
**EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN DEL
CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
REGULADO EN LA LEY 80/1993**

**THE COORDINATION PRINCIPLE ON THE
PROVISION OF SERVICES AGREEMENT
REGULATED BY THE LAW 80/1993**

**LE PRINCIPE DE COORDINATION DU
CONTRAT DE PRESTATION DE SERVICES RÉGI
PAR LA LOI 80/1993**

**O PRINCÍPIO DA COORDENAÇÃO DO
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
REGULADO PELA LEI 80/1993**

65

Fecha de Recibido: 9 de marzo de 2020
Fecha de Aceptado: 12 de abril de 2020

Tania Carolina Martínez Blanco¹
Nubia Lorena Daza López²

¹ Abogada, Esp. en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. ORCID: 0000-0001-9918-6885. Email: tanicmb@hotmail.com.

² Abogada, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Proyecto Observatorio de Compra pública. El Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas, vinculado a la Facultad de Derecho de la USTA-Tunja. ORCID: 0000-0003-4469-3868. Email: lorena.dl@hotmail.com.

Resumen

Los contratos de prestación de servicios se encuentran dentro de la tipología contractual compilada en la Ley 80 de 1993. Se encuentran consagrados como causal de contratación directa dentro del literal h del artículo 02 de la Ley 1150 de 2007. Al ser altamente celebrados por las entidades estatales han sido objeto de variados análisis. En este caso, el estudio se centrará entre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades de cara al principio de coordinación de ejecución de actividades. Lo anterior, cobra especial relevancia por el cambio de paradigma del Consejo de Estado desde una postura progresista en la que se argumenta, que si bien es cierto, no es posible vulnerarle al contratista, principios constitucionales como el contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, también es cierto que el contratista debe ejecutar las actividades para la entidad en el desarrollo de la misión institucional y las funciones propias de la Constitución y/o de la Ley.

Palabras clave

Selección del contratista, Contrato de Prestación de Servicios, Principio de coordinación, Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Abstract

Provision of services agreements are inside of the contractual typology compiled in the law 80 from 1993. Those are consecrated as a cause of direct contract inside of literal h, article 02 of the Law 1150 from 2007. Those contracts have been celebrated by the state entities being analyzed in many occasions. In this case, this article will focus on the reality primacy principle over the formalities facing to the activities' execution coordination principle. Therefore, it takes on a higher relevance by the paradigm change of the Council State from a progressive position, in which it argues, even though, it is not possible to infringe it to the contractor, constitutional principles like those on the article 53 of the Political Constitution of 1991. . Besides, it is true that the contractor must carry out the activities for the entity in the frame of the entity mission and duties related to the Constitution or the law.

Keywords

Contractor Selection, Provision of Services Agreement, Coordination Principle, Reality Primacy Principle Over Formalities.

Résumé

Les contrats de prestation de services s'inscrivent dans la typologie contractuelle établie par la loi 80 de 1993. Ils sont consacrés comme une cause de passation de contrats directs au sens de l'article 02 de la loi 1150 de 2007. Comme ils sont hautement célébrés par les entités étatiques, ils ont fait l'objet de diverses

analyses. Dans ce cas, l'étude se concentrera sur le principe de la primauté de la réalité sur les formalités face au principe de coordination de l'exécution des activités. Ce qui précède est particulièrement pertinent en raison du changement de paradigme du Conseil d'État, qui est passé d'une position progressiste dans laquelle on affirme que, s'il est vrai qu'il n'est pas possible de violer des principes constitutionnels tels que ceux contenus dans l'article 53 de la Constitution politique de 1991, il est également vrai que le contractant doit exécuter les activités pour l'entité dans le cadre du développement de la mission institutionnelle et des fonctions de la Constitution et/ou de la loi.

Mots-clés

Sélection du contractant, Contrat de prestation de services, Principe de coordination, Principe de la primauté de la réalité sur les formalités.

