

Contratación pública: los contratos de prestación de servicios y el principio de la primacía de la realidad

Carlos Adolfo Prieto Monroy¹

Resumen

El objeto de este documento es exponer los elementos jurídicos sobre los que se soporta la contratación mediante la modalidad de la prestación de servicios personales, y los efectos que se pueden derivar de la observancia de los presupuestos normativos, contenidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y en la Sentencia de Unificación SUJ - 025 - CE - S2 - 2021 del 9 de septiembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado.

Palabras clave: Contrato administrativo, Contrato de prestación de servicios, Primacía de la realidad, Principio de planeación, Actividad personal del contratista, Subordinación, Autonomía, Remuneración, Sentencia de Unificación.

Abreviaturas

CC – Corte Constitucional.

CSJ – Corte Suprema de Justicia.

CE – Consejo de Estado.

L. – Ley.

Dcto. – Decreto.

Art. – Artículo.

CPACA – Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CST – Código Sustantivo del Trabajo.

CCiv. – Código Civil.

CCo. – Código de Comercio.

C.Pol. – Constitución Política de 1991.

Sumario

¹ Abogado Javeriano. Especialista en Derecho Laboral. Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social. Profesor Universitario. Miembro del Observatorio de Contratación Pública de la Auditoría General de la República. carlosadolfoPrieto@gmail.com

1. El concepto del contrato administrativo.
2. El contrato de prestación de servicios.
3. El principio de la primacía de la realidad, en las relaciones laborales, y su impacto en el sector público.
4. Las sentencias de unificación del Consejo de Estado.
5. El efecto de la Sentencia de Unificación SUJ - 025 - CE - S2 - 2021 del 9 de septiembre de 2021.
 - 5.1. El sustento de la decisión.
 - 5.1.1. El problema que aborda el Consejo de Estado.
 - 5.1.2. El contrato de prestación de servicios, las formalidades, y el principio de la primacía de la realidad.
 - 5.1.3. Los elementos esenciales de la Relación Laboral Dependiente, en la Administración Pública.
6. El manejo práctico del contrato de prestación de servicios, desde una perspectiva jurídica laboral.
 - 6.1. El desarrollo normativo y sus efectos.
 - 6.2. El alcance concreto de la sentencia de unificación
7. Recomendaciones.
8. Bibliografía.

1. EL CONCEPTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Preliminarmente, diremos que el contrato administrativo es un acto jurídico bilateral, que entraña un acuerdo de voluntades configurado entre la Administración, representada por una entidad pública, y un particular. Su objeto es el de ejecutar las acciones propias de las competencias constitucionales y legales concernientes a las entidades intervinientes.

Dicho acto jurídico cuenta con un régimen jurídico específico, habida cuenta de su particular importancia en la operatividad y en el funcionamiento de la actividad estatal, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, reglamentado profusamente², y analizado minuciosamente por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado³. Este régimen normativo se sustenta y desarrolla a partir de la definición que establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el Derecho Privado o en disposiciones especiales, o derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad...

Se trata entonces de un acto jurídico, generador de derechos y obligaciones, mediante el cual una entidad pública establece un vínculo jurídico por efecto del cual se propende a la realización de los fines estatales, particularizados en sus competencias constitucionales y legales, que en función de su naturaleza está sometido a la observancia del principio de legalidad –transversal a toda la función pública– manifiesto en la observancia del régimen normativo que regula la contratación pública.

2 Además de las disposiciones generales, contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, se encuentra el Decreto 1510 de 2013, así como los compilados en el DUR 1082 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, además de los que fueron promulgados en vigencia de la emergencia sanitaria derivada de la Pandemia COVID – 19.

3 Este documento se basa, de hecho, en el comentario y el análisis de una Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, la identificada con la radicación SUJ - 025 - CE - S2 - 2021 del 9 de septiembre de 2021

Es por esto que el contrato administrativo está regulado, y sujeto a unas formalidades que determinan su validez y su eficacia, así:

- El contrato administrativo, en cualquiera de sus modalidades, es un acto administrativo bilateral de forma impuesta, dado que debe constar por escrito. Sobre el particular, el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, señala lo siguiente:

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

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

- El contenido del contrato, manifiesto en el objeto contractual, está sometido al régimen jurídico aplicable a la actividad o acción contratada, conformado por las reglas especiales que regulan los contratos administrativos, y en lo no previsto en ellas, por las disposiciones del derecho comercial y del derecho civil que sean aplicables. Sobre el particular, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establece que:

Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley. . .

A lo previsto en esta disposición, deberá incorporarse en la normatividad aplicable al contrato administrativo, la dispuesta por el derecho laboral, pues ese es el criterio adoptado por el Consejo de Estado al abordar el tema del uso adecuado del contrato de prestación de servicios, que abordaremos más adelante, y en extenso. En ese sentido, debe señalarse que el régimen jurídico de la contratación pública, incorporado al cuerpo normativo del derecho administrativo, implica la conformación de proposiciones jurídicas en las que concurren diferentes niveles, así:

- Las disposiciones propias del derecho administrativo contractual, las cuales, a partir del desarrollo del principio de legalidad establecido por el artículo 4º de la Constitución Política de 1991, determinan el ámbito de competencia de la Administración

pública.

- Las disposiciones que regulan los asuntos particulares, que pasan por el derecho civil, el derecho comercial y, con ocasión de la promulgación de la Sentencia de Unificación SUJ - 025 - CE - S2 - 2021 del 9 de septiembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado, implicarán también la observancia del derecho laboral privado, contenido esencialmente en el Código Sustantivo del Trabajo⁴.

En el mismo sentido, la suscripción del contrato administrativo, en cualquiera de sus modalidades, está sujeta a la observancia de los principios del derecho administrativo, de la contratación pública, y, como se tratará en extenso, a los que sean aplicables al asunto material del contrato en cuestión. Por ahora, nos referiremos a los principios del derecho administrativo y de la contratación pública, establecidos por el ordenamiento jurídico, y aplicables al efecto, siendo tales:

- Los principios del ejercicio de la función pública, establecidos por el artículo 209 de la Constitución Política de 1991:
 - igualdad
 - moralidad
 - eficacia
 - economía
 - celeridad
 - imparcialidad
 - publicidad

Los cuales se han de realizar “mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

- Los principios del derecho administrativo, previstos por el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011:
 - debido proceso
 - igualdad
 - imparcialidad
 - buena fe
 - moralidad
 - participación

⁴ Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la integración del derecho laboral privado con el régimen laboral de los servidores públicos es un fenómeno que ha venido extendiéndose a partir de la implementación de la doctrina constitucional en materia de protección de la estabilidad ocupacional reforzada de personas en condición de debilidad manifiesta, como es el caso de la extensión del fuero de estabilidad ocupacional reforzada previsto por la Sentencia CC – SU – 049 – 2017, en el caso de las personas en condición de discapacidad, por lo previsto por la sentencia CC – SU – 003 – 2018, que extiende el fuero de prepensionado a todos los trabajadores dependientes, al margen de la naturaleza de su vínculo jurídico laboral, y que se ha hecho manifiesto con la promulgación de leyes tales como la Ley 1221 de 2008, que regula el teletrabajo; la Ley 1822 de 2017, que regula la licencia de maternidad; la Ley 2114 de 2021, que regula la licencia de paternidad, y que se aplican indistintamente a trabajadores dependientes del sector privado y a servidores públicos.

