

LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

CONTRACTS FOR THE PROVISION OF SERVICES IN THE COLOMBIAN PUBLIC ADMINISTRATION

Dalma Consuelo Amezcua Á.¹ / Alexandra Gabriela Belloso C.² / Marcela Toro H.³

Recepción: 30/10/2020 / Evaluación: 30/01/2021 / Aceptación: 15/11/2021

Resumen

El Estado colombiano cuenta con distintas modalidades de vinculación de personal, dentro de las cuales se encuentran los empleados públicos y los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; estos últimos, no perciben ninguna prestación social y salarial, únicamente se reduce al pago de honorarios. En el desarrollo del estudio, se evidenciarán los siguientes puntos: las características de la vinculación laboral, análisis jurisprudencial y doctrinario, derechos y garantías que posee cada modalidad, comparándolo así con el modelo español, para poder determinar si existe una desnaturalización de la utilización del contrato de prestación de servicios en Colombia y si la figura se utiliza de forma excepcional como lo prevé la ley. El trabajo investigativo será basado en la siguiente hipótesis: cuanto menores sean las garantías y derechos del contratista, mayor será el riesgo jurídico para la Administración Pública, al tener que asumir las demandas contra el Estado por la falta de reconocimiento, existiendo todas las características de un contrato. El presente estudio tiene por objeto una propuesta para que el Estado colombiano no

incurra en el desconocimiento de derechos y garantías laborales y prestacionales, lo cual se efectuará mediante una propuesta de reforma legal, basándose en la figura del funcionario interino del modelo de Administración pública española.

Palabras clave: contrato, funcionario, vinculación, temporal, Estado.

Abstract

The Colombian State has different modalities for linking personnel, among which are public employees and contracts for the provision of professional services and management support; the latter do not receive any social and salary benefits, it only reduces to the payment of fees. In the development of the study, the following points will be evidenced: the characteristics of the labor relationship, jurisprudential and doctrinal analysis, rights and guarantees that each modality has, thus comparing it with the Spanish model, in order to determine if there is a denaturation of the use of the service provision contract in Colombia and if the figure is used in an exceptional manner as provided by law. The investigative work will be based on the following hypothesis: the lower the contractor's guarantees and rights, the greater the legal risk for the Public Administration, as it will have to take on the claims against the State for lack of recognition, with all the characteristics of a contract. The purpose of this study is a proposal so that the Colombian State does not

1 Tesis presentada en el EAE Business School & Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, junio 2020. Manuel Pérez Gómez, Tutor.

2 dalmaconsueloamezcuaavila@yahoo.es

3 alexandra.belloso@outlook.es

4 marcetoro7@hotmail.com

incur ignorance of labor and benefits rights and guarantees, which will be carried out through a proposal for legal reform, based on the figure of the interim official of the Spanish public administration model.

Keywords: contract, civil servant, employment relationship, temporary, State.

Introducción

Los recursos humanos en el sector público de Colombia reflejan la existencia de diferentes regímenes jurídicos en las relaciones entre la Administración pública y sus trabajadores, que no siempre coinciden con lo que sucede en la práctica.

Al finalizar el año 2019, de acuerdo la información reportada por la Procuraduría General de Nación, Colombia contaba con 1.198.834 servidores públicos en el Estado, en la rama ejecutiva del poder público del orden nacional; incluidos militares y docentes. De los cuales 30.350 son provisionales. De otra parte, existen y en el orden territorial⁵ aproximadamente 99.792 empleados públicos, algunos de éstos, se encuentran en proceso de concurso de méritos.

Además de los servidores públicos mencionados en el párrafo anterior, mediante el modelo de contratos de prestación de servicios, con corte al 31 de marzo de 2019, Colombia cuenta con 287.841 contratos de prestación de servicios, de los cuales 73.119 corresponden a entidades del orden nacional y 214.722 a entidades del orden territorial, funciones que podrían ser ejecutadas por personal de planta de la Administración colombiana.

Este sistema está planteando problemas en el desarrollo de la función pública, ya que desvirtúa el proceso de selección y las garantías laborales y prestacionales del personal al servicio de la Administración del

Estado, particularmente el de la contratación de prestadores de servicio, sumando a ello la temporalidad, que generan una ineficiencia en la atención a los ciudadanos; por esta razón, es necesario analizar y presentar una propuesta que contribuya a la solución de esta problemática.

Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, se pretende estudiar qué argumentos de tipo jurídico y económico, llevan a las administraciones a adoptar determinados tipos de vinculación, como la figura de contrato de prestación de servicios, el cual es utilizado en forma indebida, no generando beneficios, ni garantías para el personal.

El presente trabajo planteará propuestas para mejorar el sistema vigente en Colombia, partiendo del análisis del modelo de función pública existente en España, en especial en la contratación de efectivos cuando la Administración carece de ellos, con el fin de presentar una propuesta que logre alcanzar una gestión eficaz y eficiente de los recursos humanos en el sector público, respetando garantías laborales.

Para el desarrollo y estudio de la temática, serán expuestas las modalidades de acceso al empleo público en Colombia, regido por la Ley 909 de 2004, la cual indica que por regla general, debe realizarse mediante procesos de selección públicos y meritocráticos que deriven en la vinculación al sistema de carrera administrativa y el empleo público; también serán analizadas las características del contrato de prestación de servicios y las condiciones que supone su firma, así como la desnaturalización en la que se ha incurrido con la utilización de esta figura jurídica para supuestos diferentes de los que estaba prevista inicialmente.

Así mismo, serán analizadas las condiciones del empleo público en España, específicamente las del empleo interino, por considerar que es una figura que por sus características se asemeja a lo que se busca

5 Constitución Política de Colombia 1991, artículo 286 “*Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas*”

suplir con el contrato de prestación de servicios en Colombia.

La propuesta con la que concluye el trabajo tiene por finalidad poder ser implementada y reducir los problemas que se han venido dando hasta la fecha con la utilización de la figura en Colombia.

1. La Administración Pública

Es un campo interdisciplinario que tiene en cuenta cualquier rama del conocimiento y que es necesaria para comprender algunos aspectos de la función gubernamental. No es una ciencia social o una disciplina, sino una aplicación de las ciencias sociales y otras ciencias, al análisis y comprensión de los asuntos públicos: es un tema, una profesión y un cargo⁶.

En pleno siglo XX las instituciones públicas, deben contar con una gerencia eficiente, por cuanto cada día las necesidades públicas de los ciudadanos son mayores y los recursos más limitados.

Por tal razón, los gobiernos deben emprender un trabajo de renovación y de gestión institucional, enfocado a la expansión y crecimiento de la economía global, el desarrollo de la conectividad e informática, automatización procedimental y eficiencia en el uso de recursos públicos, el crecimiento de la economía de los individuos y de los sectores, logrando así eliminar en un alto porcentaje la pobreza y reducir las brechas sociales.

De acuerdo con lo anterior, es de notorio conocimiento la necesidad de disminuir los costos de la carga del Estado, ya que evidentemente no alcanza a soportar todas las necesidades que la población requiere. Para ello debe dejar atrás la gestión ineficaz de las finanzas públicas, las prácticas inadecuadas en la prestación de servicios públicos de cara al ciudadano, “hoy cliente externo”, y dirigir su mirada a su cliente

interno, es decir, los funcionarios públicos, el recurso más valioso de la institución, con el cual puede la Administración mejorar su forma de gobernanza.

Así las cosas, la Administración Pública de hoy debe fijar sus objetivos en: teorías, nuevas tecnologías, normas, procesos y procedimientos, dinámicos y eficaces que logren estar a la vanguardia de las exigencias de este siglo, en especial en lo referente al logro de sistemas de gestión de calidad eficaces para lograr la satisfacción de los usuarios de los servicios públicos.

Para lograr estos propósitos se requiere de servidores públicos competentes y comprometidos, siendo necesario que las formas de vinculación y permanencia con el Estado se cumplan con la mayor rigurosidad, por cuanto es este talento humano el que puede generar los resultados esperados del gobierno. Por esta razón, el presente estudio se dedicará a explicar, revisar y analizar las diferentes formas de vinculación existentes en Colombia, referenciándolas con el modelo español, para finalmente proponer mejoras en los derechos y garantías para la vinculación del contratista por servicios profesionales. Para dicha actividad se analizarán diversos aspectos, siendo el primero de estos la relación jurídica entre la Administración Pública como empleador y sus trabajadores.

1.1. Relación Jurídica entre la Administración Pública como empleador y sus trabajadores en Colombia

El Estado colombiano presenta una problemática generalizada en cuanto a la vinculación por contratos de prestación de servicios de personal utilizado por las entidades públicas para el desarrollo de las funciones propias de estas organizaciones.

Vemos como Colombia ha transitado por (1) *Spiol System* o sistema del despojo y la estabilidad relativa, la segunda se evidencia claramente en el sistema de in-

6 Loiza Gallón Hernando, Estado gobierno y gerencia pública, Universidad Santo Tomas, año 2004

greso a través de la carrera administrativa, donde el mérito y la capacidad son la forma de ingresar al servicio público. Respecto al primer caso, el cual es la razón de este estudio, se puede evidenciar que desde tiempos de la hegemonía liberal y conservadora, el partido político vencedor de la contienda electoral era el dueño exclusivo de los puestos de trabajo, de la nómina oficial y de la posibilidad de contratación. Actualmente esta práctica cambió, por cuanto los servidores públicos de carrera administrativa cuentan con una estabilidad relativa, pero la situación persiste para los contratistas. Esta práctica es ejercida por todos los movimientos políticos vencedores en la contienda electoral, en la cual deciden y relevan a los contratistas de acuerdo con los resultados electorales.⁷

Conviene entonces referirse al concepto constitucional establecido en el artículo 123 de la carta, en donde se definen los servidores públicos como aquellos miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad, quienes ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. De este concepto se colige entonces que toda persona natural que tiene una relación laboral con el Estado y trabaja a su servicio para efectos de asegurar el cumplimiento de los fines constitucionales, es un **servidor público**.

Vale la pena aclarar que en Colombia existe una diferenciación entre servidor y funcionario público. *El servidor público* se entiende como un concepto general, referido a todo aquel que presta algún tipo de servicio en favor del Estado (funcionarios públicos, trabajadores oficiales, contratis-

tas), sin tener en consideración la forma de su vinculación; y el *funcionario público* es aquella persona natural que ostenta un cargo público dentro de una planta de personal de una institución, nombrado mediante un acto administrativo.

Dada la aclaración anterior, es preciso referirse a los conceptos de función pública y funcionario público, indicados por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-681 de 2003:

La función pública es la reglamentación que se hace de la manera como debe desenvolverse la relación laboral entre el empleado y el Estado en todos los elementos que necesariamente enmarcan la situación de cada una de las partes, precisando las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio, los deberes y derechos de unos y otros así como las responsabilidades, sistemas de control, régimen disciplinario y prestacional y demás aspectos que se desprenden de la naturaleza de esa relación o que por definición legal hacen parte de ella.

(...)

Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos. Desde el punto de vista general, la definición es simple. Sin embargo, existen diversas formas de relación y por consiguiente diferentes categorías de funcionarios públicos. La clasificación tradicional comprende los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Esta clasificación se remonta a la ley 4a de 1913 la cual siguiendo el criterio finalista definió a los empleados públicos como los que tienen funciones administrativas y los trabajadores oficiales aquellos que realizan las obras públicas y actividades industriales y comerciales del Estado.⁸

7 Puentes González Germán, La carrera Administrativa en el marco de la función pública, Centro de Estudios Políticos e Internacionales (CEPI)- Universidad del Rosario Colombia, año 2009.

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-681 de 2003

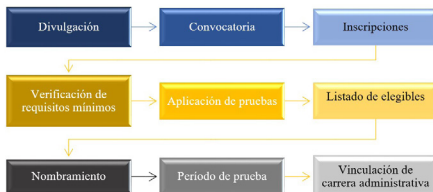
La regla general entonces para el desempeño de funciones propias de la Administración pública son los empleos públicos, sin embargo, para el acceso a estos empleos, a través del sistema de carrera administrativa se presentan una serie de particularidades, entre las que se encuentra principalmente los procesos de selección que dificultan una vinculación eficiente de personal, así como aspectos burocráticos de las administraciones.