Resumo

Os contratos de prestação de serviços inserem-se na tipologia contratual compilada na Lei 80 de 1993. São consagrados como uma causa de contratação directa dentro do literal h do Artigo 02 da Lei 1150 de 2007. Por serem altamente celebradas por entidades estatais, têm sido objecto de várias análises. Neste caso, o estudo centrar-se-á no princípio da primazia da realidade sobre as formalidades face ao princípio da coordenação da execução das actividades. O acima exposto é especialmente relevante devido à mudança de paradigma do Conselho de Estado de uma posição progressiva em que se argumenta que, embora seja verdade que não é possível violar princípios constitucionais como os contidos no artigo 53 da Constituição Política de 1991, também é verdade que o contratante deve executar as actividades para a entidade no desenvolvimento da missão institucional e das funções da Constituição e/ou da Lei.

Palavras-chave

Seleção do contratante, Contrato de Prestação de Serviços, Princípio da coordenação, Princípio da primazia da realidade sobre as formalidades.

INTRODUCCIÓN

El contrato de prestación de servicios es un contrato reiteradamente suscrito por entidades del Estado, puesto que, a través de la modalidad de contratación directa, las entidades suscriben obligaciones con personas naturales y/o jurídica con el objeto que apoyen, desarrollen y ejecuten actividades que el personal de planta no está en la capacidad de desarrollar, bien sea por que no existe la especialidad o porque no existe el personal suficiente para suplir las necesidades

de la entidad.

En razón a lo anterior, y teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial que ha existido del tema, resulta necesario estudiar el contrato de prestación de servicios, desde la postura implementada por el Consejo de Estado en el año 2014 y reiterada en sentencias del año 2016, y es aquella que previo a establecer una relación laboral, resulta necesario que el operador judicial analice si el contratista debía cumplir sus obligaciones y ejecutar sus actividades en el marco del horario de la entidad y de las instrucciones de la entidad sin que por ello, se configure el elemento de la subordinación. Frente a esta postura del Consejo de Estado surge entonces la pregunta de ¿Cuál es el papel del principio de coordinación frente al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades en el contrato de prestación de servicios del sector público?

Actualmente diferentes medios informativos de carácter jurídico, así como el Consejo de Estado mediante sentencias donde se hace un análisis de situaciones fácticas respecto de los contratos de prestación de servicios, han encaminado sus esfuerzos en señalarle a la comunidad jurídica, que los elementos que configuran una relación laboral como lo son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, pueden verse truncados para declarar un contrato realidad, si en el elemento de la subordinación, se demuestra un papel preponderante del principio de la coordinación.

Estudiar el contrato de prestación de servicios en el sector público ha sido una temática de amplia difusión desde hace varios años, y el mismo se ha analizado desde diferentes ópticas, sin embargo, hoy por hoy, el Consejo de Estado ha transformado sus posturas en materia de la aplicación de la prescripción como excepción mixta, y ahora recientemente con la aplicación del principio de coordinación.

En razón a lo anterior, resulta conveniente estudiar las posturas recientes del Consejo de Estado, toda vez que en la jurisdicción contenciosa administrativa se ha desarrollado una oleada de demandas en contra de las entidades estatales por la suscripción de contratos de prestación de servicios, que como bien es sabido, es una forma de vinculación de gran volumen en las entidades estatales, tal como lo ha advertido la Contraloría General de la Republica en sus diferentes auditorías.

Conforme lo anterior, resulta útil académicamente presentar un análisis de las posturas recientes del Consejo de Estado en materia de contrato de prestación de servicios con el objetivo de recopilar cada una de las posturas y servir de base para la defensa de las entidades estatales.

Actualmente en el análisis de la defensa judicial de las entidades del Estado, se ha advertido un esfuerzo por desvirtuar el cumplimiento de los tres elementos de configuración de la relación laboral, sin embargo, allí no se evidencia la presentación de la aplicación de las nuevas teorías mediante las cuales el Consejo de Estado ha desvirtuado el principio de la realidad sobre las formalidades

jurídicas, con base en lo anterior, el presente escrito profundizara en la presentación del principio de coordinación, como tesis de defensa de las entidades del Estado y así aportar un nuevo conocimiento consolidado en un solo documento.

1. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO FIGURA JURÍDICA DE VINCULACIÓN CON LAS ENTIDADES ESTATALES

A. De las modalidades de selección del contratista contempladas en el ordenamiento jurídico colombiano.

La Ley 80 del 28 de octubre de 1993, establece los principios y reglas que rigen los contratos de las entidades estatales, en aquella se señala en el artículo 32 numeral 02, que el contrato de prestación de servicios será 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.

Posteriormente, el 16 de julio de 2007, el Congreso de la República emitió la Ley 1150 de 2007 (CONGRESO DE LA REPUBLICA, 2007) con el objetivo de introducir modificaciones a la Ley 80 de 1993, así como dictar disposiciones para contratar con recursos públicos. En la referida normatividad en el artículo 2º se consagraron las modalidades de selección de los contratistas por parte de las entidades estatales, estipulando las siguientes: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, incluyéndose como causal de esta última, la prestación de servicios y de apoyo a la gestión.

Posteriormente, el 12 de julio de 2011, mediante la Ley 1474 de 2011 (CONGRESO DE LA REPUBLICA , 2011), el Congreso Colombiano con el objetivo de fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, mediante el artículo 94, adicionó el artículo 02 de la Ley 1150 de 2007, incluyendo como modalidad de selección de los contratistas por convocatoria pública la mínima cuantía.

Dentro de los Decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional y relevantes a la fecha se encuentra el Decreto 1510 de 2013 hoy subrogado por el Decreto 1082 de 2015. En la normatividad reglamentaria Art. 81. Dcto

1510/2013 y Art. 2.2.1.2.1.4.9 del Dcto. 1082 de 2015, se continúa con la inclusión de la posibilidad de suscribir los contratos de la referencia con personas jurídicas. Ello cobra relevancia atendiendo que la Ley 80 de 1993 no lo consagra empero los decretos reglamentarios si lo realizan.

B. Generalidades de la Contratación directa

La contratación directa es una modalidad de selección, como se ha venido reiterando contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual ha tenido un sin número de connotaciones y modificaciones con el objetivo de darle cumplimiento al principio de transparencia y objetividad.

Así mismo, se ha consagrado como la modalidad de selección que simplifica la selección y suscripción del negocio jurídico con el contratista, catalogándose como el mecanismo eficaz y de economía en el desarrollo de los trámites, siempre y cuando se encuentre inmerso en las causales taxativas señaladas en la Ley 1150 de 2007.

Respecto del tema ha señalado Solano que: la contratación directa es una modalidad de selección del contratista, mediante el cual no se surte un concurso o convocatoria pública, sino que objetivamente se selecciona el contratista por encontrarse incurso en las causales establecidas en la Ley 1150 de 2007 artículo 2º literal h. (2010, p. 329).

De conformidad con lo estipulado en la Ley 1150 de 2007, la contratación directa debe ser adoptada de forma excepcional por la entidad del Estado, y ello aplica cuando el objeto del estudio previo y la justificación de la necesidad se enmarcan en alguna de las causales expresamente señaladas en la norma.

B. De la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión.

De la lectura del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se establece que la vinculación de personas naturales a las entidades puede ser de dos clases: 1. La prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; 2. Contratos *intuitu personae*. En un primer momento se abarcará el contrato de *intuitu personae*, con el objeto de presentarlo rápidamente y no centrar la atención en el mismo como quiera que en el mismo no estudia el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y el principio de coordinación.

El *contrato intuitu personae* se caracteriza por las calidades y condiciones de la persona a quien se va a contratar, por sus condiciones artísticas e intelectuales, que establecen que solo determinada persona pueda realizar el objeto contractual y que, a diferencia de los contratos de prestación de servicios profesionales, este no puede cederse pues el fin principal del mismo es la ejecución personal del contrato.

Al respecto el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo (2002) ha sostenido:

(...) El contrato estatal se celebra intuitu personae en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con su previa autorización, (...), para ser trasferidas al cesionario quien en adelante ostentará la calidad de contratista y frente a quien la administración debe exigir las calidades técnicas, financieras y administrativas necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual (Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, [07 de febrero de 2002] Alíer E. Hernández Enríquez).