- transparencia
 - publicidad
 - coordinación
 - eficacia
 - economía
 - eeleridad
- Los principios de la contratación pública, establecidos por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993:
 - transparencia
 - economía
 - responsabilidad

Dichos principios se desarrollarán:

...de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa [...] y que además] aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Adicional a estos principios, que cuentan con un desarrollo normativo conceptual de sus alcances, contenido en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, se incorpora el principio de *planeación*, derivado del de *responsabilidad* – art. 26 L. 80/93), y entendido como el deber de efectuar estudios y análisis de necesidad contractual que justifiquen la suscripción del acto jurídico negocial. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia CC – C – 300 – 2012, señaló lo siguiente:

El principio de *planeación* hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería; suelos; etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

- El contrato, en cuanto tal, se perfecciona en el momento en el que el acuerdo de voluntades se hace manifiesto en cuanto al objeto contractual y a la contraprestación económica que recibirá el contratista. Dicho acuerdo debe constar por escrito, y sus efectos se surtirán a partir del momento en el que se suscriba la correspondiente acta de inicio, previa aprobación de la garantía otorgada por el contratista (art. 41 L. 80/93).

Así las cosas, el contrato administrativo no es un mero acto jurídico, generador de derechos y de obligaciones; se trata de un instrumento complejo, por conducto del cual la administración acuerda su voluntad con la de un particular, para desarrollar y ejecutar los fines estatales, en función de las competencias constitucionales y legales de las entidades, y en plena observancia de los principios en los que se



sustentan tanto la función pública, el funcionamiento del Estado en sí mismo, y la manifestación concreta de la voluntad pública. Se trata, a su vez, de un acto jurídico de forma impuesta, puesto que debe constar por escrito, y cuya ejecución es reglada, al someterse al régimen de ejecución establecido por el ordenamiento jurídico contractual, además de por lo previsto por el clausulado del contrato en sí mismo.

2. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES

Al definir el contrato administrativo, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, identifica “a título enunciativo”, las modalidades de este acto jurídico, siendo tales i) el contrato de obra; ii) el contrato de consultoría; iii) el contrato de prestación de servicios; iv) el contrato de concesión; y v) el encargo fiduciario y fiducia pública. De estas categorías, nos referiremos concretamente a la del contrato de prestación de servicios, definido por el numeral 3º del referido artículo 32, en los siguientes términos:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Mediante la sentencia de unificación del 2 de diciembre de 2013, rad. 11001032600020110003900 (41719), C.P. Jaime Orlando Santofimio, la Sección Tercera del Consejo de Estado acotó una definición del contrato de prestación de servicios profesionales, que debe ser considerada al momento de recurrir a este instrumento contractual, así:

Serán entonces contratos de “prestación de servicios profesionales” todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente

a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado.

Y concentraremos nuestra atención en esta modalidad contractual, por cuenta de la importancia que esta tiene, en relación con la conformación de las estructuras operativas de las entidades públicas y su eventual uso indebido por parte de la Administración, como instrumento proveedor de servicios personales, que conlleva a la configuración de relaciones laborales de facto que, a la luz de los postulados constitucionales que regulan y protegen el trabajo humano, implica una afectación negativa de los derechos subjetivos de los contratistas⁵.

3. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES Y SU IMPACTO EN EL SECTOR PÚBLICO

El derecho laboral, como disciplina normativa, tiene su origen en las tensiones políticas, económicas y sociales que se produjeron en la Europa industrializada de mediados del siglo XIX, con ocasión del advenimiento de la revolución política ocasionada por la Revolución francesa, por una parte, y por la otra, por la Revolución Industrial, debido a la cual se estableció el modelo de economía de mercado, y que advino con el trabajo humano como factor de producción, valioso en cuanto contribuyente a la generación de riqueza industrial. Este ordenamiento jurídico, que fue la respuesta del Estado liberal a las tensiones sociales derivadas de las relaciones entre el capital y el trabajo humano, se construyó y se construye con base en una serie de principios que superan el formalismo del derecho civil, privilegiando la realidad material de las relaciones económicas sobre las formalidades y la misma autonomía de la voluntad de las personas. Esta circunstancia se justificó, en ese momento, en el hecho de que, si bien una de las conquistas del movimiento político liberal fue el promulgar la igualdad de todas las personas ante la ley, de modo que desaparecieran los títulos y los privilegios personales, dicha circunstancia era eminentemente formal y abstracta, riñendo con las evidentes desigualdades materiales existentes entre las personas que, al margen de los títulos, contaban con un patrimonio, respecto de aquellos que carecían de este.

Así pues, para remediar los efectos de una igualdad formal que permitía el abuso de la posición dominante de quien controla los bienes materiales y los beneficios económicos en una relación desigual, aparece el derecho laboral, en un entorno industrial, en el que la mencionada desigualdad material se nivela por la vía de la primacía de la realidad, del reconocimiento de unos derechos económicos

⁵ En la referida sentencia de unificación, del 2 de diciembre de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que "... el uso de esta concreta figura contractual queda supeditado a las necesidades a satisfacer por parte de la Administración pública y la sujeción al principio de planeación; lo que encuentra su manifestación práctica en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios profesionales". Esta previsión es especialmente relevante, en cuanto al análisis que hace la corporación judicial al abordar el asunto referido al uso del contrato de prestación de servicios profesionales y la configuración de una relación laboral dependiente, contenida en la sentencia SUJ - 025 - CE - S2 - 2021.

