

“DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS”.

MYRIAN EUGENIA CERON ALMEIDA.

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
PROGRAMA DE ESPECIALIZACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2012**

“DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS”.

**MYRIAN EUGENIA CERON ALMEIDA.
TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TITULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO ADMINSITRATIVO**

**ASESOR:
JORGE MAURICIO MESIAS BENAVIDES
ABOGADO UNIVERSIDAD DE NARIÑO Y ESPECIALIZADO EN DOCENCIA
UNIVERSITARIA, DERECHO ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONES JURIDICO
PROCESALES.**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
PROGRAMA DE ESPECIALIZACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2012**

**LAS IDEAS Y CONCLUSIONES APORTADAS EN ESTE TRABAJO DE GRADO SON
RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL AUTOR. ARTÍCULO 1º DEL ACUERDO NO.
324 DE OCTUBRE 11 DE 1966 EMANADO DEL HONORABLE CONSEJO
DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO.**

Nota de Aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

SAN JUAN DE PASTO, MAYO DE 2012

DEDICATORIA:

Agradezco al Todopoderoso, por ser la fuente del conocimiento, sabiduría, y justicia; a mis padres Luis Felipe Cerón Cadena y Myrian Almeida López, por ser mi inspiración y apoyo incondicional hoy y siempre, así mismo a mi esposo y hermanos por su cariño incondicional.

Myrian Eugenia Cerón Almeida

DEDICATORIA INSTITUCIONAL:

Agradezco a la Universidad de Nariño, directivos y docentes, por el aporte en conocimiento y a mi formación profesional en el programa de Especialización de Derecho Administrativo.

Al señor Augusto Sánchez Arboleda, Alcalde del Municipio de Consacá (Nariño), periodo 2009 al 2011 y al Dr. Elkin Mauricio Legarda, Personero del Municipio de Consacá (Nariño).

Myrian Eugenia Cerón Almeida

RESUMEN:

El presente trabajo de investigación tiene como propósito desarrollar el tema, “ LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS”, a través de un análisis del ordenamiento jurídico, y generar un diagnóstico, en un periodo determinado, con el fin de determinar si los contratos de prestación de servicios, celebrados en la Administración del Municipio de Consacá (Nariño), durante los meses de junio de 2009 a diciembre 31 de 2011, ocultan relaciones laborales, y si estos dan lugar a la aplicación del principio constitucional de la “Prevalencia de la realidad sobre las formalidades”. Así mismo se pretende brindar una herramienta de solución al problema que enfrentan los trabajadores en las diferentes administraciones, a fin de prevenir esta irregularidad.

En la administración del Municipio de Consacá existe 1108 Contratos de prestación de servicios, suscritos desde el mes de junio de 2009 al mes de diciembre de 2011; el estudio de la presente investigación, corresponde a 613 contratos de prestación de servicios para trabajadores de la Administración de Consacá, y de esta manera verificar si existen relaciones laborales ocultas, para lograr filtrar los casos en que en los cuales el trabajador tiene derecho a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución y dar cumplimiento al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas, precepto que sirve de base para declarar la existencia de una relación laboral cuando, no obstante de haber una formalidad distinta, prima el vínculo real por concurrir en él los elementos requeridos, la prestación personal, la subordinación y la remuneración.

ABSTRACT

The present research job aims to develop the theme: "DENATURATION OF CONTRAC TO PROVIDE SERVICES" through a legal analysis and generating the diagnosis of the contracts to provide services in a defined period, trying to define whether the contracts to provide services performed in the management of Consacá Municipality (Nariño) during the months of June 2009 to December 31, 2011, hide labour relations and, whether these contracts provoke the application of the Constitution Principle "Prevalence of reality upon formalities". In the same way we will try to give a tool of solution to the problem the workers face through the different managements, trying to prevent this irregularity.

During management of Consacá Municipality there are 1108 contracts to provide services, subscribed from June 2009 to December 2011; the study of this research concern to 613 contracts to provide services for the workers of the Consacá management and, in this way, to verify, whether there are labour relations hidden and so to get filtering the case when the worker has right to the contribution benefits that law foresees in his favor, according to the Article 53 of the Constitution and giving completion to the Constitution principle "Prevalence of reality upon formalities established", precept that is the basis to state the existence of a labour relation when, in spite of having a different formality, the real entail prevails because it has the required elements, the personal service, the subordination and the remuneration.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	17
1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACION	18
2. JUSTIFICACION	19
3. OBJETIVOS	20
3.1 GENERAL	20
3.2 ESPECIFICOS	20
4. MARCO TEORICO	21
5. ASPECTOS METODOLOGICOS	36
6. PRESENTACION DE RESULTADOS	37
7. ELEMENTO DE LA SUBORDINACION	41
8. CONCLUSIONES	43
9. RECOMENDACIONES	44
ANEXOS Y TABLAS	46
CRONOGRAMA	204
BIBLIOGRAFIA	205

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. Contratista Diego Alirio Romo.	46
Tabla 2. Contratista: Andrés Rincones.	46
Tabla 3. Contratista: Ana Belli Roció Calderón.	47
Tabla 4. Contratista: Edilio Giraldo.	47
Tabla 5. Contratista: Cabrera Vallejos Eduar Hernán.	47
Tabla 6. Contratista: Basante Ervin Lenin.	48
Tabla 7. Contratista: Zamudio Rodríguez Johnny Alex	48
Tabla 8. Contratista: Benavides Chamorro Jesús Enrique.	48
Tabla 9. Contratista: Castillo Jesús Evelio.	49
Tabla 10. Contratista: Zambrano Pastas Yamilé Mercedes.	49
Tabla 11. Contratista: López Reyes Mónica Maritza.	49
Tabla 12. Contratista: Moreno Delgado Paulo Jorge Emilio.	49
Tabla 13. Contratista: Sánchez Juan Carlos.	50
Tabla 14. Contratista: Benavides Cerón John Sebastián.	50
Tabla 15. Contratista: Itacuar Patino Carlos Alberto.	50
Tabla 16. Contratista: Pérez Benavides Lidia Fabiola.	51
Tabla 17. Contratista: López Córdoba Jennifer Magdalena.	51
Tabla 18. Contratista: Edit del Rosario López Coral.	51