De conformidad, con lo expuesto por el Órgano De Cierre De La Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la mencionada clasificación de los contratos de prestación de servicio deben estar plenamente soportados y justificados en lo que respecta la necesidad y los requerimientos específicos, con el objetivo de precisar y determinar claramente que el contratista seleccionado es quien debe ejecutar el objeto del contrato, atendiendo a las especiales condiciones artísticas e intelectuales que el mismo posee y que garantizarán la ejecución de una forma beneficiosa para la entidad, de tal forma que refleje los intereses y satisfaga la necesidad de forma eficaz.

El contrato prestación de servicios y de apoyo a la gestión, tiene por objeto la realización de actividades propias de la administración de la entidad ó del cumplimiento eficiente de las funciones de la misma.

Respecto de la naturaleza del contrato de prestación de servicios, la Corte Constitucional Colombiana indico que el contrato de prestación de servicios profesionales enunciado en la Ley 80 de 1993, tiene como partes contratantes a una persona natural y a una entidad del Estado de las detallada en el artículo 02 de la referida norma o del mismo decreto Leu 111 de 1996.

La Corte Constitucional analizando la tipología contractual que hoy nos ocupa, indicó en lo que respecta a las obligaciones que las mismas deberán centrarse en la ejecución conforme su experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia. Se agrega que la característica principal, es la autonomía e independencia en la labor, la cual se traduce en libertad o de discrecionalidad en la ejecución del contrato desde el punto de vista técnico y científico. La libertad de la cual se hace referencia se concreta en tres pilares, libertad de criterio técnico, libertad de medios de ejecución del contrato, libertad en tiempos de ejecución, siempre y cuando se esté dentro del plazo suscrito.

En lo atinente al plazo del contrato, el mismo es característico del contrato de prestación de servicios, toda vez que el mismo debe ser temporal conforme lo indica la normatividad. La temporalidad del contrato materializa el principio de planeación, puesto que, la entidad tendrá el deber de planear cada actividad y conforme con ello estipular el periodo de ejecución. La Corte indica que en el caso que el contrato deba permear en el tiempo, se deben tomar medidas por la entidad para la reestructuración de la misma conforme lo señalado por el artículo 122 de la Constitución Política de 1991. (Corte Constitucional Colombiana, [19 de marzo de 1997] Sentencia C-154-1997, Hernando Herrera Vergara).

Previo a explicar cada uno de los elementos del contrato de prestación de servicios en general, resulta menester señalar que los contratos de prestación de servicios se subclasifican en: a). profesionales y b). de apoyo a la gestión.

Respecto de las diferencias entre uno y otro, las mismas vienen consagradas en el numeral 03 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, indicando que los contratos de prestación de servicios profesionales son aquellos en los cuales se verifica como requisitos mínimos de la contratación los estudios profesionales de la persona natural, acreditados por una institución reconocida por el Ministerio de Educación Nacional. Por su parte, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, son aquellos que desarrollan actividades propias de la administración y que no pueden ser ejecutadas por personal de planta e implican el desempeño de esfuerzos o actividades de apoyo, soporte o de acompañamiento técnico, logístico u operacional. El apoyo se centra en las funciones de gestión que requiere la administración. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, [02 de diciembre de 2013] Expediente 41719, Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

El contrato de prestación de servicios, figura analizada en concordancia con otras disposiciones legales, encuentra significativas restricciones en lo que tiene que ver con su objeto y denota su carácter excepcional en lo que se refiere a la prestación del servicio por una persona natural, en este sentido, no puede recaer sobre funciones públicas de carácter permanente, pues en caso que exista una necesidad de vincular personal en tales condiciones, habrá que proceder a la creación de los empleos correspondientes (artículo 7º del Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”); así mismo lo prevé el artículo 17 de la Ley 790 de 2002 “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República”, al señalar que: “La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivo (...)

La Honorable Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de algunos apartes del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se refirió a las características que deben reunir los contratos de prestación de servicios, comparándolas con los elementos configurativos del contrato de trabajo, para concluir que entre las dos figuras se presentan diferencias bien definidas que impiden confundirlas entre sí (Corte Constitucional Colombiana, [19 de marzo de 1997] Expediente D-1430, Hernando Herrera Vergara).