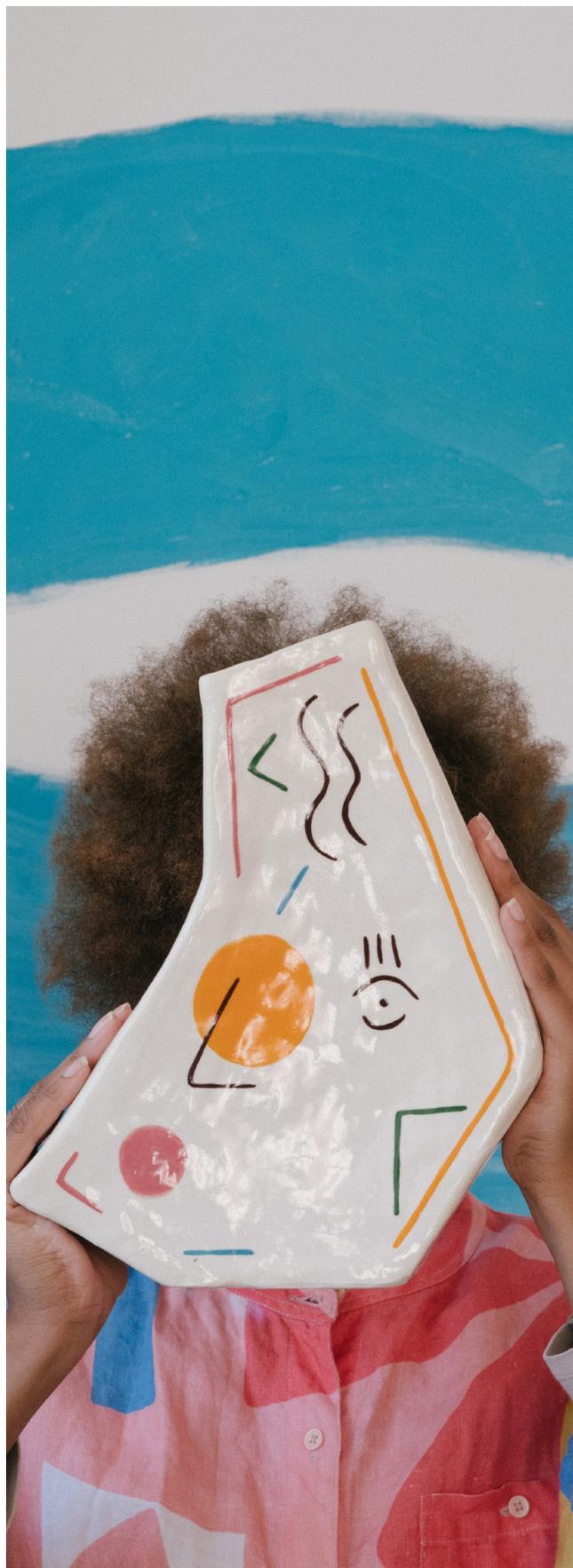
mínimos, ciertos, indiscutibles e irrenunciables.

Este principio ha estado vigente en la legislación laboral colombiana desde la lejana expedición de la Ley 10 de 1934 y que se consolidó en el Código Sustantivo del Trabajo, y que fue elevada al rango de principio del derecho laboral en el artículo 53 Constitucional, que establece que la “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” es un principio mínimo fundamental del derecho laboral privado.

Este postulado resume la esencia del derecho laboral privado, en la medida en que establece que en las relaciones de prestación personal de servicios, la realidad fáctica de las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se ejecuten estas prevalecerá sobre las formalidades que las partes hayan establecido en su devenir. Normativamente, este principio se sustenta en una de las características de la legislación laboral, cual es la de estar contenida en disposiciones de orden público, que establecen unos derechos mínimos, ciertos e indiscutibles a favor del trabajador, y que, además, tienen el carácter de irrenunciables.

Ahora bien, la consumación práctica de este precepto se hace patente en lo que la doctrina laboral ha dado en llamar la “teoría del contrato realidad”, construida a partir de los preceptos contenidos en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y que se configura así: El referido artículo 23 establece los elementos esenciales de la relación laboral, siendo tales i) la actividad personal del trabajador; ii) la subordinación; y iii) la remuneración; y señala que en el evento en el que concurran estos tres elementos, se configurará una relación de trabajo dependiente, independientemente del nombre o de las formalidades que las partes hubieren establecido o pactado. Por su parte, el artículo 24 consagra la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, al señalar que “se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo”.

Con base en estos elementos, el Consejo de Estado, en la sentencia



de unificación SUJ - 025 - CE - S2 – 2021, llega al punto de la integración del régimen laboral del servidor público, construido, como ya se dijo, a partir del postulado constitucional del artículo 122 Superior, con el cuerpo normativo que regula el derecho laboral privado. Al efecto, señala:

83. A su turno, el Código Sustantivo de Trabajo, en sus artículos 23 y 24, recoge a nivel legal, como elementos que configuran la relación laboral, los siguientes: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y iii) un salario como retribución del servicio. Con base en estos presupuestos, esta corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios, pues a falta de un estatuto del trabajo, es este, y no otro, el marco jurídico que ofrece el ordenamiento, junto con los principios fundamentales del artículo 53 superior, para hacer efectiva la garantía de los derechos de las personas que se relacionan laboralmente con el Estado.

De modo que el juez contencioso administrativo incorpora, por vía de la analogía legal⁶, el postulado normativo contenido en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo que establece los elementos esenciales del contrato de trabajo aplicable en las relaciones laborales particulares, cuya concurrencia configura, en el ámbito privado, una presunción que la doctrina ha dado en llamar como la del “contrato realidad”, prevista, a su vez, por el artículo 24 del estatuto laboral privado.

Cuando menos, es llamativo que el Consejo de Estado no haya acudido a una norma especial, propia del régimen laboral del sector público, como lo es el Decreto 2127 de 1945, que establece la presunción de contrato de trabajo en su artículo 20. Tal vez esto se explica en el hecho de que las controversias judiciales basadas en la existencia de un contrato de trabajo escapan de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y ha sido la jurisdicción ordinaria laboral la que ha incorporado esta disposición a la doctrina del “contrato realidad”, en el caso concreto de los trabajadores oficiales. Da la impresión de que el juez administrativo fue muy lejos para obtener un fundamento normativo que tenía muy a la mano, lo que, en modo alguno, afecta la conducencia de sus argumentaciones.

4. LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

Desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se ha suscitado en el ámbito jurídico colombiano una disolución compleja respecto del valor y de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, considerando que, si bien el sistema jurídico nacional se basa en un sistema de fuentes formales de derecho que establece que la fuente principal es la ley, en sentido material, incorpora decisiones judiciales, como lo son las sentencias de constitucionalidad, las sentencias de unificación de tutela, y las sentencias de nulidad simple, que surten efectos similares a los de una disposición normativa.