Tabla 19. Contratista: Barco Rodríguez Luz Ángela.	51
Tabla 20. Contratista: Cabrera Pazmiño William Fernando.	52
Tabla 21. Contratista: Araujo Granja Henry.	52
Tabla 22. Contratista: López Sapuyes Milton Fidernando.	52
Tabla 23. Contratista: Henry Orlando Galeano Guerrero.	53
Tabla 24. Contratista: Noguera Benavides Luis Alberto	53
Tabla 25. Contratista: Narváez Benavides Ángela Maricely.	53
Tabla 26. Contratista: Checa Jurado Aída Lucy.	53
Tabla 27. Contratista: José William Cajigas Jiménez.	54
Tabla 28. Contratista: Milena Johana Benavides Estrella.	54
Tabla 29. Contratista: Oscar Gilberto Tovar Rosero.	54
Tabla 30. Contratista: Lucy Marcela Estrella Guzmán.	55
Tabla 31. Contratista: Bastidas Guacán Yimel Freddy.	55
Tabla 32. Contratista: Rubiela del Carmen Morales Rodríguez.	55
Tabla 33. Contratista: Diego Fernando Riascos Aranda.	55
Tabla 34. Contratista: María del Carmen Narváez.	56
Tabla 35. Contratista: Armero Estrada Edwin Bosco.	56

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo 1. Contrato de prestación de servicios No. 0972.	57
Anexo 2. Contrato de prestación de servicios No. 0662	58
Anexo 3. Contrato de prestación de servicios No. 0973.	59
Anexo 4. Contrato de prestación de servicios No. 0026.	60
Anexo 5. Contrato de prestación de servicios No. 0036.	61
Anexo 6. Contrato de prestación de servicios No. 0034	62
Anexo 7. Contrato de prestación de servicios No. 0113	63
Anexo 8. Contrato de prestación de servicios No. 0991	64
Anexo 9. Contrato de prestación de servicios No. 0043.	65
Anexo 10. Contrato de prestación de servicios No. 1054.	66
Anexo 11. Contrato de prestación de servicios No. 0057.	67
Anexo 12. Contrato de prestación de servicios No. 0658	68
Anexo 13. Contrato de prestación de servicios No. 1040	69
Anexo 14. Contrato de prestación de servicios No. 0201.	70
Anexo 15. Contrato de prestación de servicios No. 0020	71
Anexo 16. Contrato de prestación de servicios No. 0013	72
Anexo 17. Contrato de prestación de servicios No. 0052.	73
Anexo 18. Contrato de prestación de servicios No. 0053	74

Anexo 19. Contrato de prestación de servicios No. 0114	75
Anexo 20. Contrato de prestación de servicios No. 1044	76
Anexo 21. Contrato de prestación de servicios No. 0200	77
Anexo 22. Contrato de prestación de servicios No. 0253	78
Anexo 23. Contrato de prestación de servicios No. 0255	79
Anexo 24. Contrato de prestación de servicios No. 1056	80
Anexo 25. Contrato de prestación de servicios No. 1047	81
Anexo 26. Contrato de prestación de servicios No. 0048.	82
Anexo 27. Contrato de prestación de servicios No. 1066	83
Anexo 28. Contrato de prestación de servicios No. 1071.	84
Anexo 29. Contrato de prestación de servicios No. 1075.	85
Anexo 30. Contrato de prestación de servicios No. 1077.	86
Anexo 31. Contrato de prestación de servicios No. 0002.	87
Anexo 32. Contrato de prestación de servicios No. 1205.	88
Anexo 33. Contrato de prestación de servicios No. 0004.	89
Anexo 34. Contrato de prestación de servicios No. 1344.	90
Anexo 35. Contrato de prestación de servicios No. 0266.	91
Anexo 36. Listado de Contratos con personal de Consacá.	92
Anexo 37. Listado de Contratos con particulares.	146
Anexo 38. Listado de Contratos de Arrendamiento.	199

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Número de Contratos de junio de 2009 a diciembre de 2011	37
Figura 2. Elementos del Contrato de Prestación de Servicios.	38
Figura 3. Protección del Derecho al trabajador.	40

GLOSARIO:

LA AUTONOMÍA: En el contratista que presta sus servicios significa que dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

CONTRATO ATÍPICO: Son contratos que no se encuentran regulados por la ley, se rigen por la voluntad de los contratantes.

CONTRATO ESTATAL: Son los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades a las que se refiere el Estatuto (Ley 80 de 1993) previstas en el derechos privado o derivados del ejercicio de la voluntad, a título enunciativo.

CONTRATO LABORAL: Acuerdo por el cual una persona natural (trabajador) se obliga a prestar un servicio a otra persona, bajo dependencia o subordinación y a cambio de un salario.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: Son los que celebran 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.

CONTRATISTA: Es la persona natural o jurídica que asume contractualmente la realización de una obra o servicios por contratar.

EMPLEADOR: Es toda persona natural o jurídica (legal o de hecho), institución privada, entidad del sector público nacional o cualquier otro ente colectivo, que remuneren a cambio de un servicio personal prestado bajo relación de subordinación.