Un ejemplo que convendría expresar es el caso de los contratistas dentro del Instituto Oficial de Educación Superior (IOES), ya que en las Universidades Oficiales, antes de la ley 1150 se habían convertido en un medio frecuente para ejecutar recursos políticos eludiendo procedimientos de selección objetiva. La comisión de congresistas conciliadores de los textos aprobados del Senado y Cámara que condujeron a la expedición de la ley 1150 de 2007, en su informe final, dijo lo siguiente: “en adelante las entidades ejecutoras, incluidas las instituciones de educación superior independientemente de su régimen contractual, están obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 para la ejecución de contratos interadministrativos”⁹ que constituye un claro ejemplo de distinción en cuanto al método de selección de acuerdo a la modalidad de contratación, omitiendo que dichos profesionales ingresan por sus destrezas e idoneidad en la vacante disponible.

La tardanza en los procesos de selección y vinculación es un factor que afecta la suficiencia de personal, el número de cargos que requieren las entidades para el adecuado desempeño de sus funciones, por lo general no es el requerido para suplir las necesidades en forma eficiente, por lo que como una medida alternativa y excepcional se acude a una figura propia del régimen de

contratación estatal. Dicha figura es el contrato de prestación de servicios.

Esta tardanza en los procesos obedece a requerimientos legales, que constituyen las siguientes etapas:



Si bien la ley no especifica un término de tiempo para cada etapa, de acuerdo con su complejidad requieren un período considerable, como por ejemplo la aplicación de pruebas, cuyo resultado final implica la revisión de la evaluación presentada por cada uno de los aspirantes a un cargo, adicional a ello, se presentan muchas acciones judiciales y demandas por presuntas violaciones de derechos dentro del mismo proceso a las cuales se les debe dar seguimiento, situación que suspende las demás etapas de éste.

De acuerdo con lo expuesto encontramos que, para suplir los fines del Estado, las entidades públicas tienen dos formas de vinculación de personal, la primera que debe ser la regla general, bajo la vinculación a un empleo público y la segunda en forma excepcional y temporal, a través de un contrato personal de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Pese a la clara distinción legal y procedencia de cada vinculación, en Colombia la suscripción de contratos de prestación de servicios se ha convertido en una práctica generalizada en las entidades del Estado sin contemplar los estándares excepcionales de su uso, lo cual ha desvirtuado los fines para los cuales legalmente se encontraba concebida ésta figura.

La inestabilidad y la excesiva rotación de personal son ejemplos de daños para las entidades públicas, como lo explica de

9 Panchón Lucas, Carlos, Contratación Pública, Análisis normativo descripción de procedimientos de acuerdo al Estatuto general, “Colombia compra eficiente” sexta edición, Bogotá 2014.

manera clara, Rafael Uribe Uribe¹⁰, el Estado pierde dinero, por la clientela y las componendas políticas en la vinculación de servidores públicos, hablamos de la práctica constante de rotación de personal, sin que medie mérito, desempeño y capacidad, pues de que sirve que las personas vinculadas con el Estado, sea competentes, si no tienen la seguridad de continuar en el empleo, pues de manera sorpresiva se vincula a un sucesor. En este panorama son muchos los recursos públicos que se pierden al desconocer el valor de la formación y de la experiencia lograda con sus acciones y contribuciones en favor de la entidad.

1.2. Modalidades - Clases de vinculación con el Estado Colombiano

Teniendo en cuenta la base constitucional de empleo en Colombia, se debe precisar el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a. De acuerdo con el artículo 122¹¹ de la Constitución Política “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”.
- b. Los emolumentos de los empleos deben constar en el presupuesto correspondiente a cada entidad.

Los empleos públicos de cada entidad deben estar contemplados en su planta de personal, la cual tiene fundamento en la Constitución Nacional, en el artículo 189¹² numeral 14, para el orden nacional y en los artículos 305 numeral 7 y 315 numeral 7 para el orden territorial, Gobernaciones y Alcaldías, respectivamente.

El Estado tiene diferentes formas de vinculación y dependiendo de esto, se rige por diferentes disposiciones en materia de ingreso, permanencia y retiro. Las perso-

nas al servicio del Estado se clasifican en miembro de corporación pública, empleado público, trabajador oficial o trabajador que se rige por las normas del derecho privado, de la siguiente forma:

- De libre nombramiento y remoción,
- De carrera administrativa.
- Nombramiento Provisional
- De periodo fijo
- Temporales
- Miembro de corporación pública
- Trabajadores oficiales
- Trabajadores que se rigen por el derecho privado
- Supernumerarios

1.3. La prestación de servicios en la Administración Pública- Contratos de Prestación de Servicios

Se está en presencia de un contrato estatal de prestación de servicios, cuando sus partes son, por un lado, una entidad pública como contratante y por la otra una persona natural, quien se denomina contratista. De acuerdo con la normatividad colombiana el contrato de prestación de servicios tiene por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad, bajo la condición que dentro de la planta no exista personal suficiente para desarrollar la actividad correspondiente, o que existiendo, se requiera un grado de especialidad, por lo que debe acudir a un externo.

Así las cosas, se trata de una figura que debe usarse en forma excepcional, en el caso que las actividades se conviertan en reiteradas o permanentes, la respectiva entidad deberá acudir a suplir las necesidades de personal bajo la vinculación legal y reglamentaria, al ser la regla general para el desarrollo de funciones públicas.

Igualmente vale la pena resaltar las características propias del contrato de prestación de servicios¹³, con la finalidad de di-

10 Uribe Uribe Rafael, Obras selectas, Colección pensadores políticos Colombianos, Cámara de Representantes Bogotá, año 1998.

11 Constitución Política de Colombia 1991, Artículo 22

12 Constitución Política de Colombia 1991, artículo 189 numeral 14

13 Villegas Arbeláez, Julio - Derecho Administrativo Laboral /LEGIS/Decimo primera edición 2016, Bogotá

ferenciar la figura de cualquier otro tipo de contrato, que se muestran a continuación:

- a. La prestación del servicio versa sobre una obligación de hacer actividades encomendadas en razón a la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona determinada, es decir, se contrata a una persona por unas características particulares requeridas para el desarrollo de la actividad demandada.
- b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, es el elemento esencial del contrato de prestación de servicios. Esta característica supone un elemento importante de discrecionalidad, en lo relacionado con el cumplimiento del objeto contractual dentro del plazo pactado y la realización de la actividad según las estipulaciones acordadas.
- c. La vigencia del contrato es temporal por lo que su duración debe ser por un tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido, cuando este tiempo supera una temporalidad razonable, se desvirtúa la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

En este sentido, igualmente vale la pena exponer lo indicado por el autor colombiano Félix Hoyos Lemus:¹⁴

en cuanto a una característica adicional del contrato de prestación de servicios considerándola además, la condición más conflictiva que plantea esta figura, que es la no generación de relación laboral, por lo que no da lugar al pago de prestaciones sociales. Esta última condición se ha desnaturalizado en la práctica colombiana ya que en muchas ocasiones no se percibe la diferencia ente un funcionario de planta y quien ejecuta un contrato de prestación de servicios.

14 Hoyos Lemus, Félix -Temas relevantes de Contenido Laboral/ ALTAMISA /Edición diciembre de 2008, Bogotá

1.4. Modalidades – clases de vinculación con el Estado Español

La carrera administrativa se cifra en tres elementos que son: el sistema de provisión de puestos, la promoción profesional dentro del propio cuerpo y la promoción interna desde cuerpos inferiores a otros superiores¹⁵.

A continuación, se desarrollará, lo previsto en el EBEP, el cual clasifica a los empleados públicos. Del desarrollo de dicha clasificación emana una de las grandes innovaciones de dicho cuerpo normativo, el personal directivo, ya que si bien pervive un Subtítulo específico para el «personal directivo», figura o función que ha salido malparada en la tramitación parlamentaria. Consolidando, así, de forma definitiva la coexistencia de personal funcionario y personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, merece la pena destacar algunos aspectos importantes relativos a ambas categorías, así como la final regulación de los directivos públicos¹⁶.

1.5. Tipos de personal al servicio de la Administración Pública

De acuerdo con el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP),¹⁷ se establece la siguiente clasificación de personal:

- Funcionarios de Carrera
- Funcionarios Interinos
- Personal Laboral
- Personal Eventual
- Personal Directivo Profesional

2. Situación actual del empleo público en Colombia

Colombia es un Estado social de derecho, conformado por tres ramas del poder

15 Memorias del cuarto seminario internacional. Función Pública y democratización en Iberoamérica pagina 113, abril 17 al 20 de 1990

16 Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 174, , págs. 457-499, Madrid, septiembre-diciembre año 2007

17 Estatuto Básico Del Empleado Público (EBEP), aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril (actual texto refundido del EBEP, RDLg 5/2015 de 30 de octubre).

público, legislativo, ejecutivo y judicial, cuenta con personal, vinculado por diferentes modalidades, explicadas en el marco teórico del presente estudio.

Administrativamente, Colombia cuenta con entidades públicas a nivel nacional y territorial, las entidades públicas de nivel nacional generalmente se encuentran centralizadas en la capital del país, Bogotá. Sin embargo, en algunos casos tiene presencia en los territorios, el país cuenta con 32 departamentos y posee 1.103 municipios registrados en el DANE¹⁸ (conteo que incluye los 8 distritos especiales que se cuentan también como municipios), más las 18 áreas no municipalizadas y la isla de San Andrés, en total son 1.122 entidades administrativas locales.

En Colombia no resulta fácil identificar el número exacto de servidores públicos y tampoco el gasto de lo que se denomina la nómina de empleados públicos y contratistas, entendiendo que estos últimos no se encuentran en nómina propiamente dicha, por cuanto su vinculación es por contrato de prestación de servicios. Vale la pena aclarar que por la naturaleza del contrato de prestación de servicios, no existe una planta de personal que conlleve la existencia de una nómina, sin embargo coloquialmente se denomina *nómina paralela* al listado de contratistas con sus honorarios, para cada entidad pública.

Tampoco es fácil determinar con exactitud cuántos empleos pertenecen a la planta del nivel central y cuantos a las plantas de los entes territoriales, por lo que para el estudio se tomó la orientación de FASECOLDA¹⁹, donde se calculó que el 39% son empleos de orden nacional y 61% empleos de orden territorial.

De otra parte, Colombia trabaja en consolidar sistemas de información unificados, válidos y consolidados, pero a la fecha no se cuenta con exactitud con estas cifras, de acuerdo con el informe de la Procuraduría General de la Nación para el año 2013 se estableció que el inventario de las entidades públicas no es claro:

...de 52 sistemas de información identificados ninguno coincide con el número de entidades estatales responsables de la gestión pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública tiene información de 6.247 entidades, el Ministerio de Hacienda 12.000 entidades, la Contaduría General de la Nación 3.375 y el Archivo General de la Nación 7.855, luego de depurar la información se identificaron 9.041, entidades públicas, sin contar los colegios.²⁰

A la fecha se continúa trabajando para consolidar estos sistemas de información que permitan conocer datos exactos sobre empleados públicos.

Antes de establecer los tipos de empleo público, es necesario explicar el origen del desempeño temporal de funciones públicas por particulares, sin que medie relación de relación laboral, se debe hacer la siguiente distinción:

- a. Por obligación legal, como sucede con los jurados de votación.
- b. Por disposición personal como ejemplo los peritos y los contratistas administrativos de prestación de servicios, como auxiliares de la Administración, según criterios del profesor *Diego Younes Moreno*.

Ese concepto de auxiliares de la Administración es oportuno para el análisis propuesto en este estudio, pues muestra que

18 DANE- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas

19 FASECOLDA - Federación de Aseguradores Colombianos. Entidad gremial sin ánimo de lucro, representa la actividad del sector asegurador frente a las entidades de vigilancia y control.