En efecto, el artículo 230 de la Constitución de 1991, establece claramente que “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, y que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, de manera que, en principio, la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las providencias judiciales proferidas

⁶ Prevista por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

por las Altas Cortes, no tiene un carácter vinculante (obligatorio), de modo que no genera los mismos efectos jurídicos de una disposición legal.

Ahora bien, el hecho de que algunas sentencias surtan efectos similares a los de “la ley”⁷, por una parte, y por otra, la adopción de técnicas jurídicas propias de sistemas jurídicos de corte anglosajón—en los que la jurisprudencia es la fuente formal de derecho—, han suscitado, como señalamos, la discusión acerca del carácter vinculante de las sentencias judiciales, bajo la modalidad del precedente judicial. Este último, para los efectos de este documento, se puede entender como la figura por virtud de la cual una decisión judicial es vinculante y, en consecuencia, su parte resolutive debe aplicarse en todos aquellos casos en los cuales se debatan hechos correspondientes con el asunto decidido en aquella providencia.

En el ámbito de lo contencioso administrativo, este problema fue abordado por la Ley 1437 de 2011 —que contiene el CPACA— que estableció la figura de las sentencias de unificación, regulada por el artículo 271, modificado, a su vez, por el artículo 79 de la Ley 2080 de 2021, cuyo efecto práctico es, precisamente, el fondo del asunto que se analiza en este documento.

5. EL EFECTO DE LA SENTENCIA SUJ - 025 - CE - S2 – 2021

Como se ha señalado, por efecto de lo dispuesto por el artículo 271 del CPACA, el Consejo de Estado cuenta con la facultad de proferir sentencias de unificación jurisprudencial, cuyo propósito es el de establecer un precedente jurídico vinculante, de observancia y aplicación obligatoria a cargo de la Administración, en aquellos asuntos de importancia jurídica, trascendencia social o económica, o a efectos de establecer un criterio de interpretación unificado de la legislación aplicable en la Administración pública.

En ejercicio de esa facultad, la corporación judicial profirió la sentencia SUJ - 025 - CE - S2 – 2021, el pasado 9 de septiembre de 2021, con el propósito de abordar el “... tema de la primacía de la realidad sobre las formalidades. . .” en relación con el uso del contrato administrativo de prestación de servicios y la potencial configuración de una relación laboral dependiente, con plenos efectos prestacionales, bajo la teoría del “contrato realidad”, propia del derecho laboral privado.

Esta providencia, a la que nos referiremos en extenso, surte una serie de efectos jurídicos, explícitos en su parte resolutive, así:

240. El numeral 1.º del artículo 237 de la Constitución consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado la de desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, por lo que la jurisprudencia que profiere es vinculante y debe aplicarse para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción.

241. En razón de lo anterior, y con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales, las reglas jurisprudenciales que se fijan en esta providencia se aplicarán a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa

⁷ Esta expresión hace referencia a los contenidos normativos de carácter general y abstracto, que surten efectos vinculantes erga omnes, es decir, “para todos”, como es el caso de las leyes promulgadas por el Congreso de la República, los decretos reglamentarios, y los actos administrativos de carácter general.

como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.

242. Finalmente, para garantizar la seguridad jurídica y dar prevalencia a los principios fundamentales de la seguridad social, no puede invocarse el principio de igualdad para solicitarse la inaplicación de esta sentencia.

Lo que implica que:

- Lo establecido por el Consejo de Estado es vinculante, obligatorio y, en consecuencia, debe ser aplicado por todas las entidades públicas sujetas al régimen de contratación establecido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.
- En consecuencia, deberá aplicarse de manera inmediata, en todos aquellos asuntos en los que se debatan cuestiones relacionadas con la configuración de una relación de trabajo subordinada, a partir del uso indebido del contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- La providencia no tiene efecto retroactivo, de manera que los asuntos en los que se debatieron pretensiones o peticiones análogas a las abordadas en la sentencia, que fueran resueltas con anterioridad a la notificación del fallo, se mantienen incólumes, de modo que no se podrán modificar ni proponer nuevamente ante las autoridades administrativas ni judiciales.

Así pues, a partir del hecho de que lo establecido en la sentencia analizada es vinculante para la Administración pública en pleno, y que se debe aplicar en todos aquellos asuntos en los que se debatan los presupuestos fácticos de la configuración de una relación laboral dependiente, a partir de un contrato de prestación de servicios, es necesario determinar: i) cuál es el sustento de la decisión; ii) cuáles son los efectos prácticos de esta; y iii) cómo debe entenderse.

5.1. El sustento de la decisión

5.1.1. El problema que aborda el Consejo de Estado

La sentencia en mención unifica, por importancia jurídica, la jurisprudencia contencioso administrativa en lo que tenga que ver con la aplicación del principio de la primacía de la realidad en la ejecución de los contratos de prestación de servicios y, para el efecto, aborda tres temas esenciales, identificados así:

i) Sentido y alcance de la expresión “término estrictamente indispensable” (temporalidad) contenido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993;

ii) delimitación del término de solución de continuidad en los contratos estatales de prestación de servicios que ocultaron la existencia de una relación laboral que se declara, a efectos de determinar la prescripción de derechos;

iii) improcedencia de la devolución de los aportes a la seguridad social en salud efectuados por el contratista.

Adicionalmente, aborda también el asunto referido a:

“... la finalidad del contrato estatal de prestación de servicios, a fin de ofrecer seguridad jurídica a las autoridades administrativas y judiciales, para que decidan uniformemente los asuntos puestos a su conocimiento, y así garantizar el derecho fundamental de igualdad de quienes acuden a la justicia contencioso – administrativa.” SUJ - 025 - CE - S2 – 2021, el pasado 9 de septiembre de 2021

Este fundamento se explica en el hecho práctico de que el Consejo de Estado analiza un recurso de apelación, interpuesto contra una sentencia de primera instancia dictada en trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, formulada por una persona que fungió como contratista de una entidad pública del orden municipal, con sucesivos contratos de prestación de servicios, en cuya ejecución se configuraron unos presupuestos fácticos que no correspondían con los preceptos normativos que regulan el contrato de prestación de servicios.

Así pues, la providencia plantea unas consideraciones preliminares, asociadas con el “uso del contrato estatal de prestación de servicios”, basadas en un compendio suficiente de pronunciamientos de la Corte Constitucional, que abordan la problemática en torno a la aplicación del principio constitucional, propio del derecho laboral privado, de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 C.Pol., en asuntos en los que se debaten los efectos de un contrato de prestación de servicios.