EMPLEO: Es el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

ENTIDADES PÚBLICAS: Son todas las entidades estatales conformadas en la ley 80 de 1993, artículo 2, ley 1150 del 2007 y ley orgánica del presupuesto (Ley 111 de 1996)

FUNCIONARIO DE HECHO: Persona que sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario.

PERSONA JURÍDICA: Es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

PERSONA NATURAL: Todo individuo de la especie humana.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS: Es la que versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas actividades profesionales.

PRESTACIONES SOCIALES: Son un beneficio adicional que la ley concede al trabajador, como es la prima de servicios, las cesantías, los intereses sobre cesantías, las primas extralegales, la dotación etc.

REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES: Principio constitucional en materia laboral, por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia de lo que surge en la práctica, con este principio se establece la existencia o no de una relación labor

REMUNERACIÓN: Es la consecuencia del hecho del trabajo, a cargo del empleador en dinero o especie (o salario), que no podrá ser modificado sin acuerdo con el trabajador.

SUBORDINACIÓN: Es la facultad del empleador para exigir el cumplimiento de ordenes e instrucciones relacionadas con el tiempo, modo, cantidad, calidad, y forma de ejecutar la labor contratada, e imponer condiciones o reglamentos. (Dependencia)

SERVIDOR PÚBLICO: Personas que tienen un vínculo jurídico con el Estado y están al servicio de este; son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad determinar si los contratos de prestación de servicios, celebrados en la Administración del Municipio de Consacá (Nariño), durante los meses de junio de 2009 a diciembre 31 de 2011, subyacen relaciones laborales, o dan lugar a la aplicación del principio constitucional de la "Prevalencia de la realidad sobre las formalidades", desarrollando así el tema de investigación "LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS".

El alcance metodológico de la presente investigación es el trabajo de campo, de carácter cuantitativo, y cualitativo a través del análisis de contratos de prestación de servicios de la Administración del Municipio de Consacá, suscrito en un término determinado. A si mismo se recurre a un análisis jurisprudencial que permite soportar, la evaluación e investigación respecto a si existe una relación laboral.

Acerca del trabajo de campo, existen en la Administración del Municipio de Consacá, 613 Contratos de prestación de servicios para trabajadores que desempeñan sus labores en la Administración del Municipio de Consacá; 455 contratos de prestación de servicios para particulares y 40 contratos de arrendamiento; para un total de 1108 Contratos suscritos desde junio de 2009 a diciembre de 2011; de los cuales excluimos dentro del objeto de estudio los de arrendamiento y de particulares por hacer parte de otra modalidad (artículo 24, literal e), de la ley 80/93) y por existir en ellos actividades independientes y autónoma del contratista, impidiendo ello demostrar relaciones laborales ocultas.

Ante la realidad encontrada, la subordinación como elemento claro dentro de los contratos de prestación de servicios, condición que solo se da para las personas naturales, y tal elemento de subordinación frente a este tipo de contratos no es claro, cuando el artículo 5 de la ley 80 de 1993 establece en el numeral 2º que uno de los deberes de los contratistas es acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les imparten, constituyéndose este en un problema a futuro que distorsiona los elementos del contrato de prestación de servicios.

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.
ESTRUCTURA BÁSICA PARA DEFINIR EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

- **Área de Conocimiento:** Derecho Administrativo
- **Materia:** Derecho Administrativo en Colombia.
- **Macro tema:** CONTRATOS ESTATALES.
- **Título o Tema:** “Desnaturalización del Contrato de Prestación de Servicios”.

1. FORMULACION DEL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN:

¿Cuál es el alcance en aplicación del principio constitucional de la “Prevalencia de la realidad sobre las formalidades, que permite tener relaciones laborales, en contratos administrativos celebrados por autoridad del orden Municipal y en qué casos se da su aplicación en el la Administración del Municipio de Consacá (Nariño), durante los meses de junio 09 de 2009 a diciembre 31 de 2011?

2. JUSTIFICACIÓN.

En la actualidad, la administración tiende a desnaturalizar el “Contrato de prestación de servicios”, generando una violación al régimen legal de los servidores públicos, y unas consecuencias negativas laborales, a pesar de que la ley establece la prohibición de la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones permanentes, utilizando esta modalidad de contratación, cuando subyacen relaciones laborales con el Estado.

El tema de investigación, fue desarrollado por ser un problema Nacional, y fue enfocado en el Municipio de Consacá, debido a que me desempeñé como funcionaria pública, en la Administración del Municipio, como Comisaria de Familia en el periodo 2009 a 2011, ello facilitó investigar en qué casos se da la aplicación del principio constitucional de la “Prevalencia de la realidad sobre las formalidades, en los contratos de prestación de servicios, de acuerdo a la ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 3.

La investigación abarca el periodo durante los meses de junio 09 de 2009 a diciembre 31 de 2011, a fin de corroborar el problema de investigación y determinar los criterios que en aplicación de tal principio constitucional permiten tener relaciones laborales, en contratos administrativos celebrados por autoridad del orden Municipal.

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Se encuentra entonces, que existe un trato jurídico diferente para la relación laboral, como es el caso del servidor público, que tiene una amplia protección superior, a diferencia de la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, que no tiene la misma referencia constitucional, por ser una forma de contrato estatal, por lo tanto tienen un alcance y finalidades distintas, sin embargo esta es la manera como subyacen relaciones laborales, utilizando la modalidad de un contrato de prestación de servicios.

2. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GENERAL:

Establecer el alcance del principio constitucional “Primacía de la realidad sobre Formalidades” en los contratos de prestación de servicios celebrados por la Administración Municipal de Consaca (Nariño), en el periodo comprendido entre junio 09 de 2009 a diciembre 31 de 2011.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- 1.** Analizar el ordenamiento jurídico, y la protección legal y constitucional para establecer en que casos en un contrato de prestación de servicios subyace una relación laboral con el Estado.
- 2.** Evaluar los contratos de prestación de servicios en la administración del Municipio de Consacá, con el fin de establecer si en ellos subyace una relación laboral.
- 3.** Formular recomendaciones que permitan realizar una debida contratación de prestación de servicios en el marco del ordenamiento legal.