En primer lugar, indicó que la prestación de servicios recae sobre la ejecución de labores relacionadas con “la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores” (Corte Constitucional Colombiana, [19 de marzo de 1997] Expediente D-1430, Hernando Herrera Vergara), agregando que el objeto contractual se circunscribe a la “realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada” (Corte Constitucional Colombiana, [19 de marzo de 1997] Expediente D-1430, Hernando Herrera Vergara).

Luego, sostuvo que la autonomía e independencia técnica y científica del contratista, constituye el elemento esencial de este tipo de contratos, de manera que aquel “dispone de un amplio margen de discrecionalidad” con relación “a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas”.

A renglón seguido, la Corporación insistió en que: Entre tanto la Corte Constitucional, determinó que el contrato de trabajo se configura ante la existencia de tres elementos: i) la prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación laboral y iii) la remuneración como contraprestación del mismo. Bajo este contexto, concluyó que el presupuesto diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y un contrato de trabajo, es el referente a la subordinación o dependencia, propio de la relación laboral y, que se traduce en la actitud asumida por la administración en el sentido de “impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio” (negrilla fuera de texto). (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, [23 de noviembre de 2005] Expediente 1693 de 2005, Flavio Augusto Rodríguez Arce).

2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMALIDAD EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, EN LOS TÉRMINOS DEL CONSEJO DE ESTADO

La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991. La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades opera si se prueban los elementos esenciales de un contrato de trabajo a saber: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, creando un contrato denominado “contrato realidad” el cual obliga a reconocer al trabajador como si todo el tiempo que laboró hubiese estado vinculado por medio de un contrato de trabajo, reconociendo todas las prestaciones sociales que le hubiesen correspondido al trabajador que fue vinculado por una forma contractual alterna, por lo cual, el principio se traduce en una herramienta constitucional que posee un trabajador para evitar desigualdades e inequidades en el desempeño de sus labores; por otra parte también evita que el empleador tenga un beneficio injustificado a costa del trabajador, quien se somete a desventajas salariales y en temas de seguridad social, imponiendo así una carga que la persona no está dispuesta a soportar, lo cual en un Estado Social de Derecho debe estar absolutamente prohibido en la medida que es un deber estatal garantizar los derechos al trabajo.

En consideración a lo anterior, el H. Consejo de Estado al respecto ha señalado: “Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido *personal* y que por dicha labor haya recibido una *remuneración* o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista *subordinación* o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la *permanencia*, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la *equidad o similitud*, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral” (Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección "B", consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve,

dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11).

En ese contexto y como ha sido reiterado en diferentes sentencias por el H. Consejo de Estado, los contratos de prestación de servicios no pueden ocultar una mera relación laboral, cuando los mismos así se configuran. No obstante, tal situación se está tergiversando con aquellos contratos de prestación de servicios que por las actividades y misiones de la entidad debían estar coordinados sin que ello implicara una relación laboral, por tanto, resulta procedente analizar el principio de coordinación establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La doctrina ha señalado que la subordinación por parte del contratista en la ejecución del contrato desnaturaliza el contrato de prestación de servicios y lo traduce en un contrato de tipo laboral. La prueba de subordinación de conformidad con la jurisprudencia administrativa se ha materializado en indicios como por ejemplo la existencia de horario de trabajo, la asignación de turnos en planillas, labores supervisadas por un superior, memorandos, circulares dirigidos con asignación de actividades y parámetros a los contratistas, amonestaciones, reconocimiento de viáticos. (Benavides José Luis, Contratos Públicos Estudios, Editorial Universidad Externado, 2014).

75

En estos términos, se permite concluir conforme lo ha señalado la jurisprudencia administrativa que el elemento principal para determinar la transición entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral es el elemento de subordinación. Un elemento importante dentro del proceso, igualmente es la temporalidad del contrato y el tiempo durante el cual, el mismo se ha suscrito, empero es de resaltar que el mismo resulta relevante si se logra probar junto con factores adicionales.

En este punto es menester resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido homogénea en indicar que la carga probatoria para demostrar el contrato realidad, la tiene la parte demandante, quien debe establecer la subordinación, acreditando fehacientemente, en forma incontrovertible e inocultable las situaciones alegadas. (C.E. Sección Segunda, del 15 de junio de 2006, Expediente 4286-05; Consejo de Estado Sección Segunda A, Sentencia del 19 de enero de 2006, Exp., 2579-05, entre otras).