De esas referencias, se resalta la hecha respecto de la Sentencia CCT – 723 – 2016, citada en estos términos:

El uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado.

Esta referencia constitucional ha llevado al Consejo de Estado a aproximarse a la doctrina del derecho laboral privado, al invocar el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes de la relación contractual, esencial de esta especialidad jurídica y que, desde una perspectiva legal, escapa del ámbito de aplicación en las relaciones laborales del Estado con sus servidores.

Esta adscripción a los principios del derecho laboral privado consagrados por el artículo 53 C.Pol., se explica en el hecho de que la conformación de la proposición jurídica se basa en el mandato contenido en el artículo 4º de la Constitución, conforme con el cual, las disposiciones constitucionales prevalecen sobre las legales o reglamentarias, cuando exista discrepancia o contradicción entre unas y otras⁸, y que surte el efecto material de matizar la regla contenida en el artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, “(...

8 El artículo 4º de la Constitución establece el principio de supremacía constitucional, en estos términos: “La Constitución es



regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares”.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado —que en cualquier caso es el tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en consecuencia, juez natural de las entidades públicas y de sus actos jurídicos— acota esa remisión normativa al derecho laboral privado, señalando que “...en ningún momento, la Sala pretende asimilar el contrato de prestación de servicios a una modalidad de las relaciones laborales, sino que asume su estudio, desde esa óptica, a efectos de dilucidar la problemática planteada”.

De modo que la corporación judicial resalta y reitera la naturaleza jurídica del contrato administrativo de prestación de servicios, incorporando a su régimen el filtro normativo del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no para modificar la esencia del acto jurídico, sino para resolver las eventuales afectaciones a los derechos subjetivos laborales de las personas, que pudieren configurarse de su uso indebido. El contrato de prestación de servicios sigue siendo el previsto por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pero deberá pasar por el filtro del artículo 53 constitucional, a efectos de determinar si encubre, o no, una relación laboral subordinada⁹.

Así pues, el Consejo de Estado incorpora el principio de la “primacía de la realidad”, consagrado por el artículo 53 C. Pol. a la proposición jurídica que establece el régimen laboral del servidor público. En ese sentido, aplica el mencionado principio como criterio para determinar la configuración de una relación subordinada de prestación de servicios, del mismo modo como opera en el derecho laboral privado, a efectos de determinar la concurrencia o inexistencia de la subordinación, en función de los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios, establecidos por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esta proposición jurídica, a la que se incorpora el artículo 53 Constitucional, tiene su fundamento en el artículo 122 de la Carta Fundamental, puesto que el asunto que el Consejo de Estado analiza en la sentencia, si bien tiene relación con el uso de un contrato administrativo, se basa, primordialmente, en el efecto de ese instrumento contractual en relación con el régimen laboral de la Administración pública. El asunto, entonces, antes que ser contractual, es laboral. Sobre el particular, señaló lo siguiente:

Retornando al ordenamiento nacional, en la misma línea se encuentra el artículo 122 de la Constitución, que al señalar que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se

norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales [...]”

⁹ Esta incorporación tiene sus antecedentes en una serie de decisiones de la Corte Constitucional, de las cuales se pueden señalar como hitos las sentencias CC C – 023 – 1994 y C – 479 – 1992. La decantación de la tesis ha tomado tiempo, por virtud del carácter legalista de la relación laboral que se configura entre el servidor público y la Administración.

requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”, define una característica esencial de las relaciones laborales de naturaleza legal y reglamentaria y constituye fundamento constitucional para prohibir la suscripción de contratos de prestación de servicios para vincular personas en el desempeño de funciones propias o permanentes de las entidades estatales.

Se reivindica, entonces, el carácter legal y reglamentario de las relaciones laborales de los servidores públicos con el Estado, con fundamento en la noción de *empleo público*, definido por el artículo 2º del Decreto 1042 de 1978 como el “conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidas por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública”.

Condicionado lo anterior a su previsión en una “ley o reglamento”, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 122 C. Pol. ya referido, se puede señalar sin duda, que las relaciones laborales del Estado con sus servidores tienen naturaleza legal y reglamentaria, y se fundamenta en el concepto de *empleo público*.

5.1.2. El contrato de prestación de servicios, las formalidades y el principio de la primacía de la realidad

Como ya se ha señalado, el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 tipifica el contrato de prestación de servicios, y el Consejo de Estado, tomando como base el régimen legal que lo regula¹⁰, estableció las características esenciales de este instrumento contractual, en estos términos:

87. (i) Solo puede celebrarse por un “término estrictamente indispensable” y para desarrollar “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, por qué las actividades “no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”.

89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales”.

Y resalta el contenido obligacional del contrato, delimitando su alcance, en el sentido de señalar que este se dirige a la coordinación de actividades, en lugar de la simple subordinación. Al efecto, señala:

10 Las disposiciones que toma como base el Consejo de Estado son las siguientes: Ley 80 de 1993; Ley 1150 de 2007; Decretos 885/1994, 1737/1998, 1738/1998, 2209/1998, 2170/2002, 66/2008, 2474/2008, 2025/2009, 4266/2010, 734/2012, y los compilados en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, a las que deberán incorporarse las que profusamente promulgue el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que, al efecto y de manera específica, le fue atribuida por la Ley 1150 de 2007.

... conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista, es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados...

Y concluye diciendo:

91. En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia.

Así pues, las características propias del contrato de prestación de servicios, previsto por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son: i) la temporalidad; ii) la planeación; y iii) la autonomía del contratista, sin perjuicio de la coordinación de actividades. Estas características proceden por oposición de las esenciales del empleo público, cuales son, a saber i) la permanencia; ii) la definición legal y reglamentaria de funciones y competencias; y iii) la subordinación plena derivada de la prestación del servicio público.

Contrato de Prestación de Servicios	Relación Laboral Estatal
Temporalidad	Permanencia
Planeación	Definición de las funciones
Autonomía del Contratista	Subordinación del Servidor

Sentados estos argumentos, el Consejo de Estado señala, explícitamente, el modo de perfeccionamiento del contrato administrativo de prestación de servicios, de conformidad con lo previsto por el literal h) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007:

«[...]»

Contratación directa: la modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[...]

h. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales»¹¹

Tratándose, en cualquier caso, de una modalidad de contratación “excepcional y temporal”, “[... para] cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta, o se requieran conocimientos especializados”.

