principio, tiene particular importancia en la materia que tratamos la sentencia C-555/94, que ya hemos referido con ocasión de la inexecutable de la norma que estableció la posibilidad transitoria de los contratos de prestación de servicios con docentes temporales. La Corte explica que el principio constitucional de primacía de la realidad impone calificar la calidad de trabajador al servicio del Estado, cuando quiera que se den las tres condiciones esenciales de la relación laboral. No obstante, el juez constitucional resalta que esta realidad no puede otorgarle al contratista “el *status* de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario”, por cuanto ello violaría otros principios constitucionales esenciales sobre la organización de la función pública, en particular la necesidad de atribución

62. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 5 de octubre de 2006, Rad. 1505-04.

63. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 19 de abril de 2007, Rad. 4309-04.

64. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 20 de septiembre de 1997, Rad. 4107-04.

65. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 19 de julio de 2007, Rad. 0085-04. En situación similar. Sentencia 28 de julio de 2005, Rad. 5212-03.

66. Consejo de Estado. Sección II.S.P. Sentencia 15 de junio de 2006, Rad. 4286-05; Sección II.A. Sentencias 19 de enero de 2006, Rad. 2579-05; 15 de junio de 2006, Rad. 0249-05; 7 de septiembre de 2006, Rad. 9358-05; 14 de agosto de 2008, Rad. 0157-08; 22 de junio de 2006, Rad. 1022-05; Sección II.B. Sentencia 19 de abril de 2007, Rad. 4309-04; 19 de agosto de 2004, Rad. 3673-02; 28 de noviembre de 2002, Rad. 0804-02; 19 de mayo de 2005, Rad. 4495-2002.

previa, constitucional y legal, de funciones ejercidas por las autoridades (art. 121), las funciones detalladas en ley o reglamento de todo empleo público (art. 124), la necesidad de contemplar los empleos en las plantas de personal y sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (arts. 122; 189.14, 305.7 y 315.7), además de la particular relación de los empleados públicos con el Estado, surgida no del acuerdo entre las partes sino del régimen legal y reglamentario que se impone a ellas (arts. 150.19-e; 300.7 y 313.6). Con todo, la Corte encuentra una solución de equilibrio, ponderando los distintos principios constitucionales. La obligación constitucional de reconocer la efectividad de la relación de trabajo impone declarar la existencia de los derechos del *trabajador* que de ella se derivan, sin que ello signifique declarar jurídicamente la existencia de la calidad de *empleado público*. La flexibilidad de la solución responde a la observación señalada en otra sentencia, en la que la Corte recuerda que “la vigencia efectiva de estos derechos exige la eliminación de mecanismos y procedimientos que en la práctica tiendan a convertirlos en teorías abstractas e inaplicables”⁶⁷.

La consagración constitucional del principio permite preguntarse sobre la calificación de la actividad probatoria de las partes y de los poderes/deberes del juez de la causa. Hemos resaltado que la jurisprudencia del Consejo de Estado es particularmente rigurosa frente a la actividad probatoria del contratista demandante, quien debe mostrar *fehacientemente, sin sombra de duda*, la relación de subordinación, esencial para establecer la realidad de la relación laboral. Pero, tal vez, la exigencia es injustificada...

El artículo 24 del Código de trabajo materializa el principio constitucional de realidad, a partir de la presunción según la cuál “toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. De ella se desprende la actividad probatoria necesaria de los empleadores para poder desvirtuarla, estableciendo el carácter autónomo de la labor realizada por quien desarrolla un trabajo personal, lo que estructura un contrato de prestación de servicios.

No obstante, [establece el segundo inciso del artículo] quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley [esto es, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador] y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada.

La Corte Constitucional declaró la inexecutable de este inciso, en atención a la particular protección que la Carta de 1991 dio al trabajo, al definir que

67. Corte Constitucional. Sentencia T-286/94.

“es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (art. 25). Además, la Carta consagró “la igualdad de oportunidades para los trabajadores”, y “la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (art. 53). Estas particulares protecciones, sumadas al principio de igualdad ante la ley (art. 13) hacen inconstitucional el tratamiento diferenciado a las personas que habitualmente presten sus servicios de manera autónoma:

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario.