Es necesario precisar, que la coordinación de actividades entre las partes del contrato de prestación de servicios, que conlleva a que el contratista acate las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada no implica necesariamente la presencia del elemento de subordinación (Consejo de Estado, Sección Segunda, [13 de mayo de 2010] Expediente 0924-09, Bertha Ramírez de Páez).

3. EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO. UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Recopilando lo desarrollado hasta el momento respecto del contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, es menester reiterar que el primero de estos, alude a una actividad independiente con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Por lo tanto y como ha sido reiterado en las diferentes providencias judiciales tanto de precedente vertical como de precedente horizontal la subordinación es determinante para diferenciar el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, puesto que es la mencionada característica la que fija la independencia del contratista de la administración pública y que no genera el derecho a las prestaciones sociales. (Legis, 2016)

Pero como en líneas anteriores se sostuvo, el Consejo de Estado ha presentado una variable de carácter interviniente sosteniendo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye 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, pero ello no significa necesariamente la configuración del elemento de subordinación, así ha definido el principio de coordinación.

En sentencia reciente, la cual para la presente investigación resulto de principio arquimédico, el H. Consejo de Estado señaló:

Entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación (Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Expediente No. IJ-0039. Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda).

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o

requiere conocimientos especializados” (Consejo de Estado, Sección segunda – Subsección “A”, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016) Radicación No. 05001 23 31 000 2005 00902 01 -3147-2014-)

Respecto del elemento de la coordinación sea imperioso resaltar la necesidad que tiene la entidad, que sus contratistas ejecuten las actividades en el marco del horario de atención al público que se tenga, no concluyéndose que se cumpla un horario por parte del contratista, sino porque simplemente se requiere la ejecución de sus actividades para el cumplimiento de sus fines, al respecto ha sostenido el Consejo de Estado:

... Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales. (Consejo de Estado, Sección segunda Subsección “B” Consejera ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez 18/09/2014, Expediente No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 No. 0739-2014)

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye 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, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

En análisis del elemento del horario el Consejo de Estado al respecto ha señalado:

Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que *ab initio* se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor (...)

En conclusión, previo a determinar si el contratista en efecto se encuentra enmarcado en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta imperioso por parte del juez de acuerdo con la carga probatoria aportada por la parte demandante determinar si el contratista era de aquellos que debían estar en el desarrollo de sus actividades coordinado con la misión y funcionamiento de la entidad, sin que lo mismo se entienda como una configuración del elemento de la subordinación.

El Consejo de Estado ha venido aceptando la aplicación del principio de coordinación en las siguientes sentencias: Consejo de Estado del 21 de abril de 2016, expediente 3147-2014; Consejo de Estado del 16 de junio de 2016, expediente 1317-15; Consejo de Estado de 06 de mayo de 2015, expediente 193312; Consejo de Estado 19 de febrero de 2009, expediente 3074-2005; Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2013, expediente IJ-0039; Consejo de Estado de 23 de junio de 2005, expediente No. 245.

De las sentencias analizadas se puede establecer que la subordinación se caracteriza por: el poder jurídico permanente emanado del contrato de trabajo y/o normas legales; por las órdenes e instrucciones respecto del actuar y forma de ejecución del trabajo. Este tipo de ordenes se concreta en las condiciones, tiempo, modo y lugar. Como lo se señalamos en líneas anteriores sin el cumplimiento de cada una de las libertades; se haga agregan dos elementos fundamentales al concepto de subordinación como lo son la imposición de reglamentos y la potestad disciplinaria que se pueda ejercer con el contratista.

Por su parte la coordinación acepta la potestad de la supervisión para ejecutar con calidad el contrato; en el marco del principio de coordinación se permite emitir instrucciones y fijación de condiciones para la ejecución eficiente del objeto, como por ejemplo horario y presentación de informes, siempre y cuando se realice dentro de los parámetros del contrato en lo que respecta a plazos y obligaciones. Se agrega que al supervisor es dable indicarle al contratista que incorpore normas, códigos, desde la planeación de actividades y suscripción del contrato. En lo atinente a la potestad disciplinaria la misma es procedente en el marco del régimen contractual.