4. MARCO TEÓRICO:

El contrato de prestación de servicios en algunas ocasiones se ha convertido en un instrumento para desconocer y ocultar los derechos laborales, frente a ello es posible acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. entre ellos la primacía de la realidad sobre las formalidades establecido por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función, pero en calidad de servidores públicos, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia colombiana en varios pronunciamientos.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y recientemente por la Ley 190 de 1995, decreto 1150 de 2007. La Ley 80 en su artículo 32, numeral 3 dispone:

“ 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.”.

En sentencia C-154-97 la Corte Constitucional determinó, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En

¹ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica 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.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante 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, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”¹

¹ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

LIMITACIONES LEGALES A LA UTILIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El numeral 3º. Del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

el Decreto 3074 de 1968, artículo 2, cuarto inciso, que indica... "Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

Artículo 17 de la ley 790 de 2002, según el cual: "En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente, las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos"

El artículo 7º. del Decreto 1950 de 1973 prevé que "(...), En ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad".

El principio de la PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las

personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestaciones, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003 ², la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de Primacía de la Realidad sobre las Formalidades.

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

² Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

jurisprudencia,³ 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.

En sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro, se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que *“para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA) que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente.*

Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los FUNCIONARIOS DE HECHO, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la EXISTENCIA DEL EMPLEO, lo cual implica que esté previsto en la respectiva PLANTA DE PERSONAL .

En este orden de ideas, en los diferentes Municipios, existen casos de funcionarios de hecho, quienes no tienen detalladas sus funciones en la ley o reglamento, mas específicamente en el manual de funciones, es decir no hay existencia de dicho empleo, sin embargo han sido contratados para ejercer funciones públicas de carácter permanente, sin crear los empleos correspondientes.

En sentencia de 15 de junio de 2006, se precisa que:

“Cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarcisio Cáceres Toro.

trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”.

(...)

“En consecuencia, se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios”.

La tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral, las prestaciones sociales dejadas de percibir a “título de indemnización”, fue modificada por el Consejo de Estado, considerando que las mismas se otorgan a título de “reparación del daño”, sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

Se concluye entonces, con el anterior análisis que la persona que no cumpla con los requisitos legales para ser un empleado público por no existir el cargo o empleo correspondiente, no se convierte automáticamente en empleado público. Esta imposibilidad no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que a pesar de que el cargo no existe en la planta de personal, sí tiene derecho al pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

La relación de trabajo no da la condición de empleado público, y el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, para dar lugar al Principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades.

Una vez se logre identificar los elementos diferenciadores, para efectos de la presente investigación, y para acudir a instancias judiciales es necesario que la parte actora PRUEBE tales elementos esenciales, para lograr desentrañar la apariencia del contrato de prestación de servicios.

El Consejo de Estado, en una de sus sentencias es clara al determinar la prueba de la siguiente manera:

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte actora 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, que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como

aquella facultad que tiene el nominador 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 contrato." Además 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, con el propósito de realizar el "*Principio constitucional de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral*".⁴

Así las cosas lo que verdaderamente importante en el contrato es el contenido de la relación laboral. En consideración a las diferencias entre estas dos modalidades de contratos, la Corte, señaló que la relación laboral es un criterio objetivo utilizado por el legislador para proteger ciertas relaciones de trabajo. Es de esta manera como se ha pronunciado la Corte Constitucional, en la C-614-2009, la cual establece límites claros y específicos, para que no se celebren contratos de prestación de servicios como forma de desarrollar funciones públicas permanentes, estableciendo restricciones.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 13 de marzo de 2008, radicación Nro. 85001-23-31-000-2003-00471-01 (0087-87), actor: Victor Ramón Amado Gaitán, demandado: Municipio de Paz de Ariporo –Casanare , C.P.: Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

“Independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, **existirá una relación laboral cuando:** i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, **existirá una relación contractual** regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.”⁵

Se advierte que estos tres elementos (tipificadores de la relación contractual laboral del trabajador oficial) son “diferentes” a los establecidos en la misma Constitución Política respecto de la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos (relación laboral administrativa de derecho público) que ya se han enunciado. El cierto parecido de algunos de esos elementos no puede llevar a confusión: El trabajador cumple órdenes del superior según su voluntad, el reglamento y el **contrato**, mientras que el empleado público debe cumplir lo que dispone el ordenamiento jurídico al cual está sometido; el salario –como retribución del servicio– para el trabajador se determina libremente por el Patrono con algunas limitaciones por convención, etc. mientras que la remuneración del empleado público se fija conforme a las normas proferidas por las autoridades señaladas en el régimen jurídico

5. Sentencia C-614/09 dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009), M P: Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Entre las disposiciones reguladoras de esa clase de vinculación se encuentran, en los últimos tiempos, el D. L. 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993; en ellas se contemplaron los contratos de prestación de servicios y han permitido la vinculación de personal para atender, entre otros, funciones que no podían serlo con el personal de planta. En la ley 80 de 1993, como en la ley 190 de 1995 –Art. 32, numerales 3 y 20, párrafo único- se determina que los contratos de prestación de servicios no generan vinculación laboral ni prestaciones sociales. Conforme a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 80 de 1993 es posible que las entidades estatales vinculen personas por medio de “contrato de prestación de servicios” “... para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.” Entonces, una situación autorizada por esta ley es cuando en la Planta de personal de la entidad no exista el cargo o los existentes no sean suficientes (y estén provistos), en cuyo evento la administración puede vincular, a través de contrato de prestación de servicios, personal para atender las funciones que autoriza la ley. Otro evento autorizado legalmente es para vincular personal con conocimientos especializados. 6

Así mismo, la Ley 909 de septiembre 23 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público dispuso:

“ART. 19 EL EMPLEO PÚBLICO.