20 Procuraduría General DE la Nación [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/info_gel_archivos/5/12_INFORME%20DE%20GESTION%20DE%20LA%20PGN%202013%20\(3\)%20final.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/info_gel_archivos/5/12_INFORME%20DE%20GESTION%20DE%20LA%20PGN%202013%20(3)%20final.pdf)

el contratista de prestación de servicios es ocasional, transitoria y excepcional y como apoyo a la gestión pública.²¹

Estos auxiliares no forman parte de las nóminas permanentes, su carácter temporal, excepcional, ocasional y transitorio es ratificado por *Gastón Jezzé*, profesor de la Universidad de París.²²

Adicionalmente, se suma que estos empleados no tienen derecho a percibir de la Administración pública, beneficios como capacitación, bienestar y estímulos, como si lo tienen los demás empleos.

Dicho lo anterior, en el presente estudio se muestran las cifras de empleos y de contratistas vinculados a la Administración, reportados por la Procuraduría General de la Nación y el Sistema de Información de la Gestión Pública- SIGP. Es importante precisar que los datos presentados corresponden a información de entidades diferentes, por lo que en cada cuadro de datos se presentarán las fuentes oficiales.

Igualmente, con la finalidad de analizar el caso colombiano frente al caso español y acercar más la realidad de las entidades públicas de ambos países, se estudiará la contratación de prestación de servicios del Distrito Capital y la vinculación de funcionarios públicos.

2.1. Servidores Públicos en Colombia 2019

A continuación, se presentarán las diferentes modalidades de acceso al empleo público en Colombia:

Empleados Públicos

Son los empleos en los cuales su vinculación se formaliza por un acto administrativo de nombramiento y posesión.

Las condiciones laborales, requisitos, funciones, jornada laboral, remuneración, las prestaciones, situaciones administrativas, evaluación de desempeño, bienestar, estímulos, capacitación, causales de retiro y responsabilidad disciplinaria se encuentra establecida por la ley o por reglamentos.

Es necesario precisar “la relación laboral de empleo público es la regla general y que el contrato de prestación de servicios es una excepción, es decir el empleo público es de carácter permanente y expresa subordinación; en tanto que el contrato es transitorio, ejecutable en forma autónoma e independiente en una relación de resultados”²³

Tipos de Empleos Públicos:²⁴

- a. **De libre nombramiento y remoción**, cuya provisión y retiro se efectúan en virtud de la facultad discrecional del nominador para proveer los empleos señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004.
- b. **De carrera administrativa**. Esta vinculación se realiza a través de concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, inicialmente la provisión se realiza a través de un nombramiento en período de prueba. Superado este periodo, se procede a la inscripción y el registro como empleado de carrera administrativa. De manera transitoria, el empleo puede proveerse mediante nombramiento provisional, mientras se adelanta el respectivo concurso o el empleo se encuentra temporalmente vacante.
- c. **Nombramiento Provisional**: Es una forma temporal (periodo de prueba) de vinculación con la Administración Pública, se otorga al ganador de un con-

21 Younes Moreno, Diego, Derecho administrativo laboral, P.32 a 37 España año 2015

22 Jezzé, Gaston, Principios generales del derecho administrativo, Buenos Aires, Ed. De Palma. P. 244 , año 1948

23 Younes Moreno, Diego, Derecho administrativo laboral, año 2015, España

24 Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones”

curso de méritos, por un periodo no superior a 6 meses. Superado el periodo de prueba su vinculación será carrea administrativa.

Los nombramientos provisionales diferentes al necesario por el periodo de prueba, son eventuales y excepcionales, como lo establece el artículo 8° del Decreto 1227 del 2005, así como los decretos 1937 y 4968 del 2007, señalan que por razones de estricta necesidad, para evitar la afectación del servicio. La Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud motivada del jefe de la entidad interesada, podrá autorizar en las vacancias temporales generadas por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional, si no hay empleados de carrera en la planta que cumplan los requisitos para el cargo.

- d. **De periodo fijo:** Los empleos de periodo fijo son los clasificados en la Constitución o en la ley con esta naturaleza, como son el Personero, el Contralor, el Director de Empresa Social del Estado, asesor de Control Interno. Tienen como característica que su vinculación debe estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.
- e. **Temporales.** Estos empleos se crean para cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la Administración pública.

Miembro de corporación pública

Son los servidores públicos de elección directa por el pueblo en los niveles nacional y territorial. Integran los cuerpos colegiados que representan. Los requisitos, funciones, inhabilidades e incompatibilidades

y forma de elección se encuentran definidos en la Constitución Política, como los Congresistas, los Diputados y los concejales.

Trabajadores oficiales

Son aquellos servidores vinculados mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo. Son la regla general en las empresas industriales y comerciales del Estado, a esta categoría corresponden únicamente los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Trabajadores que se rigen por el derecho privado

Se vinculan a la Administración mediante un contrato de trabajo según las normas del Código Sustantivo de Trabajo. Tienen la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo. Son la regla general en las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios en el orden Nacional y Territorial.

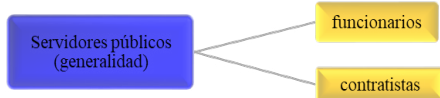
Supernumerarios

Son empleos vinculados²⁵ a la Administración manera temporal únicamente en casos de vacancia temporal de los empleados públicos como consecuencia de las licencias o vacaciones únicamente. Cabe anotar

25 Departamento Administrativo de la Función Pública Colombia, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84333>

que estos colaboradores no pertenecen a las plantas de personal permanentes. Es una figura que no es muy utilizada, dado que para lograr un nombramiento de este tipo las entidades deben agotar una serie de procesos que demandan un tiempo excesivo, por lo que no suplen la necesidad de inmediatez de la vacante temporal.

Después de conocer las diferentes formas de vinculación legal y reglamentaria del empleo público en Colombia, se hará referencia a los sujetos estudiados de la siguiente forma:



En Colombia las personas al servicio del Estado pueden ser funcionarios o contratistas, la suma de los dos se denomina servidores públicos, la gran diferencia está en el hecho que los empleados públicos tienen vinculación legal y reglamentaria con el Estado colombiano y esto significa que tienen derecho a prestaciones sociales y salariales a diferencia de los contratistas.

Por el contrario, la naturaleza del vínculo contractual se caracteriza por dar autonomía e independencia en el desarrollo de las actividades, sin que exista subordinación y/o cumplimiento de un horario de trabajo. Sin embargo, en la práctica los funcionarios y contratistas realizan las mismas actividades, sometidos en algunos casos al cumplimiento de un horario y a una subordinación, solo existe diferencia en el pago de prestaciones sociales y salariales, de las cuales los contratistas no se benefician.

En ocasiones, se pueden hallar contratistas de hasta 10 años de servicios, pero con contratos de 3, 6, y 12 meses, lo que genera riesgos, toda vez que se pueden presentar posibles demandas por configu-

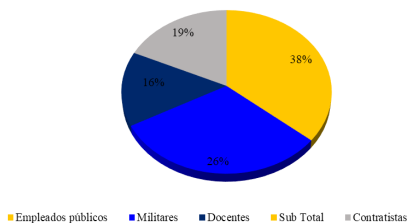
ración de un eventual contrato realidad; igualmente, en la continuidad de los servicios públicos que presta la entidad, así como una alta rotación de personal la cual se refleja en falta de sinergia de los procesos y falta de compromiso por falta de los trabajadores.

En la siguiente tabla se observan los datos de servidores públicos:

Tipo de empleos públicos	Número	Porcentaje
Empleados públicos	571.487	38%
Militares	393.557	26%
Docentes	233.790	16%
Sub total	1.198.834	
Contratistas	287.841	19%
Total	1.486.675	100%

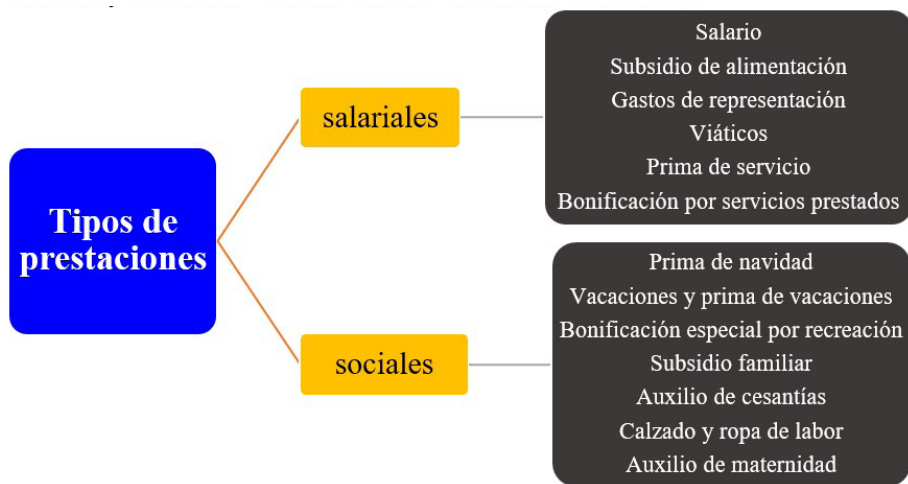
Fuente: Procuraduría General de la Nación y Colombia Compra eficiente

Total servidores públicos



2.2. Empleos Públicos en Colombia 2019

De acuerdo con las cifras de la Procuraduría General de la Nación en Colombia para el año 2019, se contaba con 1.198.834, funcionarios públicos, en todo el territorio Nacional esto incluye, militares, docentes, empleados públicos de orden Nacional y territorial. Entendiendo por funcionario público, a las personas al servicio del Estado, con una vinculación labor legal, es decir tienen derecho a percibir salario y prestaciones salariales y sociales, de acuerdo con el Decreto 1919 de 2002 así:



Las prestaciones antes mencionadas se liquidan y pagan de acuerdo a la escala de remuneración del empleo.

2.3. Empleos públicos en Colombia ex-ceptuando militares y docentes

A continuación, se observa el total de empleados públicos en Colombia sin tener en cuenta los militares y los docentes, por cuanto tienen régimen laboral y de vinculación especial. Y clasificándolos por nivel Nacional es decir los empleos que corresponden a instituciones públicas de la nación y Territoriales, en referencia a los empleos públicos que laboran con entidades territoriales (departamentos y municipios).

Empleos públicos	Número	Porcentaje
Territorio	348.607	61%
Nación	222.880	39%
Total	571.487	100%

Se analizarán los datos de acuerdo con la caracterización establecida en el Sistema de Información de la Gestión Pública SIGP, de información de hojas de vida de los empleados públicos vinculados, establecido en

el Título 17 del Decreto 1083 de 2015. No incluye personal uniformado (militares), docente y trabajadores oficiales.

Es importante resaltar que en el SIGP, no se encuentran todos los datos registrados, pero servirán de modelo guía para mostrar las tendencias de los datos totales de empleos públicos del nivel territorial así:

2.4. Rango por edades empleados públicos

El rango de edad donde más funcionarios públicos laboran es entre 50 a 62 años, con el 37%, seguido de 40-49 con el 27% y en tercer lugar el rango entre 30-39 con el 22%. Se evidencia que el rango de edad donde menos laboran funcionarios es el de menores de 30 años con el 5%.

Los rangos de edades de los servidores públicos, permite evidenciar que las personas menores de 30 años ingresan al servicio público en cantidades muy reducida, situación que puede obedecer a diversos factores, entre ellos que no resulta atractivo para las nuevas generaciones pertenecer al sector público, ya que en los últimos años el empleo público no presenta mucha dinámica. Las nuevas generaciones pueden estar en los contratistas, pero no podemos afir-

marlo como una verdad absoluta, porque las edades de los contratistas no fue posible conocerlas.

2.5. Salario promedio por niveles de los empleados públicos del orden territorial

A continuación, se muestran los salarios promedio por niveles, cifras presentadas en millones de pesos y pasadas a euros, a la tasa representativa del mercado, de acuerdo con el banco de la República de Colombia. A una tasa promedio del mes de diciembre de 2019 de \$3.678 de pesos, por cada euro.

