

UNIFICACIÓN DE REGLAS EN LA TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación de jurisprudencia el 9 de septiembre de 2021 en la que rechazó las prácticas fraudulentas que violan sistemáticamente los derechos constitucionales y legales de los trabajadores, evidenciando que dicha práctica no solo ha continuado pese a las distintas condenas y reproches realizados, sino que lamentablemente ha llegado incluso a extenderse.

Luego de reiterar el contexto nacional e internacional pertinente, el Consejo de estado, precisó las características del contrato estatal de prestación de servicios para luego especificar que el objeto de este contrato tiene como fin atender “funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un contrato o una obra pública” así como también, de manera “excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados”

Recordó cómo históricamente (desde 1968) en Colombia se ha intentado limitar normativamente la indebida celebración de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones permanentes, y que tanto en el Código Disciplinario Único como en la Ley 1952 de 2019 son consideradas como faltas gravísimas las relacionadas con vulneración de derechos fundamentales (artículo 53 de la CN) o la celebración de contratos de prestación de servicios “cuando el 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”.

Se denominan genéricamente Contrato Realidad los procesos en que el origen del debate judicial se fundamente en la petición de declarar la existencia de una relación laboral derivada de un contrato de prestación de servicios, celebrado con una persona natural. De igual modo se solicitan los pagos y restituciones a que haya lugar. La atención oportuna de estas circunstancias disminuye el riesgo del daño antijurídico y mermar la litigiosidad que se traduce en procesos judiciales.

Es entendido que una vez identificadas las causas problemáticas que generan daño antijurídico y por ende litigiosidad en la entidad, se plantea la necesidad de que la política de prevención desarrolle mecanismos tendientes a aminorarla y establecer parámetros preventivos que procuren que las áreas o dependencias mediante sus actuaciones administrativas cumplan con los procedimientos internamente establecidos, haciendo el seguimiento respectivo de los tramites en los cuales se reporte falencias.

El Consejo de Estado, advirtió a la comunidad en general que “los temas objeto de



(607) 885 3157 - 8853324



secretaria@transitoarauca.gov.co



www.transitoarauca.gov.co

unificación, constituyen precedente vinculante en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 270 y 271 *ibidem*, para todos los casos en estudio, tanto en vía administrativa como judicial, excepto los que hayan hecho tránsito a la cosa juzgada” y que “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”.

Se resaltan: Sentencias T-723 de 2016, C-479 de 1992, C-154 de 1997, C-665 de 1998, y los artículos 53 y 122 de la CN, artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

El mencionado artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 resume los estudios previos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin”. Este criterio, el de los estudios previos, puede resultar útil para demostrar que los contratos de prestación de servicio materializados de manera sucesiva, forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente al desbordar el “término estrictamente indispensable.

1. El consejo de Estado, unificó textualmente 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.

2. **El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad.**

Para la Sala, la anterior interpretación unifica el significado y alcance del término estrictamente indispensable» del numeral 3. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual se acompasa plenamente con la interdicción de prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios.

Al respecto, se observa en la sentencia objeto de análisis: Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como una camisa de fuerza que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración,



(607) 885 3157 - 8853324



secretaria@transitoarauca.gov.co



www.transitoarauca.gov.co

el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

La Sección Segunda del Consejo de Estado aclaró que la sentencia de unificación de jurisprudencia sobre los contratos de prestación de servicios (con radicado 05001233300020130114301) no prohíbe, limita o desestimula su celebración por parte de las entidades públicas.

3. Además, aclaró que esa providencia tampoco impone ningún tipo de regla temporal para poder volver a vincular a contratistas que han terminado de ejecutar el respectivo convenio por prestación de servicios y así evitar que este se convierta en un contrato realidad. Los 30 días hábiles que deberían pasar entre la fecha de terminación de una vinculación y la fecha de inicio de la siguiente para que se entienda que hay solución de continuidad solo tienen cabida si se evidencia que hay un contrato realidad y exclusivamente para contabilizar la prescripción de los derechos laborales y prestacionales aplicables, subrayó la Sala.

Esto significa que a los contratos de prestación de servicio que sí están sujetos a la ley (artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993) no se les impuso ningún límite temporal.

El pronunciamiento obedece a una solicitud de aclaración que presentó el procurador tercero delegado ante el Consejo de Estado. El Ministerio Público sostuvo que la difusión que ha tenido la sentencia ha llevado a construir la idea en el conglomerado social de que es necesario revisar los estudios previos de todas las vinculaciones en el marco de la figura de la prestación de servicios, para ajustarlas a la tesis jurisprudencial. Lo anterior, dice, amerita que la sala, si así lo considera, aclare o adicione la sentencia respondiendo a los siguientes interrogantes:

Aclaró que los contratos de prestación de servicios en ningún momento han sido prohibidos por el ordenamiento jurídico y que “esta corporación en ningún momento ha pretendido desestimar la utilización de este tipo de contratos; por el contrario, lo considera un importante instrumento de gestión pública que apunta, fundamentalmente, a la solución y atención de determinadas necesidades de las diferentes entidades y organismos de la Administración”.