El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para

6. Sentencia N° 20001-23-21-000-2000-01403-01 (5414-03) de Sección 2ª, 26 de Enero de 2006. Magistrado Ponente: TARSICIO CACERES TORO

llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

EL DISEÑO DE CADA EMPLEO DEBE CONTENER:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales" (...).".

Además, para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Otra limitación fijada en la ley para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, se encuentra prevista en la Ley 790 de 2002, por medio de 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, la cual consagra en su capítulo de disposiciones finales lo siguiente:

"ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los

cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

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

Por su parte, la **Ley 734 de 2002**, por la cual se expide el estatuto único disciplinario, establece como falta gravísima:

"29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales."

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

La jurisprudencia ha acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Considerando la importancia normativa constitucional, es necesario enunciar esta protección constitucional en los diversos tipos de relación laboral y en la vinculación laboral con el Estado, de la siguiente manera:

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL GENERAL AL EMPLEO:

En efecto, el artículo 25 superior constituye la cláusula general de protección del derecho de acceso, permanencia y estabilidad del empleo de los trabajadores; el artículo 26 constitucional regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 de la Carta autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 superior regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 de la Carta establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud, los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria, el artículo 64 superior, regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 superior que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores de INRAVISIÓN. El artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de *"dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos"*.

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIAL A LA VINCULACIÓN LABORAL CON EL ESTADO

Ahora bien, para el caso de la vinculación laboral con el Estado, la Constitución también estableció reglas particulares mínimas que buscan la salvaguarda de los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales. Así, encontramos, entre otras, las siguientes: i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en

los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros).

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ”

“Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

CLASES DE VINCULACION CON EL ESTADO:

Nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber:

- a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria)
- b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral)
- c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

*Para el caso de los contratos de prestación de servicios, si este llegase a des configurarse en sus elementos esenciales, le corresponderá decidir, **ya sea a la justicia ordinaria**, cuando la relación se asimile a la de un*

*trabajador oficial o, a la jurisdicción **contencioso administrativa**, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.*

Resulta bastante interesante, analizar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios cuando se vulneran derechos fundamentales, que permiten acudir a la justicia, por medio de la acción de Tutela. Para complementar la protección constitucional, frente al contrato realidad, cabe resaltar una de las sentencia de Tutela de la Corte Constitucional, por medio de la cual se protege el derecho a la vida en condiciones dignas y a la salud de una persona que presta sus servicios en la alcaldía a través de ordenes sucesivas de prestación de servicios como celador del instituto docente normal superior de la ciudad de Pereira a quien le fue terminada la afiliación a la EPS por el cambio de vinculación mediante contrato de prestación de servicios, requiriendo los servicios de salud. Solicita se declare la nulidad del contrato. Del material probatorio allegado al expediente resulta evidente la existencia de una verdadera relación laboral entre el peticionario y la secretaría de educación del Municipio de Pereira.⁷

7. Sentencia de Tutela N° 1109/05 de la Corte Constitucional, 28 de Octubre de 2005 Sentencia T-1109/05. Dte. Abelardo Valencia Ramírez contra la Alcaldía de Pereira.

Manifiesta el accionante que, en virtud de sucesivas órdenes de prestación de servicios expedidas por la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira, se ha venido desempeñando en forma ininterrumpida como celador del Instituto docente normal superior de la ciudad de Pereira.

En el presente caso la corte evidencia lo que la jurisprudencia ha denominado contrato realidad, es decir, aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma. En el presente caso resulta indiscutible que la relación existente entre la secretaria de educación del Municipio de Pereira y el señor Valencia Ramírez, no se circunscribe a los lineamientos propios del contrato de prestación de servicios, puesto que el peticionario en el desempeño del cargo de celador no posee discrecionalidad alguna en lo referente al cumplimiento del objeto contractual, por el contrario éste está sujeto a las estrictas directrices que le sean señaladas por las directivas de la institución docente en la que trabaja.

5. ASPECTOS METODOLOGICOS:

El presente trabajo de investigación es una actividad científico- técnica que pretende contribuir al conocimiento de la Contratación Estatal a fin de ampliar, contribuir, y apoyar a los límites con que cuenta el Estado Colombiano, frente al contrato de prestación de servicios cuando este se configura en un contrato realidad.

El tema de investigación, fue enfocado en el Municipio de Consacá, debido a que me desempeñé como funcionaria pública, en la Administración del Municipio, como Comisaria de Familia, en el periodo 2009 a 2011, periodo en la cual se logró aplicar el tema del alcance del principio constitucional de la "Prevalencia de la realidad sobre las formalidades, en los contratos de prestación de servicios, conforme a la ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 3.