Nivel	Salarios promedio en millones (\$)	Euros(€)
Asesor	6,6	1790
Directivo	8,2	2230
Profesional	5,1	1380
Técnico	2,4	650
Asistencia	2	540

Fuente: SIGP

Como se observa el nivel con mayor remuneración es el nivel directivo, seguido del nivel asesor, en tercer lugar el nivel profesional.

2.5. Antecedentes normativos de la contratación de prestación de servicios

En el presente numeral, se realizará un recorrido por las diferentes normas que se han suscitado en Colombia en cuanto al contrato de prestación de servicios, desde sus inicios hasta la actualidad.

Con La Ley 3 de 1930, Por primera vez la legislación colombiana, hacía referencia a esta modalidad de contratación, reservando su aprobación al gobierno nacional.

Queda facultado el poder ejecutivo para contratar con expertos o consejeros técnicos, cuando para la mejor organización de algún ramo especial

de la Administración pública juzgue conveniente. Los contratos que al efecto se celebren serán válidos con la aprobación de consejo de ministros”

El Decreto 1750 de 1976 impone dos condiciones relevantes que debían cumplir las entidades públicas que accedieran a esta figura jurídica: 1. Que no puedan cumplirse con el personal de planta, 2. ni para el desarrollo de funciones administrativas.

...Se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas.

Para el año 1983, con el Decreto 222, el legislador dejó claramente plasmado el alcance que debía darse cuando se hacía referencia a funciones administrativas, en cuyo caso se establece una excepción siempre y cuando se cuente con autorización de la Presidencia de la República.

...Se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta.

No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.

Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante.

Actualmente, la Ley 80 de 1993, es la norma base rectora y vigente de la contratación pública, hace una importante delimitación, que no se observa en legislaciones anteriores, entre los elementos que constituyen una vinculación laboral y que no son reconocidos como partes integrantes de un contrato de prestación de servicios; así mismo, establece por primera vez un elemento que delimita la suscripción del contrato a un término *estrictamente indispensable*, a diferencia de la vinculación legal y reglamentaria (nombramiento en planta de personal) la cual, tiene una vocación de permanencia.

Se deja plasmado que la contratación de personal bajo las normas de contratación estatal debe atender estrictamente necesidades del servicio público en forma temporal.

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.

A continuación, nos adentraremos en el análisis de la contratación de prestación de servicios, la cual dado su desarrollo normativo hoy se denomina *contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión*, de acuerdo con el Decreto 1082 de 2015.

Dado que el contrato de prestación de servicios es una práctica generalizada en las entidades públicas, puede prestarse para interpretaciones diversas, por lo que conviene referirse a las posiciones jurisprudenciales más relevantes emitidas por las altas Cortes colombianas.

Corte Constitucional Colombiana:

Es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la Administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores. Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la Administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción.²⁶

La Corte Constitucional igualmente ha realizado una importante observación al encontrar que muchos empleadores ya sean privados o públicos, pretenden hacer invisible realmente una relación laboral que constituya un “contrato de trabajo”.

La Corte encuentra que la prohibición a la Administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-094 de 2003

una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados.²⁷

En esta misma jurisprudencia la corte Constitucional hace referencia especial a los principios de la función pública en los contratos con el Estado, reiterando que las actividades con carácter de permanente deben ser desarrolladas por personas que hayan ingresado a la Administración pública mediante el concurso de méritos.

Por su parte el Consejo de Estado, ha indicado:

...el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.²⁸

(...)

El contrato de prestación de servicios tiene por finalidad realizar actividades

relacionadas con la Administración de la entidad o el cumplimiento de sus funciones; su carácter es temporal; el contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones y puede celebrarse tanto con personas jurídicas como naturales, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no pueden cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exigen conocimientos especializados de los que no disponen los servidores de la entidad. (...)²⁹

Se concluye entonces, que el contrato de prestación de servicios se firma para que se alcance un objetivo o una tarea especial, pactada entre el Estado y un particular, donde se establece como contraprestación un monto de dinero, en un periodo de tiempo determinado, sin que existan características de subordinación. Quien tiene calidad de contratista, goza de autonomía en el ejercicio de sus actividades, e inclusive el cumplimiento de sus responsabilidades, puede limitarse a la entrega de productos, bajo una coordinación y supervisión por parte de un funcionario de la entidad pública sin que se enmarque en una situación de jerarquía.

Así las cosas, se concluye que el contrato de prestación de servicios en la mayoría de los casos no cumple con el propósito legal para el cual fue concebido. Igualmente, la jurisprudencia evidencia que se trata de una práctica reiterada en las entidades

2.6. Análisis de los Contratos de Prestación de Servicios en Colombia

Para la prestación de servicios a través de un contrato, se acude a las normas de contratación pública, razón por la cual

27 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia c-614 de 2009

28 Consejo de Estado, Sentencia Ij-39 De 18 de 2003.

29 Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil. Radicación número: 11001-03- 06-000-2005-01693-00(1693).1997

es pertinente referirse al portal único de contratación pública denominado SECOP (Servicio Electrónico de Contratación Pública), herramienta de uso obligatorio para la gestión de cualquier tipo de contrato celebrado por el Estado colombiano a través de todas sus entidades. Si bien es una herramienta obligatoria para gestionar contratos, al momento de consultar información consolidada del total de contratos a nivel nacional, no es posible obtenerla, toda vez que la herramienta no permite una consulta unificada como Estado, sino que refleja la contratación de cada una de las entidades.

Por lo anterior, se acudió al portal de datos abiertos del Estado colombiano, en donde a partir de la información recopilada por el SECOP, a través de la herramienta de datos abiertos, fue posible elaborar una base de datos de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión suscritos en la vigencia 2019.

De otra parte, se presentó dificultad para obtener información relativa al nivel jerárquico de los contratos, toda vez que cada uno de ellos se encuentra elaborado partiendo de una necesidad específica. De acuerdo con las normas contractuales, la necesidad que dan lugar al contrato surge al momento mismo de su celebración, hasta ese momento se detallan las actividades, plazo, honorarios y demás condiciones del vínculo contractual, es decir, dependerá de la voluntad de la Administración en ese momento, razón por la cual las bases de datos consultadas no especifican si las actividades desarrolladas en el contrato corresponden a asistenciales, técnicas o profesionales.

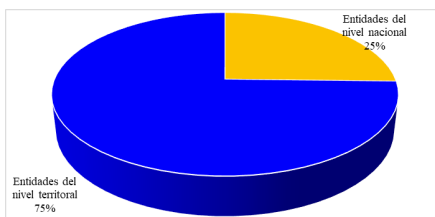
Caso contrario a lo que ocurre con los cargos públicos, los cuales se encuentran plenamente identificados en la planta de personal de cada entidad, con unas funciones, requisitos para acceder y salario.

Total de Contratos de Prestación de servicios en Colombia 2019³⁰

Número total de CPS suscritos (en miles)		Valor total de CPS (en billones de pesos)
Nivel nacional	73	2.730
Nivel territorial	215	4.880
Total	288	7.608

Fuente: elaboración propia

Total de Contratos en Colombia 2019



El 75% de los contratos de prestación de servicios son celebrados en entidades del nivel territorial, esta mayoría se da principalmente por la extensión del territorio colombiano y la presencia de entidades públicas en los 32 departamentos que lo componen.

2.7. Análisis de caso contratos de prestación de servicios Bogotá Distrito Capital

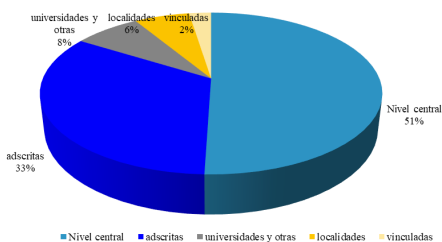
Una vez analizada la situación de los contratos en forma general, a continuación, se analizarán los contratos firmados en el Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá, incluyendo todas las entidades que lo conforman, clasificadas en los diferentes sectores o áreas de la Administración Distrital.

³⁰ Datos abiertos Colombia, <https://www.datos.gov.co/Gastos-Gubernamentales/SECOP-Integrado/rpmr-utc>

Entidades distritales	Numero de contratistas
Nivel central	8.346
Adscritas	5.501
Universidades y otras	1.236
Localidades	1.030
Vinculadas	409
Número total	16.522

Fuente: elaboración propia

Total de Contratos en el Distrito Capital 2019



En este caso el nivel central de la Administración distrital tiene el mayor número de contratos de prestación de servicios suscritos en el 2019, esto debido a que se trata de las entidades que hacen parte del gabinete central de la Alcaldía Mayor, encargadas de formular y ejecutar las políticas en los diferentes sectores administrativos de la ciudad. El Distrito Capital en el año 2019 suscribió un total de 16.522 contratos de prestación de servicios, por un valor total de \$425.753.291.615 millones de pesos, equivalentes a 115.756.741 Euros.

2.8. Análisis comparativo: funcionarios frente a los contratos de prestación de servicios en Colombia

Teniendo en cuenta que ya se conoce el detalle de funcionarios públicos (exceptuando militares y docentes) y contratistas, tanto a nivel nacional, se contrastarán las cifras obtenidas con la finalidad de identificar puntos de análisis.

Consolidado servidores públicos en Colombia

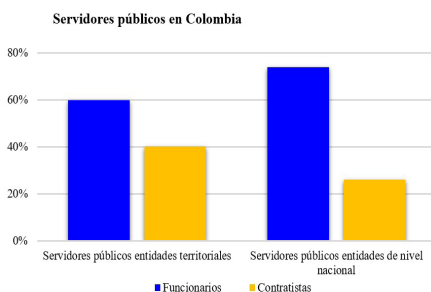
Tipo de entidad	Funcionarios	Contratistas	Total servidores
Servidores públicos entidades territoriales	348.607	214.722	563.329
Servidores públicos entidades de nivel nacional	222.880	73.119	295.999
Total	571.487	287.841	859.328

Fuente: elaboración propia

Tipo de entidad	Funcionarios	Contratistas
Servidores públicos entidades territoriales	62%	38%
Servidores públicos entidades de nivel nacional	75%	25%

Fuente: elaboración propia

Del total de servidores públicos en Colombia el 33,49%, corresponde a contratistas de prestación de servicios.



En términos generales, se observa que las entidades del nivel territorial son las que más demandan servicios tanto de funcionarios de planta como de contratistas.

Para el caso de los contratos de prestación de servicios es pertinente aclarar que por lo general se firman por un término inferior a un año; de acuerdo con las normas presupuestales en Colombia el presupuesto de las entidades debe ser ejecutado dentro de la misma vigencia, por lo que se suscriben por este periodo de tiempo.

Adicionalmente por su vocación de temporalidad no sería adecuado para las entidades suscribir contratos por un periodo de tiempo más extenso. Sin embargo, algunas entidades en la práctica suscriben contratos por términos de tiempo inferiores, de hasta tres y seis meses.

En algunos casos las entidades realizan esta práctica, con la finalidad de desvirtuar o evadir de alguna forma la configuración de una vinculación laboral, pues si se firma el contrato por el término de un año, podrían configurarse o entenderse el derecho a percibir prestaciones sociales y laborales, tal y como se analizará más adelante.

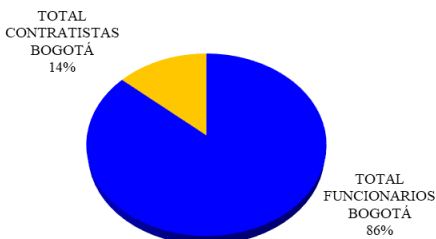
Caso contrario, se presenta con los funcionarios públicos, en donde ingresan al servicio con la finalidad de permanecer en un cargo por un periodo de tiempo indeterminado, es decir, tienen vocación de permanencia.