Precisó que lo que se busca es neutralizar el uso abusivo de la figura del contrato de prestación de servicios, para burlar los derechos salariales y prestacionales en contra de quienes, en vez de contratistas, son verdaderos servidores del Estado.

Frente al límite necesario y el plazo establecido como de solución de continuidad que debería ser aplicable a los contratos de prestación de servicios en el marco de los de inversión traídos a colación por la Procuraduría, aclaró que la unificación se refiere a los contratos de prestación de servicios y a la necesidad de evitar su uso abusivo en detrimento de los derechos laborales, independientemente del sector en el que se celebren.

Sin embargo, aclaró también que el límite de 30 días entre la terminación de una relación contractual y el inicio de la siguiente debe entenderse como un indicador para inferir que no hay solución de continuidad entre uno y otro contrato de prestación de servicios y ello únicamente para el cálculo de la prescripción de los derechos exigibles en el marco de la relación laboral que allí se terminó gestando. Ello “sin perjuicio de reiterar que dicho término «(...) no debe entenderse como “una camisa de fuerza” que impida tener en cuenta un mayor período de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia de cara a determinar la no solución de continuidad»”.

Es decir, lo decidido en este punto se refiere únicamente a aquellos **contratos de prestación de servicios celebrados de manera indebida, vistos desde la perspectiva del contrato realidad**, Subrayando que esto **se da cuando, el contrato de prestación de servicios no permita que el contratista actúe con independencia y autonomía sino bajo la subordinación y dependencia de la entidad contratante**, ello daría lugar al surgimiento de una relación laboral. Si la contratación, siguiendo estas características, se da dentro de los 30 días hábiles, desde la finalización del último contrato, debe entenderse que existe una única relación negocial continuada, pero exclusivamente en aras a calcular la prescripción de los derechos laborales, salariales y prestacionales que son exigibles en estos casos.

De lo anterior se desprende que la subregla señalada en la sentencia de unificación no cobija a los contratos de prestación de servicios que se celebren con apego estricto a las condiciones del artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993

En Sentencia de Unificación Jurisprudencial **Sentencia 2013-01143 de 2021 Consejo de Estado**, el Consejo de Estado ratificó el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, cuando en la ejecución de un contrato bajo la modalidad de prestación de servicios se configuran elementos de la relación laboral, **en dicha providencia se precisó lo siguiente:**



(607) 885 3157 - 8853324



secretaria@transitoarauca.gov.co



www.transitoarauca.gov.co

1. Los estudios previos

La Administración Pública debe dar aplicación a un plan en cada uno de sus procesos de selección, en especial, en los que lleva a cabo de forma directa. Así lo consideró el legislador al redactar el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, donde, en este último, bajo la figura denominada «maduración de proyectos», dispuso la exigencia de elaborar estudios, diseños y proyectos, y los pliegos de condiciones, según corresponda, con anterioridad a la apertura de un proceso de selección o a la firma de un contrato si la modalidad de contratación es la directa.

El mencionado Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 resume los estudios previos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin.

En este sentido, 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 subyacente 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.

2. Subordinación continuada

De acuerdo con el Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

La reiterada jurisprudencia de esta corporación -que aquí se consolida- ha considerado,

como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

- **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala del consejo de estado estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.
- **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.
- **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi,³⁵ la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación.

En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

- **Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta.** Siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas,



(607) 885 3157 - 8853324



secretaria@transitoarauca.gov.co



www.transitoarauca.gov.co

semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el **Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo**.

En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

3. Prestación personal del servicio

Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;³⁶ pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.

4. Remuneración

Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.

Unificación del sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

La autorización prevista en el numeral 3.º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para celebrar contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, es esencialmente temporal; por lo tanto, este tipo de contratos, cuando se suscriben con personas naturales, no pueden concatenarse



(607) 885 3157 - 8853324



secretaria@transitoarauca.gov.co



www.transitoarauca.gov.co

indefinidamente en el tiempo.

Siguiendo esa lógica, el término estrictamente indispensable», al que alude la referida norma, tiene lugar en la fase precontractual, pues es en esta donde la entidad contratante aproxima, en función del objeto a contratar y de los recursos disponibles, el tiempo máximo que estima «imprescindible» para su ejecución.

En otras palabras, la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido, y este debe estar sujeto al principio de planeación, 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.

No obstante, lo anterior, en la práctica, durante el término de ejecución de los contratos, suele ocurrir que se presentan ciertas situaciones imprevistas que exijan su prórroga; por lo cual, en algunos casos, el tiempo estimado, ab initio, como «el ajustado enteramente a la necesidad», puede resultar insuficiente. En cualquier caso, las mismas razones que en su momento justificaron la planeación del contrato inicial y la suscripción de los contratos modificatorios del plazo de ejecución, deben encontrar soporte en los mencionados estudios previos.

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.

Para la Sala, la anterior interpretación unifica el significado y alcance del «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual se acompasa plenamente con la interdicción de prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios.

Cordialmente,

Aprobó: Miembros del Comité de Conciliación.

proyectó: Manuel Iván Rico Lara -secretario general ITTDAR-



(607) 885 3157 - 8853324



secretaria@transitoarauca.gov.co



www.transitoarauca.gov.co