4. ANALISIS ARGUMENTATIVO –CONCLUSIONES

El artículo 02 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se ha venido desarrollando mediante la suscripción de diferentes contratos a través de las distintas modalidades de contratación. Dicho requerimiento siempre ha estado regulado por parámetros legislativos previamente establecidos, con el objetivo de no generar detrimento en el patrimonio público.

Como resultado de lo anterior y siempre que la entidad requiera satisfacer una necesidad de la entidad con personal y con el existente en la planta de personal

no sea suficiente, puede recurrir a la modalidad de contratación directa en la causal h del artículo 02 de la Ley 1150 de 2007, a suscribir un contrato de prestación de servicios de los establecidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Por consiguiente, la suscripción de los contratos de prestación de servicios bien sea de carácter profesional o de apoyo a la gestión, deben ser contratos meramente autónomos e independientes, lo anterior con el objetivo que no se configuren relaciones laborales, que, con posterioridad a ello, generen demandas para la entidad que suscribió el contrato y conlleven a condenas amplias a favor del pago de prestaciones sociales.

Con todo, el cumplimiento de la autonomía y la independencia y la ausencia en la configuración del elemento de subordinación, no puede conllevar a que el contratista desarrolle sus actividades como “rueda suelta” en la entidad, pues resulta necesario que se encuentre coordinado con la misión de la entidad, sin que por ello se configure una relación laboral.

De lo que se concluye que previo a determinar si el contratista en efecto se encuentra enmarcado en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta imperioso por parte del juez de acuerdo con la carga probatoria aportada por la parte demandante determinar si el contratista era de aquellos que debían estar en el desarrollo de sus actividades coordinado con la misión y funcionamiento de la entidad, sin que lo mismo se entienda como una configuración del elemento de la subordinación.

REFERENCIAS

Doctrina

- Benavides J.L. (2014), Contratos Públicos Estudios, Bogotá D.C., Universidad Externado De Colombia.
- Solano Sierra, J. E. (2010), Contratación administrativa, Bogotá D.C.-Colombia: ediciones doctrina y ley Ltda.
- Suarez T.D. (2010), Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia.
- Yong Serrano, S. (2013), El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación, Bogotá D.C.-Colombia: editorial Ibáñez.
- Palacio Hincapié, J. A. (2003), La contratación de las Entidades Estatales, Medellín: librería jurídica Sánchez R. Ltda.
- Legis. (18 de enero de 2016). Coordinación de actividades en el contrato de prestación de servicios no configura relación laboral. *Administrativo* .

Legislación

- Ley 80 de 1993: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Ley 1150 de 2007: Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Ley 1437 de 2011: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- ley 1474 de 2011: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
- Decreto 1082 de 2015: por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

Jurisprudencia

Consejo de Estado Sección segunda A 17 Mar. 2011, e., 1372-09, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, [07 de febrero de 2002] Alier E. Hernández Enríquez.

Corte Constitucional Colombiana, 19 de marzo de 1997 Sentencia C-154-1997, Hernando Herrera Vergara.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 23 de noviembre de 2005 Expediente 1693 de 2005, Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 02 de diciembre de 2013 Expediente 41719, Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 02 de diciembre de 2013] Expediente 41719, Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional Colombiana, 19 de marzo de 1997, Expediente D-1430, Hernando Herrera Vergara.

Consejo de Estado, Sección Segunda, 13 de mayo de 2010, Expediente 0924-09, Bertha Ramírez de Páez.

Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Dieciséis (16) De Febrero De Dos Mil Doce (2012, Radicación Número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11.

Consejo De Estado. Sala Plena. Sentencia De 18 De noviembre De 2003. Expediente No. IJ-0039. Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Consejo De Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Veintiuno (21) De Abril De Dos Mil Dieciséis (2016) Radicación No. 05001 23 31 000 2005 00902 01 -3147–2014-.

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez De Páez 18/09/2014, Expediente No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 No. 0739-2014.