El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 CP.), quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

La Corte no reprocha entonces al artículo el dar un tratamiento de contratista a estos trabajadores, lo que no establece la norma, sino el que tenga que ser el trabajador quien deba demostrar la relación de subordinación. La inversión de la presunción general crea una situación *inequitativa y discriminatoria* frente a otras relaciones de trabajo personal, concluye el alto tribunal.

La jurisdicción administrativa no parece tener en cuenta las implicaciones significativas de esta sentencia de la Corte. La presunción a favor de quienes desarrollan un trabajo personal debería generar una actitud menos estricta del juez administrativo frente a la carga de la prueba en cabeza del contratista. Más aún, el valor constitucional del principio realidad y la particular protección del trabajo, deberían flexibilizar el carácter estrictamente rogado de la jurisdicción administrativa, imponiendo al juez actividades oficiosas para determinar la verdad. Los numerosos casos que hemos citado en los que el juez desecha la relación de subordinación del contratista permiten por lo menos sospecharla, en razón de los periodos significativos de las prestaciones de servicios y la naturaleza de los mismos, lo que, siguiendo el razonamiento de la Corte Constitucional, debería jugar a favor del contratista, trabajador. Por lo demás, el conjunto de reglamentación sobre las prohibiciones de plantas paralelas, la obligación de crear cargos frente a necesidades recurrentes y la nueva legislación sobre los empleos temporales de la función pública refuerzan aún más la presunción y la reubicación de la carga de la prueba

en la administración contratante, que debería probar en el proceso que el específico trabajo realizado por el contratista que la demanda es autónomo, en atención a las condiciones particulares del caso.

C. REPARACIÓN DEL CONTRATISTA TRABAJADOR

Por otra parte, la consagración del contrato realidad tiene consecuencias significativas a favor del contratista. La Corte considera que si bien no se le puede considerar empleado público por las exigencias constitucionales del reconocimiento de esta calidad, el principio constitucional conlleva el reconocimiento de una relación laboral que genera la condena al pago de sumas equivalentes a las prestaciones sociales que habría tenido el contratista, si hubiese sido empleado público. El Consejo de Estado sigue esta línea cada vez que encuentra establecida la realidad de una relación laboral, recordando que ello no significa una calificación de empleado público⁶⁸. Es así como tiene en cuenta el tipo de prestaciones sociales que reciben los funcionarios que ejercen funciones similares y calcula la condena sobre la base de los *honorarios* pactados en el contrato de prestación de servicios. En cuanto a las prestaciones reconocidas, ellas incluyen “vacaciones, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos que correspondan a la relación laboral”⁶⁹.

No obstante, para el cálculo de las sumas reconocidas al contratista, la jurisprudencia administrativa ha hecho análisis particulares. Así, en una ocasión consideró que “la exigibilidad del pago de las cesantías en eventos en los cuales se reconoce la relación laboral encubierta en los contratos de prestación de servicios, surge desde la ejecutoria de la sentencia y no antes”⁷⁰. Recientemente, consideró que el tiempo laborado debía computarse para efectos pensionales, por lo cual condenó a la entidad a hacer las correspondientes cotizaciones⁷¹. De manera recurrente niega la sanción de mora, al establecer que “la declaración efectuada en la sentencia [...] tiene efectos declarativos de la relación laboral y el deber de pagar los salarios y prestaciones surge a

68. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencias 5 de mayo de 2005, Rad. 3731-03; 23 de junio de 2005, Rad. 245-03; 10 de noviembre de 2005, Rad. 2035-05; y Sección II.A. Sentencia 2 de febrero de 2006, Rad. 3612-2005; Sección II. Sentencia 19 de febrero de 2009, Rad. 3074-05; Sección II.B. Sentencia 1 de julio de 2009, Rad. 1106-08.

69. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 14 de agosto de 2003, Rad. 4470-01. En igual sentido, Sección II.B. Sentencias 18 de marzo de 1999, Rad. 16357; 23 de junio de 2005, Rad. 245-03; 15 de junio de 2006, Rad. 2603-05; 15 de junio de 2006, Rad. 0249-05; 18 de mayo de 2006, Rad. 1553-2005; 15 de junio de 2006, Rad. 2603-05; 16 de noviembre de 2006, Rad. 9776-05; 19 de julio de 2007, Rad. 1713-06; 26 de julio de 2007, Rad. 4198-03; 27 de marzo de 2008, Rad. 3675-02.

70. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 25 de mayo de 2006, Rad. 2625-05.

71. Consejo de Estado. Sección II.A. Sentencia 17 de abril de 2008, Rad. 2776-05; y Sección II. Sentencia 19 de febrero de 2009, Rad. 3074-05.

partir de la ejecutoria de esta providencia, pues antes tenía una connotación contractual de la cual aparentemente no emanaban obligaciones de índole laboral”⁷². En fin, la Sección II había considerado tradicionalmente el momento de la reclamación, para establecer los periodos sobre los que había ocurrido la prescripción trienal de las prestaciones sociales. Pero a partir de 2008 ha considerado la inexistencia de la prescripción por las siguientes consideraciones:

... el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica...

[...]

En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas sólo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia.

Con lo anterior, la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma⁷³.

Estas distintas consecuencias del establecimiento de la realidad laboral no siempre reflejan criterios homogéneos, por lo que sería importante una definición clara del alcance del contrato realidad, para lo cual es importante volver sobre la norma constitucional.

Si el artículo 53 de la Carta consagra *la primacía de la realidad laboral*, independientemente de la forma que las partes otorguen a la relación, quiere decir que la relación laboral existe desde el momento en que se presta el servicio de forma subordinada a cambio de una remuneración. Es entonces la materialización de los tres elementos constitutivos de la relación laboral

72. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 14 de agosto de 2003, Rad. 4470-01. En igual sentido, Sección II.B. Sentencia 25 de mayo de 2006, Rad. 2625-05; 15 de junio de 2006, Rad. 2603-05.

73. Consejo de Estado. Sección II.A. Sentencia 6 de marzo de 2008, Rad. 2152-06. En igual sentido, Sección II.A. Sentencia 17 de abril de 2008, Rad. 2776-05.

la que determina la existencia de la relación laboral. Por consiguiente, la sentencia de la jurisdicción no hace sino poner a la luz esta realidad, lo que debería darle carácter eminentemente declarativo y no constitutivo. La relación laboral no existe por la sentencia. Ésta *declara* que aquella existió desde su origen, pese a las formas equívocas que le dieron las partes. En este sentido, tendría razón el Consejo de Estado cuando rectificó la jurisprudencia que otorgaba carácter indemnizatorio al reconocimiento de los equivalentes de prestaciones sociales. Los derechos que se reconocen por el fallo, afirmó recientemente la corporación, se ordenan

no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, junto con el pago de las cotizaciones correspondientes⁷⁴.

Más aún, la sentencia considera que estos aspectos no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de existencia de tal relación, lo que sugiere que el juez tiene la capacidad de declarar la relación objetiva y sus consecuencias, con flexibilidad frente a lo que le solicite el demandante.

En esta solución subsistirá un grado de incoherencia conceptual, por cuanto *este restablecimiento del derecho* implica declarar la relación laboral que, sabemos, *no se puede declarar*, en estricto sentido, por cuanto ello implica calificar de funcionario público al contratista, lo que sería contrario a preceptos constitucionales, como nos explicó la Corte Constitucional. No obstante, el principio de la supremacía de la realidad y la protección del trabajo imponen aceptar esta flexibilidad conceptual⁷⁵. Por el contrario, no será posible, como nunca lo hace el Consejo de Estado, ordenar un *reintegro* del contratista, en virtud de la calificación de la realidad de la relación laboral.