Así pues, el contrato administrativo de prestación de servicios cuenta con una naturaleza propia y específica, que determina una finalidad

11 Al efecto, es relevante, además de mandatorio, lo dispuesto por la sentencia de unificación del 2 de diciembre de 2013, rad. 11001032600020110003900 (41719), C.P. Jaime Orlando Santofimio, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

concreta para su suscripción, y que, además, está sujeto a unas formalidades expresas para su celebración. Veamos, ahora, en qué momento y de qué manera, se configura la relación laboral subordinada, a partir de la revisión del instrumento contractual que analizamos.

En la sentencia del 9 de septiembre de 2021, que se analiza en extenso, el Consejo de Estado señala que el contrato de prestación de servicios configura una relación laboral subordinada, en el momento en el que en la ejecución de este vínculo jurídico se demuestre la concurrencia de los elementos esenciales de la relación de trabajo subordinado establecidos por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y que, al demostrarse esta situación, se configura la relación dependiente, en la que el empleador es el Estado, representado en la entidad beneficiaria de la prestación del servicio, y el trabajador será el contratista.

Lo que se establece, según la providencia comentada, es una relación jurídica dirigida a reivindicar los derechos laborales de una persona sujeta a un régimen de subordinación, en el contexto de un ordenamiento jurídico que, desde la misma Constitución, es garante de esos derechos. No obstante, ateniéndose a las reglas que la misma Constitución establece para el servicio público, el Consejo de Estado señala que la configuración de la relación laboral dependiente entre el Estado y el contratista no conlleva al establecimiento de una categoría de “empleado público de facto”, puesto que la condición del empleo público es regulada y de naturaleza legal y reglamentaria. El hecho de reivindicar la protección de los derechos laborales subjetivos del contratista no implica, ni significa, la creación de una categoría de empleo público que no contempla el régimen legal del servidor público.

5.1.3. Los elementos esenciales de la relación laboral dependiente, en la Administración pública

En este punto, es importante identificar tres categorías, en función de la prestación del servicio:

- Contrato de trabajo. Propio de la relación laboral privada, y del trabajador oficial. En el caso de la configuración de la relación laboral del contratista con la entidad, no es procedente, habida cuenta de que la causa jurídica de la declaración no es el acuerdo de voluntades –propio del contrato–, sino la configuración fáctica de unos elementos esenciales.
- Empleo público. Propio de la relación laboral pública, se basa en la determinación de cada empleo en la planta de cada entidad pública, contenida en la ley o en el reglamento correspondiente. En el caso de la configuración de la relación laboral del contratista con la entidad, no es procedente, habida cuenta de que la causa jurídica de la declaración no es la materialización de la relación legal y reglamentaria, conforme con los postulados establecidos por el artículo 122 de la Constitución.
- Relación de trabajo dependiente. Es transversal a las relaciones de trabajo públicas y privadas, por cuanto se basa en el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 Constitucional, y que se configura a partir de la concurrencia de los elementos esenciales de este tipo de relaciones jurídicas.

A partir de la distinción de esas categorías, podemos identificar los elementos esenciales que establece el Consejo de Estado, en función de la configuración de una relación laboral dependiente, entre la Administración y el contratista:

- Los estudios previos, como manifestación y materialización del *Principio de planeación* (art. 25 L. 80/39; art. 87 L. 1150/07).
- La subordinación continuada en la ejecución del objeto contractual (en analogía de lo previsto por el literal (b) del numeral 1º del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo).
- La prestación personal del servicio, por parte del contratista (en analogía de lo previsto por el literal (a) del numeral 1º del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo).
- La remuneración, como contraprestación por los servicios prestados, a favor del contratista (en analogía de lo previsto por el literal (c) del numeral 1º del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo).

Veamos cómo se concretan estos elementos en las circunstancias fácticas de la ejecución contractual:

- i) Respecto de los estudios previos, como manifestación y materialización del principio de planeación (art. 25 L. 80/39; art. 87 L. 1150/07).- Sobre el particular, el Consejo de Estado, estableció lo siguiente:

...para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el “término estrictamente indispensable” del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

Al efecto, se señala que la justificación en la suscripción del contrato, que corresponde a la causa jurídica del acto jurídico, debe ser explícita, completa e integral, expuesta con claridad en los estudios previos que sustentan la contratación. Esa causa, esto es, la voluntad de la Administración de suscribir el contrato, debe estar expresamente manifiesta, tanto en los documentos precontractuales y contractuales propios de cada contrato, y corresponde al contratista demostrar que existe identidad entre los estudios previos que se elaboren en el evento de una sucesión de contratos.

Ahora, en el evento en el que se trate de un único contrato, también será posible la configuración del elemento, en la medida en que la causa de la contratación, manifiesta en los estudios previos, no corresponda con los postulados que legitiman el uso del contrato de prestación de servicios, así como cuando se logren demostrar, por parte del contratista, elementos o circunstancias fácticas que desvirtúen el carácter excepcional y temporal del instrumento jurídico, en el entramado de la

ejecución del objeto misional de la entidad contratante.

En este punto, y en comparación con la figura del “contrato realidad” tomada del derecho laboral privado en la que se basa la decisión judicial que se comenta, es esencial señalar que el Consejo de Estado impone una carga probatoria al contratista que reclame la declaración –judicial o administrativa– de la relación laboral dependiente, de manera que se separa de la presunción de relación laboral, propia del ámbito privado, para adscribirse a la de la legitimidad del contrato administrativo. En la práctica, esto significa que el contratista reclamante debe probar el “carácter laboral” de la vinculación, a efectos de desvirtuar la presunción de legalidad del contrato administrativo, derivada de su fuente legal, cual es el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, concordante con el mandato constitucional del artículo 122 Superior. Se trata, en todo caso, de un asunto regido por el derecho administrativo.

ii) Respecto de la subordinación continuada en la ejecución del objeto contractual (en analogía con lo previsto por el literal (b) del numeral 1º del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo). Al efecto, el Consejo de Estado acoge la regla del derecho laboral privado, y señala que es el elemento determinante de la configuración de la relación laboral dependiente. Sin embargo, señala que se trata de un elemento abstracto, que se configura en función del contexto y, al efecto, establece unos indicios útiles para determinar su materialización:

- «El lugar de trabajo, que con el teletrabajo se matiza».
- «El horario de labores: la imposición de un horario no implica, *per se*, el ejercicio de la subordinación. En cada caso debe valorarse».
- «La dirección y el control efectivo de las actividades a ejecutar. La debe probar el Demandante, porque, además, se considera un indicio».
- «Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignados los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral».