Sumado a ello, llama la atención que los contratos de prestación de servicios corresponden casi a una tercera parte de los funcionarios de planta, siendo su cantidad es muy cercana, lo que desvirtúa la excepcionalidad de los contratos de prestación de servicios, tal y como lo indica la ley.

2.9. Análisis de caso concreto, situación del empleo público en Bogotá Distrito Capital

Total funcionarios Bogotá	104.883
Total contratistas Bogotá	16.522

Fuente: elaboración propia



Los contratos de prestación de servicios en el distrito capital, por lo general son suscritos por un término inferior a un año, con la finalidad de no incurrir en una eventual generación de costes prestacionales que se dan con el cumplimiento de un año de servicio, como los que se generan para los funcionarios.

2.10. Análisis de las contraprestaciones recibidas como funcionario público y como contratista en el Distrito Capital

En el presente apartado, se analizará el valor pagado en el Distrito Capital como contraprestación a los servicios prestados por parte de sus servidores. Se precisa que de acuerdo con la normatividad colombiana los honorarios pagados en virtud de un contrato de prestación de servicios, no constituye salario, por lo que no hay lugar al pago de prestaciones sociales; los honorarios no se asemejan a un salario devengado por personal de planta, dado que la naturaleza de los contratos de prestación de servicios y de la vinculación legal y reglamentaria, difieren ampliamente, tal y como se ha manifestado en el presente documento.

Para el caso de los funcionarios públicos, se tuvo en cuenta los salarios mensuales promedio, devengados en la vigencia 2019, en los niveles directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial³¹, tomando como referencia los valores establecidos en

31 Decreto 770 de 2005, artículo 4, Niveles jerárquicos de los empleos de las entidades y organismos del orden nacional, Decreto 785 de 2005.

los Decretos Distritales que establecen el pago de salarios.

Para el caso de los contratistas, tal y como se ha manifestado, no se dispone de información detallada por niveles jerárquicos, por lo tanto, fue tomada como referencia el promedio de la escala para el pago de honorarios por niveles establecida en la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá³². En este caso sólo fueron tomados los niveles profesional, técnico y asistencial, dado que los niveles directivos y asesor deben ser ejercidos por funcionarios públicos vinculados de forma legal y reglamentaria.

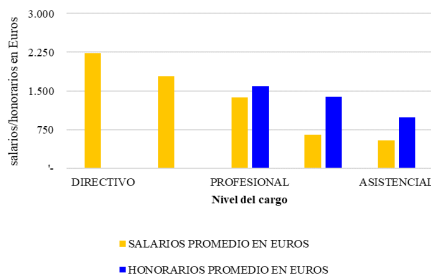
Honorarios de contratistas Distrito Capital

Nivel	Honorarios contratistas promedio en millones de pesos	Honorarios promedio en euros
Directivo	-	-
Asesor	-	-
Profesional	5,9	1.589
Técnico	5,1	1.390
Asistencial	3,1	993

Fuente: elaboración propia

Comparación de salarios y honorarios

Nivel	Salarios funcionarios en millones de pesos	Salarios promedio en euros	Honorarios contratistas en millones de pesos	Honorarios promedio en euros	Diferencia %
Directivo	8,2	2.230	-	-	-
Asesor	6,6	1.790	-	-	-
Profesional	5,1	1.380	5,9	1.589	13%
Técnico	2,4	650	5,1	1.390	53%
Asistencial	2	540	3,1	993	46%



Para tener una cifra aproximada en euros, se tuvo en cuenta la tasa de cambio del Banco de la República para diciembre de 2019 a una tasa de 3.678 pesos, por unidad de euro.³³

Comparativamente, los contratistas devengan más contraprestación económica en forma mensual respecto de los funcionarios, en el caso de los profesionales, se presenta la variación porcentual más baja de los tres niveles estudiados, pero igualmente es muy significativa, si se tiene en cuenta que se trata de servidores que podrían desempeñar las mismas actividades.

En el nivel técnico se da una diferencia del 53%, lo que significa que un técnico contratista puede llegar a devengar más de un 50% que uno del mismo nivel que se encuentra en la planta de personal.

En el nivel asistencial, igualmente se presenta una considerable diferencia en la contraprestación pagada del 46%, entre un contratista y un funcionario.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, los honorarios al no constituir un salario no incluyen el pago de prestaciones sociales enunciada anteriormente.

En síntesis, la carga prestacional de una persona vinculada legal y reglamentariamente con el Estado colombiano ascien-

32 Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá https://secretariageneral.gov.co/sites/default/files/contratacion/3-2019-43_1.pdf

33 Banco de la República de Colombia, https://totoro.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&Action=prompt&Path=%2fshared%2fSeries%20Estad%3%adsticas_T%2f1.%20Monedas%20disponibles%2f1.2.TCM_Serie%20para%20un%20rango%20de%20fechas%20dado&Options=rd&lang=es

de aproximadamente al 50% adicional al salario devengado, valor que debe asumir el Estado como empleador, es decir, al salario devengado en forma mensual deben sumarse los factores prestacionales (prima de servicios, cesantías, intereses sobre las cesantías, aportes a los sistemas de salud y pensión, reconocimiento de vacaciones). Beneficios que no son reconocidos a los contratistas, quienes debe asumir el pago de su vinculación al sistema de seguridad social (sistema de salud, pensiones y riesgos laborales) como independiente, liquidado sobre ingreso base de 40% sobre el valor pactado como honorarios; los contratistas de acuerdo con la naturaleza de su vinculación no tienen derecho al pago de prestaciones sociales y salariales, como las que se reconocen a los funcionarios.

2.11. El Contrato de Prestación de Servicios de acuerdo con la Jurisprudencia

De acuerdo con las características que debe cumplir el contrato de prestación de servicios, surge un inminente problema jurídico cuando tales características son desvirtuadas en la práctica, siendo el elemento más disruptivo la subordinación, por lo que se procede a analizar las diferentes posiciones jurisprudenciales de las tres altas cortes colombianas, así:

Mediante Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara, la corte Constitucional Colombiana, se pronunció sobre una demanda instaurada contra el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, indicando;

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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

En esta oportunidad la corte sostiene que el llamado contrato de prestación de servicios puede encubrir una relación laboral, para lo que es suficiente demostrar los tres elementos que la configuran (Subordinación- remuneración- prestación personal del servicio)³⁴, pero básicamente la subordinación, expresada en la fijación de horarios de trabajo al supuesto contratista. En tal caso el Estado tiene la obligación de proteger las formas de trabajo.

Cuando el artículo 32 de la Ley 80 advierte que el contrato de prestación de servicios no genera relación laboral en ningún caso, se plantea una presunción legal, no de

34 Código Sustantivo del Trabajo –CST– artículo 22: el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades, por medio del cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a favor de otra que puede ser natural o jurídica, bajo su subordinación y a cambio de una remuneración salarial.

derecho (por lo que admite prueba en contrario); esto de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Por lo que concluye diciendo la corte:

...el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa 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 que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual “agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo.

Por su parte, frente a este mismo elemento de subordinación la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de casación del 17 de mayo e 2004 MP: Luis Javier Osorio López; coincidiendo con la posición de la corte constitucional, considerando que la fijación de un horario a un contratista en el beneficio del desarrollo de una actividad, es un indicativo de una relación laboral:

...cuando el prestador de los servicios en el sector público esta sometido a horario, se está en presencia de un elemento indicativo de la subordinación laboral, puesto que precisamente la imposición de dicho horario por parte de quien se beneficia de la prestación

del servicios implica un poder del mismo, que desconoce por su propia naturaleza la eventual autonomía del primero en tanto no le permite desarrollar la labor contratada dentro de un marco de libertad que es característica de una prestación de servicios.

El concejo de Estado en sentencia IJ 0039 del 18 de noviembre de 2003, sostiene la misma postura de las cortes y jurisprudencias que anteceden, indicando que debía condenarse al Estado cuando maquillaba una relación de trabajo con un contrato de prestación de servicios, indicando que las sentencias condenatorias debían ordenar el pago a título de indemnización de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el supuesto contratista, adoptando como base e liquidación los honorarios percibidos.

Igualmente indica que los contratos de prestación de servicios que enmascaran una relación laboral son violatorios del artículo 53 de la Constitución, prevalencia de la realidad sobre la forma. Así mismo, indico que las relaciones laborales disfrazadas de contrato de prestación de servicios son violatorias del principio de igualdad (artículo 13 de CP), pues no es razonable que si el contratista y el funcionario público ejercen las mismas actividades, el primero no devengue las prestaciones que el segundo si percibe.

De acuerdo con lo anterior, es claro que encubrir una relación laboral, con un contrato de prestación de servicios, genera el menoscabo de los derechos laborales y es violatorio de ordenamiento jurídico, tanto así que la ley 1952 de 2019, nuevo Código General Disciplinario, establece como una falta gravísima:

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 excepciones legales.³⁵

2.12. Riesgos jurídicos y económicos con la suscripción de Contrato de Prestación de Servicios

Como preámbulo frente a la defensa de los derechos laborales y la posición del Estado colombiano en situaciones jurídicas derivadas de una eventual demanda por contrato realidad, que de acuerdo con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales; es 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 forma³⁶, vale la pena recordar que Colombia ha ratificado convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas, lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica, ratificó el Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagran el Derecho al Trabajo:

Artículo 6. Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una

vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;

c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta

35 Ley 1952 de 2019 Artículo 54, “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”

36 CONSEJO DE ESTADO-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” Sentencia 1828 de 2015.

sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

[...]

h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás. Para materializar los derechos que en el Protocolo se reconocen, entre ellos, al trabajo.

Por lo anterior, Colombia cuenta con los respectivos estatutos laborales y del servidor público, como garantía y respeto a su vinculación al pacto de San Salvador. Sin embargo, la figura estudiada a lo largo de este trabajo permite evidenciar una falla en cuanto a su utilización, dado que se presenta un riesgo jurídico importante que debe asumir el Estado colombiano, cuando a través de la figura del contrato de prestación de servicios, se disfraza una relación laboral, presentándose el denominado contrato realidad.

En este aspecto, la jurisprudencia de las altas cortes colombianas ha analizado a partir de casos concretos la configuración del principio constitucional de la primacía de la

realidad sobre las formalidades en materia laboral, cuando con la suscripción de contratos de prestación de servicios se desarrollan actividades de manera subordinada y dependiente o si, por el contrario, existió una relación eminentemente contractual conforme al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin derecho a prestación alguna.

Como algunos ejemplos se encuentran a continuación sentencias en las cuales mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho³⁷ las cortes colombianas coinciden en el reconocimiento derechos laborales derivados de un contrato de prestación de servicios:

- **Sentencia 1828 de 2015.** Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda Subsección “B”. En este caso, fue argumentada una relación con el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- por un periodo de tres años y tres meses, sin existir solución de continuidad, desarrollando actividades de escolta, entre otros apartes se argumentó que necesariamente debía cumplir un horario de trabajo e igualmente recibió un arma de dotación para el ejercicio propio de su actividad. El tribunal regional falló a favor del demandante, condenando al Estado colombiano y fue confirmada la decisión por el Consejo de Estado, por la configuración de un contrato realidad, ordenando a título de indemnización, el pago de las vacaciones no disfrutadas y prima de vacaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos a que tendría de-

³⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo *Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.*

recho el demandante durante el periodo de tiempo que se desempeñó como escolta.