Siguiendo esta línea lógica, sería necesario aceptar que, surgido el derecho desde el nacimiento de la relación, es posible la ocurrencia de la prescripción de derechos a las prestaciones. O bien, sería necesario entender que las consideraciones recientes del Consejo de Estado para afirmar lo contrario no obedecen a la lógica jurídica sino al propósito de proteger al *trabajador* frente a una situación injusta. El Consejo de Estado estima en efecto que la sentencia *declarativa* de la realidad laboral es *constitutiva* del derecho... En las situaciones

74. Consejo de Estado. Sección II.A. Sentencia 17 de abril de 2008, Rad. 2776-05, citada.

75. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 1 de julio de 2009, Rad. 1106-08: "Recientemente, esta Sección modificó la tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral las prestaciones sociales dejadas de percibir a "título de indemnización", considerando que las mismas se otorgan a título de "reparación del daño", sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público...".

en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato

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 sentencia⁷⁶.

Por otra parte, la realidad del surgimiento concomitante del derecho y la existencia de la realidad laboral tampoco haría jurídicamente justificable el rechazo a la pretensión de intereses sobre las sumas correspondientes de las prestaciones sociales. Si estos derechos nacieron por la realidad de la relación laboral, parece lógico que sean exigibles a la fecha en que ésta se materializó, y no a partir de la sentencia ejecutoriada, como lo ha considerado el Consejo de Estado.

Igualmente sería criticable la jurisprudencia que ha exigido la necesidad de promover una decisión administrativa de rechazo al reconocimiento de prestaciones sociales. Si bien es posible que el contratista demande la nulidad del contrato de prestación de servicios, por cuanto la realidad del carácter subordinado de la relación desnaturaliza los elementos esenciales de este contrato, ello no le permite obtener una indemnización equivalente a las prestaciones sociales. En efecto, el artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece las reglas indemnizatorias de la declaración de nulidad del contrato estatal, que se restringen al reembolso de los gastos soportados por el contratista, que hayan sido útiles para la administración, con el objeto de evitar el enriquecimiento sin causa. Pero cuando se dan conflictos por el contrato realidad, no es éste el factor reclamado por el contratista. Por ello, la jurisprudencia ha exigido que el contratista solicite a la administración contratante el reconocimiento del equivalente de las prestaciones sociales, sobre la base de la realidad de la relación laboral, lo que le permite luego demandar la respuesta negativa explícita o presunta, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (CCA, art. 85).

76. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 19 de febrero de 2009, Rad. 3074-05. Reiterada por Sección II.B. Sentencia 1 de julio de 2009, Rad. 1106-08.

No puede llegar en la demanda a reclamar presuntos derechos de orden laboral administrativos (v. gr. salarios y prestaciones sociales, etc.) si no se tiene una relación laboral pública o, por lo menos, desde la VIA ADMINISTRATIVA (petición) se haya planteado su discusión, sin que sea viable solo venir a hacerlo en la VÍA JURISDICCIONAL porque en ese caso se impide a la administración su discusión y pronunciamiento oportuno, para aquí ejercer el “control de legalidad” sobre el mismo y sus consecuencias (negación de los presuntos derechos derivados de dicho status)⁷⁷.

Sin embargo, la exigencia de esta decisión es contraria a nuestro derecho administrativo. A diferencia del derecho francés, nuestro sistema no consagra el privilegio de la decisión previa, que impone al actor obtener siempre una decisión administrativa que atacar ante el juez administrativo. Una vez más, el principio constitucional de la realidad de la relación laboral orientaría una solución más acorde con nuestro ordenamiento jurídico administrativo. La realidad del vínculo laboral es un hecho que genera obligaciones para la administración. La ausencia de reconocimiento por parte de ésta constituye un hecho administrativo generador de perjuicios que abre la puerta de la acción de reparación directa consagrada en el CCA, artículo 86.