El proyecto se realizó en las siguientes etapas:

PRIMERA: Establecer y conceptualizar de forma organizada los fundamentos legales, constitucionales y jurisprudenciales, para identificar los elementos y características de las relaciones laborales atípicas o vínculos laborales que subyacen en "Contratos de Prestación de Servicios"

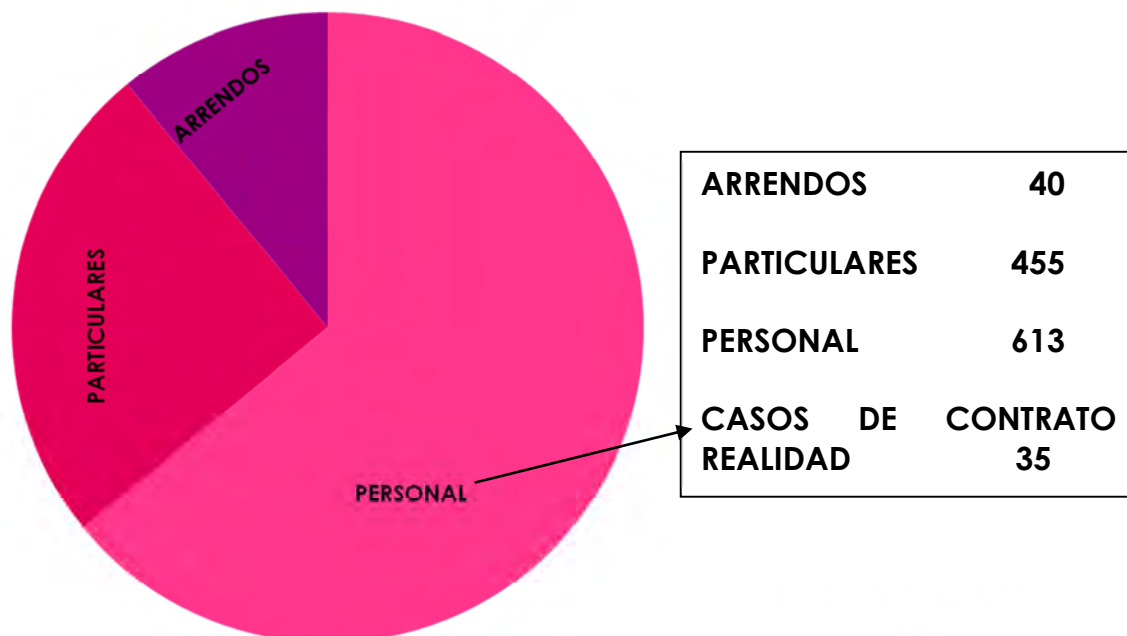
SEGUNDA: Recolección de información de los contratos de prestación de servicios.

TERCERA: Redacción de hallazgos de investigación para determinar e identificar elementos configurativos del contrato realidad, a fin de dar lugar a la síntesis y a las conclusiones.

6. PRESENTACION DE RESULTADOS

Los contratos de prestación de servicios suscritos en la Administración de Consacá, de junio 09 de 2009 a diciembre 31 de diciembre de 2011 fueron 1108, relacionados de la siguiente manera:

FIGURA No.1: NUMERO DE CONTRATOS DE JUNIO 2009 A DICIEMBRE 2011

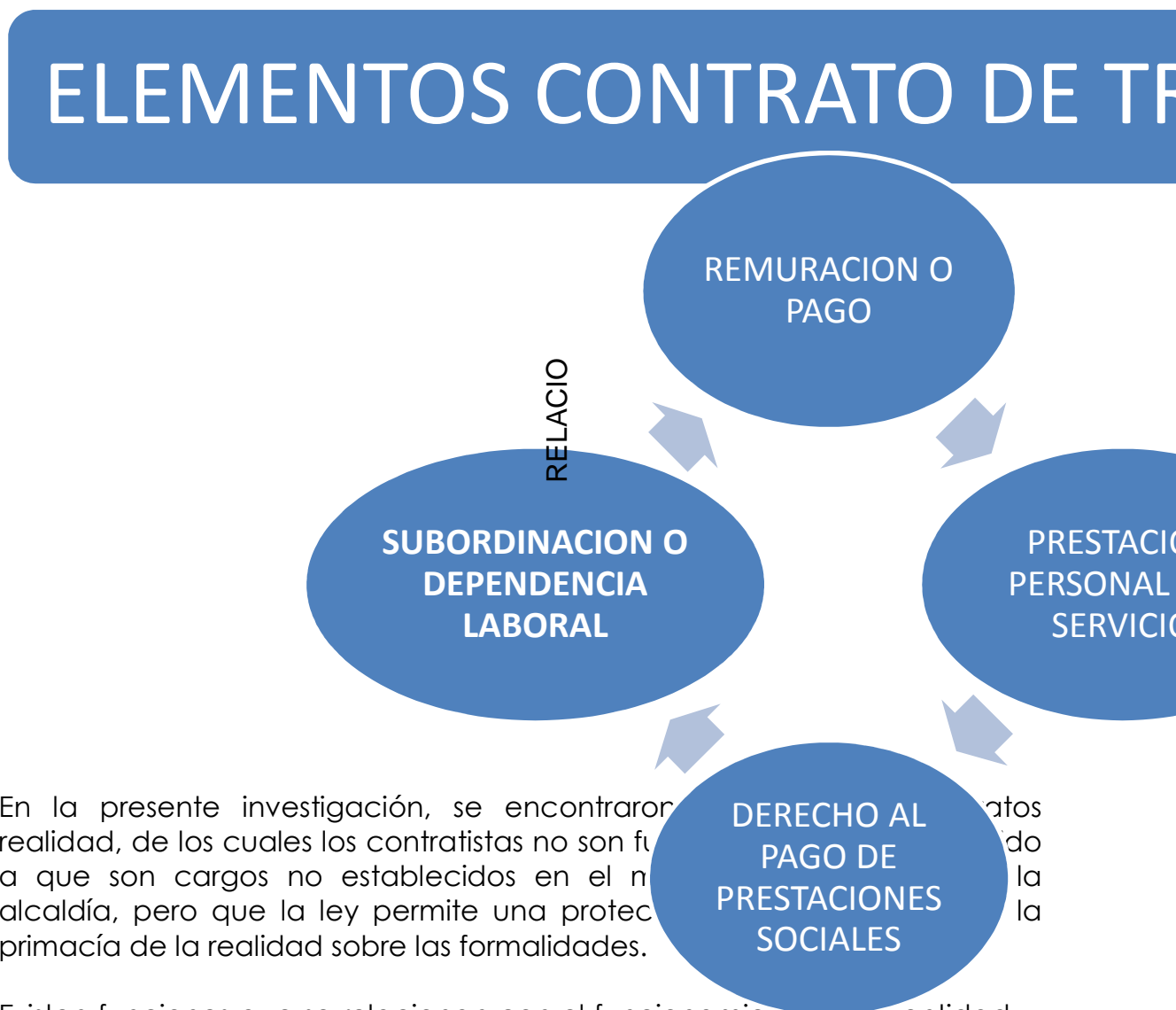


El objeto de estudio de la presente investigación, corresponde a los 613 contratos de prestación de servicios para trabajadores de la Administración de Consacá, durante el periodo de junio de 2009 a diciembre de 2011, a fin de verificar, si existen relaciones laborales ocultas, con derecho a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución.

La subordinación como elemento claro dentro de las relaciones laborales, es una condición que solo se da para las personas naturales, por tal razón excluimos para efectos del presente estudio los contratos con particulares por ser personas jurídicas, y los contratos de arrendamiento, por la existencia de no subordinación.

De los 613 contratos de prestación de servicios, suscritos por el personal de la Administración de Consacá, se pretende filtrar aquellos con los cuales se encuentren los elementos de una relación laboral:

FIGURA No. 2



En la presente investigación, se encontraron en la realidad, de los cuales los contratistas no son funcionarios a que son cargos no establecidos en el manual de la alcaldía, pero que la ley permite una protección primacía de la realidad sobre las formalidades.

Existen funciones que se relacionan con el funcionamiento de la entidad, y son de carácter permanente para la administración, tal es el caso de archivo, conducción y mantenimiento de la volqueta para recolección y disposición final de residuos sólidos del Municipio, o la actividad relacionada con el registro de la contratación en el aplicativo SICE, o funciones de secretarías de cada dependencia, entre otras.

En el manual de Funciones y de Competencias Laborales de la Administración de Consacá, se integra los siguientes empleos o personal de planta:

DENOMINACIÓN DEL EMPLEO

NIVEL JERÁRQUICO

ALCALDE MUNICIPAL	Directivo
SECRETARIA GENERAL	Directivo
ASISTENTE DE SECRETARIA (Consejo)	Asistencial
MENSAJERO	Asistencial
AUXILIAR ADMINISTRATIVO (De biblioteca)	Asistencial
TECNICO EN SANEAMIENTO BASICO.	Técnico
TECNICO ADMINSTRATIVO (Almacenista)	Técnico
INSPECTOR DE POLICIA	Técnico
AUXILIAR ADMINISTRATIVO (Secret. Inspección)	Asistencial.
TESORERO GENERAL	Profesional.
AUXILIAR ADMINISTRATIVO (Secret. De tesorero)	Asistencial.
JEFE DE OFICINA (Comisaria de Familia)	Directivo
JEFE DE OFICINA (Control interno)	Directivo
JEFE DE OFICINA (Director de deporte)	Directivo
JEFE DE OFICINA (Director de cultura)	Directivo
JEFE DE OFICINA (Director de planeación)	Directivo
DIRECTOR LOCAL DE SALUD	Directivo
JEFE DE OFICINA (Director de UMATA)	Directivo
TÉCNICO OPERATIVO (Técnico UMATA)	Técnico

PROTECCION DEL DERECHO AL

PRIMACIA DE LA REALIDAD
SOBRE LAS FORMALIDADES.

SIN
NECESIDAD
FRENTE A PARTICULARES
CUANDO NO

FRENTE A FUNCIONARIOS
DE HECHO

de
FRENTE AL ESTADO

FIGURA No. 3

El artículo 32 de la ley 80 de 1985 establece que la contratación para la prestación de servicios, debe celebrarse con personas que no estén en la planta en el respectivo organismo, salvo que se trate de personal que se encuentre en la planta en el respectivo organismo, cuando es imprescindible porque de acuerdo con el artículo 32 de la ley 80 de 1985, el jefe del respectivo organismo pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo. (Decreto 2209 de 1998, artículo 1.º, modificadorio del artículo 3.º del decreto 1737 de 1998).

7. ELEMENTOS DE LA SUBORDINACION:

En los 35 casos resultantes existió “**subordinación**” o dependencia, elemento analizado teniendo en cuenta que en los 35 casos de contrato realidad, se efectuaba un servicio personal, en el cual se debía cumplir con un horario de trabajo, que en su mayoría era de 8:00 de la mañana a 5:00 de la tarde, situación controlada por exigencia del alcalde a través del secretario de gobierno o el jefe de control interno, quienes de manera rigurosa a efectos de orden en la administración, visitaban algunos lugares de trabajo para verificando el cumplimiento de horario de llegada como de salida de los trabajadores, a quienes en caso de no dar cumplimiento con el mismo podía ser objeto de llamados de atención, por lo general de manera verbal.

Respecto a la prestación de servicios ordenando correspondencia y archivo, digitando oficios, son funciones propias de las secretarías de las diferentes dependencias, tal elemento de “subordinación” se analiza en cuanto debían sujetarse a las órdenes de superiores jerárquicos, y específicamente del jefe de dependencia, respecto al trabajo diario como es organizar una agenda de trabajo, contestar llamadas, sacar copias, asistir a algunas reuniones entre otras, y quienes también se sujetaban a las mismas reglas del horario anterior.