- **Sentencia 2200 de 2019.** Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección segunda subsección A, situación similar al caso anterior, El concejo de Estado Concluyó que se desvirtuó el contrato de prestación de servicios dando lugar a la relación laboral, por cuanto se fueron probados y cumplidos los criterios desarrollados por la jurisprudencia y por la ley para revelar una relación de tal carácter cuando se ha querido aparentar un contrato de prestación de servicios. Por lo tanto, el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ordinarias igual a las que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios, correspondiente a nueve años de servicios, en los cuales mantuvo contratos de prestación de servicios en forma continua.
- **Sentencia Unificadora de jurisprudencia SU448 de 2016.** Corte Constitucional, el hecho inicial de la demanda, fue el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, salariales e inclusive el reconocimiento de daños morales por que la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), desde el veintuno de febrero de 2002 y hasta el 30 de marzo de 2007, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral, suscribió en forma reiterada contratos de prestación de servicios. En esta oportunidad la Corte Constitucional analizó además de otros aspectos, los parámetros jurisprudenciales respecto del denominado contrato realidad, destacando y reiterando jurisprudencia sobre este tema.
- **Sentencia C-154 de 1997,** indicó que el contrato de prestación de servicios surge como tal si garantiza la autonomía e independencia del contratista y adicionalmente cuando la planta de personal no es suficiente para cumplir los fines propios de la entidad; salvo cuando se requiera de conocimientos especializados. De ahí que sin éstas características el contrato de prestación de servicios pierde su esencia y deja de ser un contrato.
- **Sentencia T-180 de 2000,** esta Corte fijó los requisitos que deben tenerse en cuenta para que se configure una relación laboral, y en la que se precisa que la realidad es aquella que debe primar frente al contrato que se haya suscrito.
- **Sentencia C-1110 de 2001,** el principio de primacía de la realidad sobre las formas implica la garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. De esta manera, puede hablarse de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que “una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica”.
- **Sentencia C-171 de 2012,** reiterada mediante Sentencia T- 761A de 2013, la Corte Constitucional se refirió a las diferencias esenciales que existen entre un contrato laboral y un contrato de prestación de servicios. En dicha oportunidad, expresamente afirmó que un contrato de prestación de servicios no puede usarse cuando en realidad se está llevando a cabo una relación laboral y por lo tanto, ejecutándose un contrato laboral.
- **Sentencia T-750 de 2014,** insistió en que no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues siempre

que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.

Como se observa a través de la jurisprudencia, las altas cortes colombianas reconocen en forma reiterada y unificada, que las entidades estatales han dado un mal uso a la figura del contrato de prestación de servicios, enmarcando un desconocimiento de los derechos laborales de las personas.

Siendo las referencias jurisprudenciales invocadas anteriormente, apenas un abre-bocas de la realidad de los estrados judiciales por estos casos, es evidente que el Estado colombiano debe asumir la condena y pago de demandas en su contra, por la mala utilización de una figura legal, pagos que además, dependiendo del tiempo de la vinculación y el tipo de actividad desarrollada (profesional -asistencial) incluyen costas procesales, intereses comerciales, moratorios y todos aquellos emolumentos derivados de un litigio.

Dentro de los referidos gastos, es importante hacer hincapié en el desgaste administrativo en que debe incurrir la Administración atendiendo múltiples demandas que además se extienden en periodos de tiempo muy prolongados (en promedio 8 años), además del pago de honorarios de abogados por defensas judiciales.

De esta forma se evidencia entonces que con la mala utilización de la figura del contrato de prestación de servicios el Estado colombiano asume unos altos riesgos jurídicos y económicos, además el comportamiento de la jurisprudencia es un indicador de que a futuro el riesgo jurídico será más alto, sino se adoptan medidas que logren mitigar las demandas instauradas y sus costes.

Así lo confirma la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Colombiano, en donde en un artículo publicado 28 de junio de 2019, informa que:

Hoy existen 4.325 procesos activos contra la Nación por configuración del contrato realidad. Las pretensiones de estos procesos equivalen a casi medio billón de pesos: \$433.157.127.151. Una cifra tan elevada necesariamente debe abrir la pregunta por la responsabilidad que les asiste a las entidades, y específicamente a los supervisores de contratos para evitar que estos casos se presenten³⁸.

Si bien esta cifra, puede presentar variables que no son informadas por la Agencia, a simple vista si perciben altos costos en que debe incurrir el Estado por esta situación, lo cual tendría solución con una planeación más eficiente de los recursos y del personal, mitigando de alguna forma los riesgos materializados.

En síntesis, el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, de acuerdo a la información que antecede responde a una excepcionalidad legal no respetada, que conlleva al desconocimiento de derechos laborales, generando altos riesgos en su utilización.

3. Situación actual del empleo público en España

Partiendo del estudio efectuado con anterioridad de cara a la realidad de la Administración Pública, que podría definirse como políticamente compartida de encontrar soluciones a los problemas y conflictos que en éstas se generan, como bien se sabe, los gestores de recursos humanos en este ámbito y las organizaciones sindicales presentes en el mismo no son pocos ni encuentran fácil respuesta en el marco jurídico actual³⁹.

38 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/demandas-contrato-realidad-una-causa-prevenible/>

39 Dirección General de Administración Local (2003) Andalucía

Este apartado tiene por objeto el análisis de las cifras de empleados publicado en el Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones, emitido por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, correspondiente al último período vigente de 2020.

Para efectuar el estudio y análisis de la figura de funcionarios interinos, se comenzará con la delimitación por modalidades de vinculación, de acuerdo al Boletín Estadístico del Personal al servicio de la Administración Pública del periodo enero 2020, en donde el 56,14% del personal (1.458.453 empleados) son funcionarios de carrera, mientras que el 23% es personal laboral (599.613 empleados) y el resto (personal funcionario interino, personal eventual y otro personal) representa el 20,7% con 539.646 empleados.

Personal al servicio de las Administraciones Públicas 2020

Personal al servicio de las Administraciones Públicas	Número de empleados	%
Funcionario de carrera	1.458.453	56,14
Personal Laboral	599.613	23
Otro Personal (personal funcionario interino, personal eventual y otro personal)	539.646	20,7

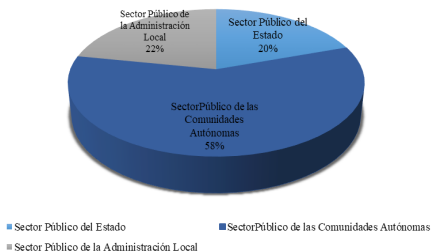
Fuente: Boletín Estadístico del Personal al servicio de la Administración Pública - Enero 2020

3.1. Empleo Público en España 2020

Personal al servicio de las administraciones publicas	Número de efectivos	%
Sector Público del Estado	512.767	19,74
Sector Público de las Comunidades Autónomas	1.514.126	58,29
Sector Público de la Administración Local	570.819	21,97
TOTAL	2.597.712	100,00

Fuente: Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, 2020.

Personal al servicio de las administraciones públicas



En el análisis de los datos emitidos en el último Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, vemos que de acuerdo al primer periodo una prevalencia de aumento en los mismos grupos y en el sector público de la Administración local con 570.819 empleados, el cual hace unos cuantos meses tenía 582.317.

3.2. Rango por edades empleados públicos

El rango de edad donde más funcionarios públicos laboran es entre 50 a 59 años, con el 44,37%, seguido de 40-49 con el 24.63% y en tercer lugar el rango entre 60-64, con el 16.82%. Se evidencia que el rango de edad donde menos laboran funcionarios es el de menores de 30 años con 1.69%.

Los rangos de edades de los servidores públicos, permite evidenciar que las personas menores de 30 años que ingresan al servicio público en cantidades muy reducida, es decir, son una minoría, situación que puede obedecer a diversos factores, entre ellos, al igual que el caso Colombiano, que no resulta atractivo para las nuevas generaciones pertenecer al sector público, ya que en los últimos años el empleo público no presenta mucha dinámica e implementación y ejecución innovadora de procesos. Las nuevas generaciones pueden estar en los funcionarios interinos, pero no podemos afirmarlo como una verdad absoluta, porque las edades de cada funcionario interino no fue posible conocerlas.

3.3. Salario Promedio por Grupos de Empleados Públicos

A continuación, se muestran los salarios promedio por grupos, los cuales se utilizarán para observar el nivel jerárquico y adquisitivo al que puede optar un funcionario de carrera equiparable con el funcionario interino, con previo análisis de cualificación de la vacante.

Vinculación Laboral	Total (cálculo anual sin complemento de destino)
Grupo A1	15.596,72
Grupo A2	13.714,82
Grupo B	12.229,01
Grupo C1	10.504,08
Grupo C2	8.903,45

Fuente: informe de retribuciones del personal funcionario - Ministerio de Hacienda - 2019

3.4. Antecedentes normativos sobre Funcionarios Interinos

Generalidades Procedimentales

A continuación, se desarrollarán los siguientes ítems para efecto de comprender el funcionamiento de este tipo de vinculación con la Administración Pública de acuerdo a su: nombramiento del funcionario interino, su procedimiento y el cese de sus funciones de acuerdo a su marco legal.

Nombramiento: en todas las Administraciones Públicas, tanto el ingreso y como la selección de todo tipo de personal, ya sea funcionario o laboral (incluyendo el personal funcionario interino), está bajo las exigencias contenidas en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española.

El artículo 55 del EBEP, el cual establece que las Administraciones Públicas seleccionará tanto al personal funcionario, como al laboral mediante procedimientos que garanticen los principios constitucionales de los artículos anteriores, así como los siguientes:

...publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcia-

lidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

- **Procedimiento de vinculación:** El artículo referente a la temática 10.2 del EBEP expresa lo siguiente:

...la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El artículo 3 del EBEP, también suma sobre su procedimiento de vinculación:

El personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, con respeto a la autonomía local.

Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El artículo 27 del Real Decreto 364/1995, de 190 de marzo de 1995, mediante el cual se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, expresa lo siguiente:

- El nombramiento del personal funcionario interino se efectuará, con arreglo a los principios de

mérito y capacidad, por el Subsecretario del Departamento al que figuren adscritos los correspondientes Cuerpos y Escalas o por el Director General de la Función Pública, cuando se trate de Cuerpos o Escalas dependientes de la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

- El procedimiento deberá posibilitar la máxima agilidad en la selección, en razón a la urgencia requerida para cubrir transitoriamente los puestos de trabajo en tanto se destina a los mismos a funcionarios de carrera.
- Los funcionarios interinos deberán reunir, en todo caso, los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a los correspondientes Cuerpos o Escalas como funcionarios de carrera.
- Las normas sobre selección de los funcionarios de carrera serán de aplicación supletoria a la selección de los funcionarios interinos en cuanto resulte adecuado a la naturaleza de éstos.

Cese de funciones: Se producirá, además de por las causas previstas para la pérdida de la condición de funcionario de carrera, de acuerdo al art. 63 EBEP, por:

- a. La renuncia a la condición de funcionario.
- b. La pérdida de la nacionalidad.
- c. La jubilación total del funcionario.
- d. La sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviere carácter firme.
- e. La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme.

El personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas.

El Tribunal Supremo ha establecido dos vías, mediante la vía jurisprudencial.

La primera, que la entidad que requiera optar por la vinculación laboral de un interino lleve a cabo un estudio motivado para determinar si el contrato en mención responde a una necesidad temporal, si de esta se concluye que el puesto es de carácter temporal, entonces cesará su función cuando acabe la causa por la cual se apertura la plaza interina, y por tanto acabará el nombramiento.

La segunda es que si logra determinar que existe una necesidad permanente, la Administración Pública debe modificar su relación de puestos de trabajo e incluir dentro de sus requerimientos la plaza nueva.

El trabajador interino, por tanto, debe permanecer en el puesto mientras dure el proceso de selección del personal fijo para esa plaza, y en este concurso público de la plaza, el trabajador podría terminar desplazado por otros candidatos que logren mejores resultados en su proceso de selección (mérito y capacidad).

La problemática de este punto, es que a diferencia de lo que ocurre con el resto de empleados públicos bajo la modalidad del derecho laboral, el personal interino se

vincula a la Administración mediante un acto administrativo de naturaleza unilateral, con un nombramiento, posteriormente, se somete a un régimen público y le es aplicable el Derecho Administrativo, por tanto se puede dar lugar a que el nombramiento se extienda por un tiempo superior al planteado inicialmente, debido a la tardanza del proceso de selección de los cargos de carrera administrativa.