En fin, el cálculo de la condena al equivalente de todas las prestaciones, sobre la base de los honorarios pactados, como se consigna en muchas sentencias, parece en extremo simplificado. Todo contratista de prestación de servicios tiene la obligación legal de cotizar al sistema de salud y pensiones, por lo que la sentencia debería tener en cuenta esta carga, condenando a la entidad contratante a restituir al contratista tan solo el porcentaje de los que ella debía haber pagado, como lo estableció recientemente el Consejo de Estado⁷⁸. Por el contrario, en aplicación del principio de indemnización

77. Consejo de Estado. Sección II.B. Sentencia 16 de febrero de 2005, Rad. 3130-04. En el mismo sentido Sección II. Sentencias 18 marzo de 1999, Rad. 16357; 19 marzo de 1999, Rad. 17080; 14 de agosto de 2003, Rad. 4470-01; 12 de junio de 2003, Rad. 3703-02; Sección II.A. Sentencias 14 de septiembre de 2000, Rad. 475-00; 26 de febrero de 2004, Rad. 0792/02; Sección II.B. Sentencias 22 de abril de 1999, Rad. 3068-98; 31 de octubre de 2002, Rad. 1420-01; 5 de mayo de 2005, Rad. 3731-03; 23 de junio de 2005, Rad. 245-03; 28 de julio de 2005, Rad. 5212-03; 19 de octubre de 2006, Rad. 2826-04; 19 de julio de 2007, Rad. 6813-05.

78. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 19 de febrero de 2009, Rad. 3074-05: “En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador, sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de ley 100 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas

integral del daño (ley 446 de 1998, art. 16), la corporación reconoció como perjuicio indemnizable el no haber podido disfrutar de los beneficios de la caja de compensación familiar a la que hubiese estado afiliado el trabajador vinculado laboralmente, por lo que condenó a la entidad a pagarle los dineros que ésta hubiese debido cancelar a la caja por su trabajador⁷⁹.

Los distintos interrogantes aquí planteados ponen de presente algunas dificultades del contrato administrativo de prestación de servicios y sus perspectivas contemporáneas. El objeto específico del contrato de prestación de servicios sigue siendo un terreno incierto y materializa una de las dificultades mayores del derecho administrativo: la definición de la esencia misma de esta disciplina jurídica, en torno a la función administrativa.

El contrato de prestación de servicios vincula al contratista con la función administrativa, pero esta noción está en crisis, una vez más. Concebirla como sinónimo de prerrogativas de poder público, como lo hace la jurisprudencia reciente, tiende a restringir el campo del contrato de prestación de servicios, por cuanto el vínculo del objeto de éste con la función administrativa tan solo podrá ser indirecto. La jurisprudencia no ve con buenos ojos que el prestador de servicios a la administración asuma directamente actos de autoridad. No obstante, los numerosos ejemplos de contratos de prestación de servicios ponen de presente que la noción jurisprudencial es reduccionista, al revivir la antigua distinción entre actos de poder y actos de gestión, abandonada hace tiempo por la evolución de la disciplina administrativa.

Y, desde otro punto de vista, la subordinación del contratista, que reduce también el campo del contrato de prestación de servicios, así como el carácter excepcional, frente a servicios prestados o que deben ser prestados por servidores públicos, comprenden sin embargo una gran tensión: de un lado, la lucha por restringir y sancionar las nóminas paralelas para dar primacía al principio constitucional del contrato realidad y, de otro, la práctica generalizada de la contratación de servicios, que constituye una realidad y tendencia del modelo contemporáneo de gestión. Frente a la tensión, la jurisprudencia administrativa se muestra ambivalente, pese a tendencias progresistas que se vislumbran recientemente, en protección de las relaciones laborales.

mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204 de la ley 100 de 1993.). Por tanto, la reparación del daño en el *sub-lite* no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo fondo de pensiones o empresa prestadora de salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajadora independiente (artículos 15 y 157 de la ley 100 de 1993)”. En igual sentido, Sección II.B. Sentencia 1 de julio de 2009, Rad. 1106-08.

79. Consejo de Estado. Sección II. Sentencia 19 de febrero de 2009, Rad. 3074-05, citada.