En relación con algunas funciones de la administración en el área de Planeación, como por ejemplo en la prestación de servicios de apoyo técnico en diseño arquitectónico de infraestructura, prestación de servicios de diseños técnicos y contratos de obra e interventoría a proyectos de obras menores, el elemento de “subordinación” también se ve reflejado que se ejerce por superiores jerárquicos, teniendo en cuenta ordenes de carácter verbal o escritos, según el cronograma de actividades realizadas en la dependencia; se efectuaban tareas relacionadas con visitas a viviendas, y obras de construcción, y en ocasiones se debía rendir informes por escrito respecto al estado de las obras, como por ejemplo acueductos, o informes de avances de los proyectos, los cuales no se realizaban de manera independiente, sino que por el contrario se exigía, el lugar de trabajo, o la fecha de entrega de los mismos.

Todos los trabajadores resultantes como contrato realidad; recibían un salario mensual, no menos del mínimo que se llevaba a cabo por nómina; ejercían los servicios de manera personal en su respectivo lugar de trabajo o dependencia según el caso, de encontrarse por fuera del mismo podía ser objeto de llamados de atención, a menos que se informe previamente el lugar en donde se encontraba el trabajador como el motivo de la salida.

En ocasiones algunos de estos trabajadores, debían asistir a las reuniones que se les invite, a través de cartas o informes, y en caso de no asistir al trabajo por fuerza mayor o causas personales, se debía informar con anterioridad por escrito al secretario de gobierno tal situación, y así mismo se debía ejercer un trato de respeto con los compañeros de trabajo.

Se encuentra, entonces, que el elemento de "subordinación" se efectuaba de una manera constante, puesto que algunas de las reglas mencionadas anteriormente eran diarias, teniendo en cuenta además que existió una permanencia en el trabajo, que se refleja en la prorroga de los contratos de manera sucesiva y sin interrupción por un tiempo determinado.

8. CONCLUSIONES.

- Se estableció el alcance de acuerdo al ordenamiento jurídico, en la aplicación del principio constitucional "Primacía de la realidad sobre Formalidades cuando en la práctica la administración suscribe contratos administrativos como contrato realidad, pudiéndose observar que dentro de las funciones de tipo administrativo y asistencias efectuaban un servicio personal, debían cumplir con un horario de trabajo, acatar ordenes de superiores jerárquicos, ya sea el alcalde, secretario de gobierno o jefe de dependencia, y recibían en efecto no unos honorarios sino un salario.
- Se Analizó el ordenamiento jurídico, y la protección legal para establecer en que casos en un contrato de prestación de servicios subyace una relación laboral con el Estado.
- Se logró un estudio de 35 casos de contratos de prestación de servicios, celebrados en la Administración del Municipio de Consacá con personal de la alcaldía, durante los meses de junio de 2009 a diciembre 31 de 2011, que subyacen relaciones laborales por aplicación al principio constitucional "Primacía de la realidad sobre Formalidades".

9. RECOMENDACIONES:

Para realizar una debida contratación en el marco del ordenamiento legal, se debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

1.- Que la **Ley 734 de 2002**, por la cual se expide el estatuto único disciplinario, establece como falta gravísima:

“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.”.

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

2.- Es necesario que diferentes administraciones amplíen la planta del personal para aquellas funciones que se relacionan con el funcionamiento de la entidad, y son de carácter permanente para la administración, dando aplicabilidad al Decreto 3074 de 1968, artículo 2, cuarto inciso, Ley 790 de 2002, Artículo 17, y artículo 7º del Decreto 1950 de 1973, ley 909 de 2005, decreto ley 785 de 2005, ley 1150 de 2007, entre otras.

3.- La persona que no cumpla con los requisitos legales para ser un empleado público por no existir el cargo o empleo correspondiente, no se convierte automáticamente en empleado público pero tiene derechos a las prestaciones sociales, como lo ratifica la jurisprudencia.

4.- Los elementos de un contrato de prestación de servicios deben ser en la práctica acordes con la ley es decir darle cumplimiento a la independencia de las labores desempeñadas con respecto a la ejecución de la labor contratada, pues es la subordinación la que determina la diferencia del contrato laboral, frente al de prestación de

servicios, por la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio.

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES:

ETAPA	ACTIVIDAD	JULIO	AGOSTO	SEPTIEM	OCTUBRE	NOVIEM.	DICIEM.
1	Establecer y conceptualizar de forma organizada los fundamentos legales	XXXXX					
2	Recolección de información	XXXXX	XXXXX				
3	Análisis de gestión			XXXXX	XXXXX		
4	Diagnóstico					XXXXX	
5	Síntesis y conclusiones						XXXXX

BIBLIOGRAFIA:

SENTENCIA C-154/97 del diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997). M P. Hernando Herrera Vergara.

SENTENCIA C-614/09 del dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 13 de marzo de 2008, radicación Nro. 85001-23-31-000-2003-00471-01 (0087-87), actor: Víctor Ramón Amado Gaitán.

CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena, radicación IJ 0039-01. Demandante, María Zulay Ramírez Orozco. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda,

CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 29 de septiembre de 2005. Radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05. Actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca. M.P. Tarsicio Cáceres Toro.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección "B", radicación No. 2603-05, C.P. M.P. Jesús María Lemos Bustamante.

CONSEJO DE ESTADO, Sección segunda, subsección "B", Bogotá, D. C. Sentencia de fecha veintiuno (21) de mayo de dos mil nueve (2009) radicación número: 68001-23-15-000-2000-01793-01(2094-07). Actor: María Isabel Hurtado Gutiérrez. Demandado: Municipio de Piedecuesta. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

SENTENCIA N° 20001-23-21-000-2000-01403-01(5414-03) de Sección 2ª, 26 de Enero de 2006. M. P. Tarsicio Cáceres Toro.

SENTENCIA DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, N° 1109/05 28 de Octubre de 2005.

SENTENCIA T-1109/05. Dte. Abelardo Valencia Ramírez contra la Alcaldía de Pereira.