De acuerdo con la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la Confederación europea de sindicatos, la Unión de confederaciones de industria y empleadores de Europa y el Centro europeo de la empresa pública sobre el trabajo de duración determinada, expresa en su en su cláusula 4.1:

...por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con contratos de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Según lo establecido en la Directiva en mención es aplicable a todas las relaciones de servicio de duración determinada, independientemente de la naturaleza pública o privada del empleador, y por tanto afecta al personal laboral contratado por la Administración Pública, a los funcionarios interinos, al personal eventual y al personal estatutario de carácter temporal de los servicios de salud.

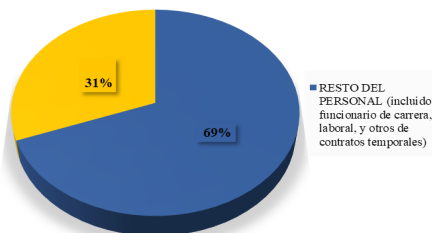
La Directiva expresa sus exigencias de que toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente⁴⁰

40 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011

3.5. Análisis del Nombramiento del Funcionario Interino en España

El número total de funcionarios interinos es de alrededor de 800.000⁴¹ de 2.597.712 plazas totales.

Cifra total de funcionarios interinos



Cifra que de acuerdo al gráfico que antecede representa el 31% del total de personal al servicio de la Administración Pública, lo cual es un número representativo basándose en las características para la utilización de la modalidad de contratación excepcional de la vacante temporal de funcionario interino.

De acuerdo con las anteriores cifras y teniendo en cuenta la situación de los contratos de prestación de servicios en Colombia, respecto del total de servidores públicos, el cual es del 45%, se puede observar que los países presentan un comportamiento similar, en cuanto a la vinculación de este personal que debe ser eventual y temporal.

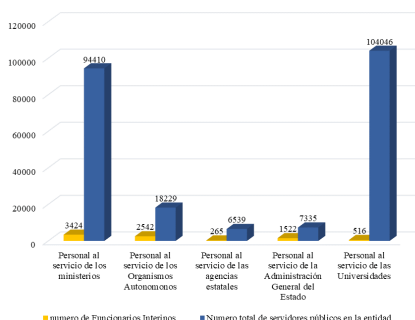
A continuación, se presentan los datos estadísticos de funcionarios interinos a nivel estatal, de acuerdo con el Boletín del Registro Central de Personal en mención, los datos son los siguientes:

41 Dato en base a la recopilación de distintas noticias, anexas en los siguientes enlaces: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20190709/800000-funcionarios-interinos-esperan-ue-obligue-espana-hacerlos-fijos-7546467>; <https://www.lavanguardia.com/vida/20190709/463391544837/el-tue-decidira-en-octubre-si-espana-debe-hacer-fijos-a-800000-interinos-tras-acumular-5000-denuncias.html>; <http://apiscam.blogspot.com/2019/12/proyecto-magenta-convocatoria-de-prensa.html> este último agrega lo siguiente "resaltando que el problema global "no es pequeño" dado que "estamos hablando de entre 500.000 y 800.000 funcionarios interinos"

Entidades	Número de Funcionarios Interinos	Valor %	Número total de empleados públicos en la entidad
Personal al servicio de los ministerios	3.424	3,6	94.410
Personal al servicio de los Organismos Autónomos	2.542	0,14	18,229
Personal al servicio de las agencias estatales	265	0,04	6.539
Personal al servicio de la Administración General del Estado: área de la docencia no universitaria	1.522	0,21	7.335
Personal al servicio de las universidades	516	0,005	104.046

Fuente: Boletín Estadístico del Personal al servicio de la Administración Pública - Enero 2020

Porcentualmente se observa que el 3,6% del personal al servicio de los Ministerios es el porcentaje más significativo.



En el gráfico anterior, se puede observar una clara diferenciación entre los datos comparados, lo cual es un indicativo del buen uso de la figura por ser una modalidad

excepcional de acuerdo a las causas que la habilitan, respetando su naturaleza temporal por tener determinadas funciones taxativas de acuerdo a la ley y que finalizando estas se efectúa el cese de funciones.

3.6. Análisis de contraprestaciones recibidas por Funcionarios Interinos

La Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, regula los derechos y deberes del empleado público en general, es decir, este no hace distinción alguna entre el funcionario de carrera, interino, laboral fijo o laboral temporal.

No obstante lo anterior, dedica en exclusiva el artículo 9 al funcionario de carrera, reservando al funcionario interino el artículo 10, en el número 5, se expresa lo siguientes:

A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

Sumado a ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por medio de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28-6-1999, relativa al Acuerdo marco de la Confederación europea de sindicatos, la Unión de confederaciones de industria y empleadores de Europa y el Centro europeo de la empresa pública sobre el trabajo de duración determinada, dicha normativa ha reconocido algunos derechos, los cuales, sumados a los establecidos en el EBEP son los siguientes:

- A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo
- A las vacaciones, descansos, permisos y licencias (licencia sin sueldo por estudios y por asuntos propios)
- A las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación.
- A la libre asociación profesional.
- A las retribuciones de los funcionarios interinos.
- A la libertad sindical.

- A la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
- Al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso.
- A la reunión, en los términos establecidos en el artículo 46 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Sobre lo anterior es necesario hacer la aclaración que se realizó mediante la jurisprudencia, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo número 378/2020, de fecha: 06/05/2020.

El trabajo desempeñado como funcionario interino. Sostiene la actora que los funcionarios interinos al servicio del Ayuntamiento al que pertenece han desempeñado las mismas tareas y funciones que los de carrera, por lo que los años de servicio han de ser valorados igualmente, pues lo contrario sería tratar de forma discriminatoria a situaciones semejantes.

Este argumento, que constituye el núcleo de la posición de la recurrente, no puede ser estimado. En efecto, hemos visto al examinar el sentido de la base que se trata de valorar el mérito consiste en el servicio prestado por profesionales que tienen acreditado una cualificación verificada de manera objetiva por unas pruebas de acceso a la función pública de nivel superior. No se trata, por tanto, de valorar sin más los años de servicio, sino los años de servicio de profesionales de acreditado mérito y capacidad mediante pruebas de acceso previas. Ese objetivo de la base y la cualidad diferencial en que se basa, directamente consecuencia del tenor literal de la Ley y de la base que la plasma, impide equiparar ambas categorías profesionales (funcionarios de carrera y funcionarios interinos) desde la mera consideración de las funciones y tareas desempeña-

das, consideración básica en cambio en otras perspectivas como las de índole laboral.

...los criterios de valoración que contempla la Ley Orgánica del Poder Judicial y plasman las bases del concurso no se establecen como consecuencia de la relación laboral de los concursantes, sino para acreditar el mérito y capacidad para integrarse en el Poder Judicial como funcionarios pertenecientes a la carrera judicial.⁴²

Por tanto, si bien es cierto que el funcionario interino tiene derecho al reconocimiento del tiempo trabajado en el plazo que se necesita, carece del mismo procedimiento exhaustivo de un funcionario de carrera en cuanto al mérito y capacidad mediante pruebas de acceso previas, porque como se ha mencionado con anterioridad, el proceso de vinculación de éstos es ágil por la urgencia de llenar la vacante.

3.7. Análisis de los Funcionarios Interinos de Acuerdo con la Jurisprudencia

Actualmente existe extensiva jurisprudencia respecto al funcionario interino, ya que éste, como ya fue mencionado, es de carácter excepcional, y existe personal que en vez de otorgarle la posibilidad de la apertura a su vacante fija, y que este participe, se le prorroga en años el nombramiento de funcionario interino, para exponer esta situación ya existe una línea jurisprudencial, que se estudiará a continuación:

En el caso que se determine que el mismo está cubriendo de forma reiterada una vacante, la Administración Pública tiene el deber de amortizar la plaza o incluirla en la oferta de empleo público correspondiente

⁴² Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo número 378/2020, de fecha: 06/05/2020 Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 131/2019, <http://www.poderjudicial.es/search/sentencias/Personal%20interino/1/PUB>

al ejercicio en que se produce su nombramiento, si esto no fuese posible en este ejercicio, entonces pudiese efectuarse en la del siguiente, pero algo que es muy importante tomar en cuenta es que la Administración tiene que efectuarlo *de forma obligatoria*, ya que con lo expresado la entidad se evita así, el abuso del uso del funcionario interino y a su vez, cumple con la cláusula 5.1 del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70 CE, que establece que para prevenir abusos y siempre que en el ordenamiento interno no existan medidas equivalentes, los Estados miembros deberán implementar alguna de las siguientes medidas:

- a. Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales.
- b. La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada.
- c. El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

En consonancia con la temática, en cuanto a los criterios jurisprudenciales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha verificado si las previsiones contenidas en la citada Directiva son o no de aplicación en el ámbito público, cuando el empleador es una Administración Pública, de lo cual ha expresado lo siguiente:

(...) la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público.⁴³

Por su parte, al efectuar el estudio del Estatuto Básico del Empleado Público

(EBEP), vincula la posibilidad del nombramiento de funcionarios interinos a la concurrencia de alguno de los supuestos que contempla dicho precepto. Sin embargo, este cuerpo normativo no cumple ninguna de las medidas a las que alude la cláusula 5.1 del convenio marco anexo a la Directiva 1999/70 CE para evitar abusos en la contratación de duración determinada, ya que la misma no posee mínimos necesarios de acuerdo a la normativa.

En este punto es necesaria la aclaración que la inclusión de la Directiva no es evitar la contratación de duración determinada de funcionarios interinos, sino evitar el abuso reiterado de su utilización, por la desnaturalización de la figura.

Es decir, la norma citada con anterioridad no puede en este ámbito considerarse con los mínimos necesarios contemplados en la Directiva, ya que el objetivo de la misma no es evitar la contratación de duración determinada de funcionarios interinos, sino evitar el abuso reiterado de su utilización.

Al no ser incluido, da como resultado una carencia de normativa y una falta de seguridad jurídica para el servidor público de carácter temporal, para efecto de determinar si se aplicarán las medidas para evitar el abuso de contratación de duración determinada.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya ha dado a conocer su posición mediante la expresada sentencia de 7 de septiembre de 2006, Cristiano Marrosu y Gianluca Sardino, C-53/04⁴⁴, referente a la falta de inclusión de la Directiva cuando el empleador es una Administración Pública, la cual expresa lo siguiente:

1.- Que “(...) la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco impone a los Estados miembros la obligación de introducir en su ordenamiento jurídico

43 Sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, y sentencia de 7 de septiembre de 2006, Cristiano Marrosu y Gianluca Sardino, C-53/04.

44 Sentencia C-53/04, enlace web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0053&from=EN>

al menos una de las medidas indicadas en dicho apartado 1, letras a) a c), si no existen ya en el Estado miembro de que se trate medidas legales equivalentes destinadas a prevenir con efectividad la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”.

2.- Que “(...) como resulta del apartado 105 de la sentencia Adeneler y otros, antes citada, para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo marco una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, que sólo en el sector público prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”.

“(…) cuando se ha producido un uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho comunitario“, necesariamente debe concluirse que en tales supuestos ha de entenderse de aplicación a los trabajadores sujetos a una relación de trabajo con una Administración Pública las mismas normas que permitirían a un trabajador sujeto a una relación laboral convertir una sucesión de contratos de duración determinada en contrato indefinido.

La sentencia anterior explica que si en el sector privado permite que una sucesión

de contratos de duración determinada pueda transformarse en un contrato indefinido, el sector público debe adecuar el ordenamiento interno para que en caso de no aplicar la Directiva en mención, exista otra supletoria para mitigar y prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada.

Otra sentencia que es importante expresar dentro del estudio por ser una de las más recientes y con contenido innovador, es la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 4 de Alicante es el recurso nº 813/2019 de una funcionaria temporal durante 12 años que demandaba de fijezza como sanción según la cláusula 5ª de la Directiva Europea 1999/70/CE al abuso de temporalidad.