Indicios que adquieren fuerza probatoria, siempre que el contratista –bien como demandante, bien como solicitante– asuma la carga probatoria de “... acreditar además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad”.

iii) Respecto de la prestación personal del servicio, por parte del contratista (en analogía con lo previsto por el literal (a) del numeral 1º del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo). El Consejo de Estado adopta la regla del derecho laboral privado, en el sentido de que debe demostrarse que el contratista que pretenda la declaratoria de la relación laboral dependiente, debe asumir la carga probatoria de demostrar la ejecución personal de las actividades propias de la vinculación.

iv) Respecto de la remuneración, como contraprestación por los servicios prestados, a favor del contratista (en analogía con lo

previsto por el literal (c) del numeral 1º del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo). La corporación judicial adopta la regla del derecho laboral privado, en el sentido de que el contratista debe demostrar el monto de la remuneración, y para el efecto deberá valerse de los documentos que sean conducentes y pertinentes para el efecto, como lo son el contrato y las cuentas de cobro o las facturas que haya elaborado el reclamante, para efectos del cobro de sus honorarios.

6. EL MANEJO PRÁCTICO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA LABORAL

6.1. El desarrollo normativo y sus efectos

A partir del fundamento conceptual formulado por el Consejo de Estado, que hemos expuesto en extenso en el numeral anterior, la corporación judicial hace un recuento del interés del Estado colombiano de limitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios previsto por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual ha dado lugar a la expedición de un robusto cuerpo normativo, que ha ido creciendo, en función de las coyunturas políticas en torno a este modo de contratación. Como base normativa, se citan las siguientes disposiciones, de carácter contractual:

- Ley 80 de 1993 (art. 32)
- Decreto 2400 de 1968 (art. 2º)
- Decreto 1950 de 1973 (art. 7º)
- Decreto 150 de 1976 (art. 137)

También ha habido intentos de regular el asunto, desde el ámbito disciplinario, como está previsto en estas normas:

- Ley 734 de 2002 (art. 48, núm. 29º)
- Ley 1150 de 2007 (art. 2º, núm. 4º, lit. h.)
- Decreto 2474 de 2008 (art. 82)
- Decreto 4266 de 2010.
- Decreto 734 de 2012 (art. 3.4.2.5.1.)

A esta proposición deben incorporarse las reglas que limitan la contratación en época electoral, contenidas en la Ley 996 de 2005, conocida coloquialmente como “ley de garantías”, a cuyos efectos nos referiremos más adelante.

Así pues, existe un marco normativo, contractual y disciplinario, que proscribe el uso del contrato de prestación de servicios de modo que encubra una relación laboral subordinada o, mejor dicho, con propósitos diferentes a aquellos que el robusto marco normativo le establece, a partir del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Concretamente, la restricción recae en el uso indebido de la figura contractual analizada, que suele asociarse con la necesidad propia de las entidades públicas, de contar con personas que realicen actividades misionales o de apoyo para la gestión de su objeto y de sus funciones. Y sobre el particular, el Consejo de Estado señala que el mismo ordenamiento jurídico laboral administrativo, contempla figuras legales para la provisión de empleos públicos, tales como los empleos temporales (art. 21 L. 909/04)¹² y la figura subsidiaria de los supernumerarios (art. 83 Dcto. 1042/78)¹³, por medio de las cuales se puede satisfacer la necesidad de personas en las entidades públicas, sin incurrir en la conducta censurada, de recurrir al contrato de prestación de servicios, cuando lo requerido es el establecimiento de una relación laboral subordinada.

En este punto, debe tenerse presente que el uso indebido del contrato de prestación de servicios implica la incursión en una falta disciplinaria, así como en una infracción legal del régimen contractual, que afecta al nominador y al generador del gasto, que se agrava si se considera que el mismo ordenamiento jurídico contempla las figuras del empleo temporal y el supernumerario, para paliar las necesidades de personal en el sector público.

6.2. El alcance concreto de la sentencia de unificación

La sentencia del 9 de septiembre de 2021, que venimos comentando, centra su atención concreta en unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado y de establecer un criterio obligatorio y vinculante para la Administración pública, respecto de tres aspectos concretos, a saber:

12 El artículo 21 de la Ley 909 de 2004, establece lo siguiente:

«1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- 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.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

4. El nombramiento en los empleos temporales se efectuará mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y mediante acto administrativo motivado.

De igual manera, el retiro del servicio de los empleados temporales se podrá efectuar por las causales consagradas en los literales d), h), i), j), k), m) y n) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

13 El artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, establece lo siguiente:

DE LOS SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

[...]

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

[...]

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse.

- Determinar el sentido y el consecuente modo de entender e interpretar el alcance de la expresión “término estrictamente indispensable”, contenida en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- Definir el alcance de la solución de continuidad, para determinar la unidad del vínculo contractual.
- Determinar la procedencia del reembolso de lo que el contratista pagara, por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en saldo, en el evento de la declaratoria de la existencia de una relación laboral dependiente entre este y la entidad pública.

Y los abordó así:

- i) Respecto de la determinación del sentido y el consecuente modo de entender e interpretar el alcance de la expresión “término estrictamente indispensable”, contenida en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La sentencia resalta el hecho de que tanto la temporalidad, como la excepcionalidad, son elementos esenciales del contrato de prestación de servicios, de modo que “. . . con ellos no puede suplirse, de manera definitiva, las funciones permanentes o misionales de las entidades, pues su ejercicio solo corresponde a vinculaciones legales y reglamentarias”.

Para cumplir con este precepto, se hace necesario definir el alcance de la expresión “término estrictamente indispensable” y, para el efecto, recurre a los sentidos gramatical y teleológico que entrañan.

En cuanto al sentido gramatical de la expresión, el Consejo de Estado acude al significado de las palabras, para concluir que esta: “. . . se entiende lo ajustado enteramente a la necesidad, esto es, lo que forzosamente debe hacerse o realizarse, y que no se puede prescindir de ello para alcanzar un fin determinado”.

En cuanto a la teleología de la expresión, el Consejo de Estado acude a los principios de la contratación pública, contenidos en los artículos 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y, concretamente, al *principio de planeación*. Al efecto, señala:

El principio de planeación exige que las entidades estatales hagan un estudio juicioso de esta índole, donde identifiquen sus necesidades y los medios para satisfacerlas; o lo que es lo mismo, requieren del ente estatal un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y resolver sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones.

Este principio de planeación está asociado, a su vez, al de legalidad, transversal a toda la función pública.

Con ese fundamento, el Consejo de Estado unifica el sentido del alcance de la expresión comentada, así:

- La contratación es esencialmente temporal, de modo que no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo.