En dicha sentencia, el juzgador aplica la jurisprudencia previa del Tribunal Europeo y especialmente la reciente sentencia del Tribunal Europeo de 19/03/2020 del asunto acumulado “Sánchez Ruiz/Fernández-Alvarez y otros” [Asuntos C-103/2018 y C- 429/2018], siendo el argumento central de dichas demandas el incumplimiento del estatuto del empleado público del funcionario/estatutario interino de la Directiva Europea y la solicitud de numerosas cuestiones prejudiciales al Tribunal Europeo para que se establezca el abuso y la necesidad de sanción y que la sanción adecuada con el ordenamiento actual sea la fijezza.

El juez, tras reconocer “*la especial complejidad jurídica que presenta la cuestión sometida a consideración*” asume la doctrina constitucional de que “*los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados Miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tiene la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de Derecho de la Unión*” y *recurre al principio de primacía del Derecho Comunitario, para a continuación aplicar los parámetros apuntados por*

la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/2018)”, en su apartado 79, para determinar cuándo concurre abuso de la contratación temporal, “concluyendo que en este caso, la funcionaria interina desempeñó el cargo de manera ininterrumpida durante más de 13 años consecutivos, y que el abuso existe de forma evidente y por incumplimiento del Ayuntamiento de Alicante de su obligación de ejecutar la oferta de empleo público en el plazo máximo de 3 años previsto en la norma, para proceder a la cobertura definitiva de la plaza vacante mediante el correspondiente proceso selectivo -, ni amortizó la misma⁴⁵.”

Con lo anterior, solamente se expresa la línea jurisprudencial novedosa en el tema, no se afirma que esta situación española vaya en detrimento, ya que a la fecha la figura de funcionario interino, si bien es cierto, en algunos casos se extiende más de lo debido, todo el personal nombrado bajo este tipo de vinculación posee las mismas garantías y derechos de acuerdo a la naturaleza de su ingreso, respecto al funcionario de carrera.

Conclusiones

1. Al analizar las diferentes modalidades de vinculación a la Administración Pública en Colombia, desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario, se puede establecer que los contratos de prestación de servicios, se usan de manera excesiva, para realizar funciones permanentes de la Administración Pública y no siempre garantizan la autonomía e independencia del contratista, en contravía de las normas legales vigentes como se ha mencionado en la investigación.
2. El Estado colombiano se encuentra en un alto riesgo jurídico por las demandas

de contratistas de prestación de servicios, así lo muestra los 4.325 procesos activos contra la Nación por configuración del contrato realidad. El problema es que deba pagar las pretensiones de estos procesos equivalentes a casi medio billón de pesos.

3. Los contratos de prestación de servicios, con los cuales la Administración Pública colombiana suple el déficit de funcionarios de planta, cuenta con muchas incompatibilidades, la realidad no refleja lo que la ley exige, su mala aplicación fácilmente puede llevar a la configuración de un contrato realidad. Lo anterior de acuerdo con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.
4. En Colombia las figuras de funcionario temporal, supernumerario y provisional se encuentran concebidas como una manera de vinculación al empleo en forma temporal, sin embargo, no permiten suplir las necesidades oportunamente, su provisión y la permanencia en el tiempo la hacen inviable, por lo que se acude a los contratos de prestación de servicios.
5. En busca de una propuesta que solucione el modelo de contrato de prestación de servicios para el Estado colombiano, este estudio analizó las diferentes formas de vinculación, usadas tanto en Colombia, como en España, considerando que la figura del funcionario interino, utilizada en España puede resolver la situación que se presenta en Colombia, donde actualmente se desconocen los derechos laborales a los contratistas de prestación de servicios, por cuanto la modalidad española, garantiza las prestaciones sociales y laborales del personal al servicio del Estado, disminuyendo las posibles demandas por la configuración del contrato realidad.

45 Comentarios a la sentencia efectuados por APISCAM, en el enlace siguiente: <http://apiscam.blogspot.com/2020/06/arauz-juzgado-de-lo-contencioso-de.html>

6. De acuerdo con el estudio realizado, para el año 2019, Colombia contaba con un total de 1.298.834 funcionarios públicos, 50% menos que España, donde la cifra asciende a 2.595.575 empleados públicos. Si bien, no existe un criterio que indique el número de funcionarios públicos que una Nación debe tener para gestionar adecuadamente sus requerimientos sociales, dado que obedece a características particulares; la medición poblacional podría llegar a ser un referente. Los dos países estudiados tienen una diferencia de un millón de habitantes⁴⁶ y sus necesidades, respecto de los servicios prestados por parte del Estado, en principio obedecen a los mismos requerimientos ciudadanos, por lo que Colombia presenta un déficit de funcionarios públicos con respecto al número de funcionarios de España. Puede concluirse entonces, que Colombia no cuenta con un número suficiente de funcionarios públicos, por lo que recurre a la figura del contrato de prestación de servicios como una vía para suplir sus necesidades de personal.
7. La figura del funcionario interino, usada en España ha resuelto la vinculación temporal de funcionarios, constituye una alternativa que permite al Estado salvaguardar las vulnerabilidades antes mencionadas y garantizando los derechos laborales y prestacionales a los trabajadores de la Administración Pública. Sin embargo, su uso se ha excedido tanto en el tiempo, porque han superado el periodo por el cual inicialmente se realiza el nombramiento, así como, en el número de funcionarios vinculados mediante esta figura.
8. Se observa igualmente que, en el sistema de vinculación al empleo público en

España, los procesos de selección que son poco dinámicos y se prolongan en el tiempo, situación que lleva a la Administración Pública a suplir sus necesidades de personal vinculando funcionarios interinos.

Recomendaciones

1. El Estado colombiano debe realizar un análisis detallado de las necesidades de personal, con la finalidad de tener una adecuada planeación, ajustando y/o ampliando las plantas de personal de acuerdo con su misión. Aunque el mecanismo del contrato implica en principio, menores costes para la Administración Pública, al sustraerse de la carga prestacional, los riesgos asociados a la posible configuración de contrato realidad, son demasiado elevados y a la postre podrían terminar equiparando, incluso superando los ahorros iniciales, por lo que una adecuada planeación del recurso humano solucionaría las necesidades de personal y mitigaría el riesgo jurídico.
2. Colombia debe reservar la utilización de la figura del contrato de prestación de servicios estrictamente a los fines establecidos en la ley, evitando su uso excesivo y permanente, por cuanto incurre en costes por riesgos materializados dada la configuración del contrato realidad.
3. Colombia debe revisar su normativa y ajustar el tiempo que tarda cada fase de las etapas de vinculación de los empleados de carrera administrativa, de manera que tenga control sobre los mismos y pueda reducir tiempos, a efectos de lograr eficiencia en la vinculación de personal.
4. Si bien existe un avance importante en cuanto a la implementación de datos abiertos del Estado colombiano, se hace necesario agilizar los procesos de con-

⁴⁶ Según el INE la población española asciende a 47 millones de habitantes y según el DANE la población colombiana es de 48 millones de habitantes.

- solidación de información que permitan identificar de manera exacta el número de empleados públicos y el total de servidores que se requieren, con su respectiva caracterización.
5. Colombia debe hacer un estudio que implique revisar y analizar el uso de las figuras de funcionario temporal, supernumerario y provisional, evaluando la posibilidad de un cambio en la forma de provisión y permanencia, adecuando el modelo con un acceso más eficiente y así evitar la mala utilización de la figura del contrato de prestación de servicios.
 6. Colombia debe introducir una nueva figura como la del funcionario interino, utilizada en España, garantizando de esta forma los derechos laborales y prestacionales a las personas que ejercen funciones en favor del Estado y reservando el uso del contrato de prestación de servicios para los fines concebidos con la Ley 80 de 1993. Así las cosas, deberá realizarse una reforma a la Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones*”, Introduciendo esta nueva figura.
- Referencias**
- APISCAM – Asociación de Profesionales de Informática de la Comunidad de Madrid, comentarios a sentencias.
Enlace web: <http://apiscam.blogspot.com/2020/06/arauz-juzgado-de-lo-contencioso-de.html>
- Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones públicas 2020. [http://www.mptfp.es/dam/es/portal/fucionpublica/fucion-publica/rcp/boletin/Boletines/200101_Boletin_Enero_2020.pdf.pdf](http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/fucion-publica/rcp/boletin/Boletines/200101_Boletin_Enero_2020.pdf.pdf)
- Consejo de Estado, Sentencia Ij-39 De 18 de 2003. <http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document>
- =jurcol_75992041ea8ef034e0430a010151f034
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Artículo 138. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#138
- Código Sustantivo del Trabajo CST– artículo 22. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html
- Constitución Política de Colombia 1991, Artículo 22, 189 numeral 14, y 286. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-094 de 2003. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-094-03.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia c-614 de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-681 de 2003. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-681-03.htm>
- Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” Sentencia 1828 de 2015. http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_0f542f1a3d93499289fea891d776e79e
- Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil. Radicación número: 11001-03- 06-000-2005-01693-00(1693).1997. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39804>
- DANE- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas. <https://www.dane.gov.co/>
- Datos abiertos Colombia, <https://www.datos.gov.co/Gastos-Gubernamentales/SECOPIntegrado/rpmr-utcd>

- Decreto 770 de 2005, artículo 4, Niveles jerárquicos de los empleos de las entidades y organismos del orden nacional. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=16126>
- Decreto 785 de 2005. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=16127>
- Departamento Administrativo de la Función Pública Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84333>
- Dirección General de Administración Local (2003) Andalucía. <https://dialnet.unirioja.es/editor/14219>
- Estatuto Básico Del Empleado Público (EBEP), aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril (actual texto refundido del EBEP, RDLg 5/2015 de 30 de octubre). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>
- FASECOLDA - Federación de Aseguradores Colombianos. Entidad gremial sin ánimo de lucro, representa la actividad del sector asegurador frente a las entidades de vigilancia y control. <https://fasecolda.com/>
- Hoyos Lemus, Félix -Temas relevantes de Contencioso Laboral/ ALTAMISA / Edición diciembre de 2008, Bogotá.
- Jezzé, Gaston, Principios generales del derecho administrativo, Ed. De Palma. P. 244, año 1948, Buenos Aires.
- Ley 1952 de 2019 Artículo 54, “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.” <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>
- Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861>
- Loiza Gallón Hernando, Estado gobierno y gerencia pública, Universidad Santo Tomas, año 2004, Bogotá.
- Memorias del cuarto seminario internacional. Función Pública y democratización en Iberoamérica pagina 113, abril 17 al 20 de 1990
- Panchón Lucas, Carlos, Contratación Pública, Análisis normativo descripción de procedimientos de acuerdo al Estatuto general, “Colombia compra eficiente” sexta edición, 2014. Bogotá.
- Procuraduría General de la Nación, <https://fasecolda.com/>
- Procuraduría General de la Nación, [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/info_gel_archivos/5/12_INFORME%20DE%20GESTION%20DE%20LA%20PGN%202013%20\(3\)%20final.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/info_gel_archivos/5/12_INFORME%20DE%20GESTION%20DE%20LA%20PGN%202013%20(3)%20final.pdf)
- Puentes González Germán, La carrera Administrativa en el marco de la función pública, Centro de Estudios Políticos e Internacionales (CEPI)- Universidad del Rosario Colombia, año 2009. Bogotá.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, 30 de octubre, Artículo 9, 10, 11, 12 y 13, 30 de octubre, “por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.” <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>
- Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 174, págs. 457-499, Madrid, septiembre-diciembre año 2007. <https://ballbe.files.wordpress.com/2017/01/mballbe-articulo-de-larap-2007.pdf>
- Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá. https://secretariageneral.gov.co/sites/default/files/contratacion/3-2019-43_1.pdf; <http://www.poderjudicial.es/search/sentencias/Personal%20interino/1/PUB>

Uribe Uribe Rafael, Obras selectas, Colección pensadores políticos Colombianos, Cámara de Representantes, año 1998. Bogotá.

Villegas Arbeláez, Julio - Derecho Administrativo Laboral /LEGIS/Decimo primera edición 2016, Bogotá.

Younes Moreno, Diego, Derecho administrativo laboral, P.32 a 37 año 2015, España.