- La expresión “término estrictamente indispensable” tiene lugar de aplicación en la fase precontractual, pues es ahí cuando, en observancia del principio de planeación, que la entidad determina la necesidad del servicio a contratar, los recursos de los que dispone al efecto, el propósito del contrato y el plazo máximo para su ejecución. De ese modo, los estudios previos a la contratación son particularmente relevantes.

Sobre el particular, la sentencia, explícitamente, señala lo siguiente:

134. En ese orden de ideas, la Sala unifica el sentido y alcance del “término estrictamente indispensable” como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.

ii) Respecto del alcance de la solución de continuidad, para determinar la unidad del vínculo contractual. Para el efecto, se determina preliminarmente el significado de la expresión “solución de continuidad”:

- Hay solución de continuidad cuando hay una interrupción entre una situación o relación jurídica, y otra.
- No hay solución de continuidad cuando no existe esa interrupción, y “equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose”.

Hecha la aclaración, el Consejo de Estado señala que habrá solución de continuidad entre uno y otro contrato cuando entre la terminación del primero y la iniciación del siguiente medien treinta (30) días hábiles. No obstante, serán las condiciones particulares de cada caso las que determinen la operancia de ese plazo, que puede ser mayor o menor, según las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar, en las que se lleve a cabo la ejecución contractual, a partir de la demostración de las mismas.

Este plazo de solución de continuidad está, a su vez, asociado con el cómputo y operancia del plazo de prescripción extintiva. Conforme con lo previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, los derechos salariales y prestacionales del servidor público prescriben luego de tres (3) años transcurridos desde el momento en que se hacen exigibles. Esta regla se repite en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; ahora bien, según lo establecido en la sentencia comentada, la solución de continuidad no afecta la prescripción de los derechos laborales derivados de los contratos cuya naturaleza se debata, tanto en la vía administrativa, como en la judicial.

iii) Respecto de la procedencia del reembolso de lo que el contratista pagara, por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en saldo, en el evento de la declaración de la existencia de una relación laboral dependiente entre este y la entidad pública. El Consejo de Estado acoge la doctrina vigente al respecto: los aportes pagados no se reintegran, por cuanto su causación no se

deriva de la existencia de una relación laboral dependiente, sino de la concreción de la condición establecida por el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, derivada de la generación de un ingreso que, como mínimo, corresponda al valor de un salario mínimo legal mensual, de modo que genera *capacidad de pago* para el cotizante.

7. RECOMENDACIONES

Con fundamento en las consideraciones preliminares, consideramos procedentes unas recomendaciones respecto del uso adecuado del contrato de prestación de servicios, regulado por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

- Es esencial tener presente que la Sentencia de Unificación SUJ - 025 - CE - S2 – 2021, del pasado 9 de septiembre de 2021 debe ser observada y aplicada por todas las entidades públicas, concretamente en lo dicho en el acápite de unificación, en estos términos:

5. Efectos de la sentencia

240. El numeral 1.º del artículo 237 de la Constitución consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado la de desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, por lo que la jurisprudencia que profiere es vinculante y debe aplicarse para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción.

241. En razón de lo anterior, y con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales, las reglas jurisprudenciales que se fijan en esta providencia se aplicarán a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.

242. Finalmente, para garantizar la seguridad jurídica y dar prevalencia a los principios fundamentales de la seguridad social, no puede invocarse el principio de igualdad para solicitarse la inaplicación de esta sentencia.

Siendo aplicables estas reglas:

«[...] Unificar la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de precisar las siguientes reglas en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes:

(i) La primera regla define que el concepto de “término estrictamente indispensable”, al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que, frente a la no afiliación al sistema de la seguridad social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal».

- La observancia de los mandatos de la sentencia vincula a las entidades administrativas, para que resuelvan las reclamaciones que formulen eventuales contratistas que discutan la naturaleza y los efectos del contrato de prestación de servicios, sin que sea mandatoria la necesidad de una sentencia judicial.
- En el evento de una reclamación en torno a la naturaleza y los efectos del contrato de prestación de servicios, será el reclamante, esto es el contratista que pretenda dichas declaraciones, quien tendrá que demostrar que en la ejecución de la relación contractual concurren los elementos que el Consejo de Estado ha determinado como esenciales para la declaración de la relación laboral dependiente: i) estudios previos que no sostengan la temporalidad de la contratación; ii) subordinación en la ejecución del contrato; iii) actividad personal del contratista; y iv) el pago y el valor de la remuneración. En el caso en el que el reclamante no demuestre la concurrencia de estos elementos no se declarará la existencia de la relación laboral dependiente y se ratificará la presunción de legalidad del contrato administrativo de prestación de servicios.
- En vigencia de la restricción de contratación pública, establecida por el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 –conocida como “ley de garantías”-, se prohíbe la contratación directa, en todas las entidades públicas adscritas a la rama ejecutiva del Poder Público, durante el lapso correspondiente a los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial en primera vuelta, y hasta que hubiere transcurrido la elección presidencial en segunda vuelta. Esta restricción abarca, desde luego, la suscripción de contratos de prestación de servicios.
- No obstante la prohibición de contratación directa, la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 no prohíbe la prórroga, la cesión, la modificación, ni la adición de los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la restricción. En consecuencia, los contratos de prestación de servicios vigentes en ese lapso pueden verse afectados por estas circunstancias.
- Debe señalarse que la regla de prohibición de la contratación directa en vigencia de las restricciones que impone la ley de garantías, contempla unas excepciones, determinadas taxativamente por el artículo 33 de la Ley 996 de 2005:
 - contratos relacionados con la seguridad y la defensa nacional;
 - contratos de crédito público;
 - contratos requeridos para atender emergencias educativas, sanitarias, o para la prevención y atención de desastres;
 - contratos para la reconstrucción de infraestructura dañada por atentados, actos terroristas, desastres naturales, o casos de fuerza mayor;
 - contratos que “deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”.

El sustento de la necesidad de la contratación, al amparo de estas excepciones, debe estar sustentado, de manera necesaria, en los estudios previos que soporten la suscripción de estos.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

Ley 153 de 1887

Ley 80 de 1993

Ley 100 de 1993

Ley 1150 de 2007

Ley 1437 de 2011 – CPACA

Ley 2080 de 2021

Código Sustantivo del Trabajo

Decreto 2127 de 1945

Decreto 3135 de 1968

Decreto 1848 de 1969

Decreto 1042 de 1978

Decreto 1510 de 2013

Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015

Sentencia CC – C – 300 – 2012

Sentencia CCT – 723 – 2016

Sentencia de Unificación SUJ - 025 - CE - S2 - 2021 del 9 de septiembre de 2021

Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 2013, rad. 11001032600020110003900 (41719), C.P. Jaime Orlando Santofimio