

La Acción de Repetición en contra del Supervisor cuando se Declara Judicialmente la Relación Laboral del Contratista

Tatiana Paola Collante-Trigos¹

Lady Juliana Guevara-Flórez²

Tipo de artículo: Artículo de investigación

Recibido: 29 de noviembre de 2023. Aprobado: 08 de abril de 2024

DOI: 10.53995/25390147.1636

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad determinar en qué casos, al configurarse y declararse judicialmente la relación laboral del contratista, existe responsabilidad civil por parte del supervisor del contrato, a título de culpa grave o dolo, de acuerdo con lo establecido en

¹ Especialista en Contratación Estatal; estudiante de maestría de la Universidad de Medellín (Colombia). ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-5111-6165>. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002193234tcollante742@soyudemedellin.edu.co

² Doctora en Proyectos; docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín (Colombia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5778-799X>. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000135272ljjuevara@udemedellin.edu.co

la Ley 678 de 2001. Para esto, se adelantó una investigación cualitativa, de tipo exploratorio, descriptivo y relacional, a través del análisis de normas, jurisprudencia y doctrina. La conclusión de mayor relevancia es que las entidades no están ejecutando las acciones legales tendientes a la recuperación de los dineros, de conformidad con las atribuciones que les otorga la ley, ni en contra de los supervisores ni otros servidores públicos.

Palabras clave

Contrato realidad, culpa grave, dolo, nulidad, restablecimiento del derecho.

The Action of Repetition against the Supervisor when the Contractor's Labor Relationship is Judicially Declared

Abstract

The purpose of this article is to determine in which cases, when the labor relationship of the contractor is established and judicially declared, there is civil liability on the part of the supervisor of the contract, by way of gross negligence or fraud, in accordance with the provisions of Law 678 of 2001. For this purpose, a qualitative, exploratory, descriptive and relational research was carried out through the analysis of norms, jurisprudence and doctrine. The most relevant conclusion is that the entities are not executing the legal actions aimed at recovering the money, in accordance with the powers granted to them by law, neither against the supervisors nor against other public servants.

Keywords

Contract reality, gross negligence, fraud, nullity, reinstatement of rights.

Ação Repetitiva contra o Supervisor quando a Relação de Trabalho Contratada é Declarada Judicialmente

Resumo

Este artigo tem como objetivo determinar em quais casos implica responsabilidade civil do supervisor do contrato, por culpa grave ou dolo, ao configurar-se e declarar-se judicialmente a relação trabalhista do contratado, de acordo com o estabelecido na Lei 678 de 2001. Para isso, foi conduzida uma pesquisa qualitativa, de caráter exploratório, descritivo e relacional, por meio da análise de normas, jurisprudência e doutrina. A conclusão mais relevante é que as entidades não estão implementando as ações legais destinadas à recuperação dos recursos financeiros, conforme as atribuições previstas na lei, seja contra supervisores ou outros servidores públicos.

Palavras-chave

Contrato realidade, culpa grave, dolo, nulidade, restabelecimento do direito.

Introducción

El Código Civil colombiano de 1873 trajo consigo la inclusión del concepto de *contrato de prestación de servicios*; de allí en adelante, la legislación ha venido desarrollando y estableciendo su usanza como una práctica común al interior de las entidades del Estado para la vinculación de personas naturales o jurídicas mediante el empleo de dicha modalidad de gestión contractual directa, de conformidad con la Ley 84 de 1873, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes en la materia. De la suscripción de estos contratos surge la necesidad de su supervisión, rol que únicamente puede ser ejercido por servidores públicos designados para tal efecto por la entidad contratante, sin perjuicio de que dicho supervisor pueda contar con personal de

apoyo contratado, para tal fin, por la entidad a través de contratos de prestación de servicios. Dicha supervisión comprende el respectivo control y vigilancia del contrato y, en consecuencia, la verificación del cumplimiento cabal de las obligaciones que se hayan establecido en este.

Sin embargo, la suscripción de tales contratos de prestación de servicios implica retos y consecuencias, desde el punto de vista patrimonial, para el Estado, puesto que, jurisprudencialmente, mediante el medio de control a que hace referencia el Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 —el de nulidad y restablecimiento del derecho—, se ha declarado la relación laboral entre la entidad estatal y el contratista, toda vez que, a criterio de los falladores, se ha logrado establecer en las demandas respectivas el rompimiento de los elementos que suponen la existencia y justificación de un contrato de prestación de servicios; antes bien, se configuran los elementos de una auténtica relación laboral, esto es: (a) la continuada dependencia del trabajador con el empleador; (b) la prestación personal del servicio, y (c) el pago. Esto ha traído consigo la obligatoriedad del reconocimiento patrimonial y el consecuente pago, por parte de la administración, de las pretensiones económicas de los demandantes, en el sentido fallado.

De dichas sentencias se logra establecer que la prestación personal del servicio y la contraprestación en dinero son elementos comunes a otras tipologías de vinculación y que el factor de la subordinación se ha convertido en la piedra angular para la declaratoria de la relación laboral encubierta o subyacente, puesto que su ausencia es insoslayable en los contratos de prestación de servicios. Frente a ese criterio, resulta crucial determinar si existe un actuar doloso o gravemente culposo de quienes, como servidores públicos, han ejercido la supervisión de dichos contratos y si, como consecuencia de estas actuaciones, posiblemente se haya se ha desconfigurado el concepto y el alcance de dicha tipología contractual.

Sin embargo, se desconoce si, una vez pagadas las sumas consecuentes con las sentencias dictadas en favor de los contratistas o excontratistas, el sujeto pasivo directo, es decir, la entidad estatal, realiza el análisis del comportamiento del supervisor a la luz de la Ley 678 de 2001 y, consecuentemente, agota las acciones legales

tendientes a perseguir la declaratoria judicial de la responsabilidad civil del servidor o exservidor público que, con su actuación dolosa o gravemente culposa, dio lugar al fallo condenatorio que incorpora la declaratoria de la relación laboral (Ley 678 de 2001).

Es por ello que se hace necesario estudiar en qué casos, cuando se configura y se declara judicialmente la relación laboral del contratista, existe responsabilidad civil por parte del supervisor del contrato, a título de dolo o culpa grave, de acuerdo con lo establecido en la Ley 678 de 2001. Al respecto, se encuentran diferentes trabajos de investigación de posgrado sobre la responsabilidad civil del supervisor, sin hallarse ninguno que guarde directa relación con este tipo de responsabilidad derivada del ejercicio de la supervisión del contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, pero que condensan, entre sus objetivos, los siguientes:

- Guerra y Pabón (2020): Establecer “los elementos que componen la responsabilidad extracontractual en Colombia, a partir de su desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial, a fin de evidenciar su evolución en el país” (p. 2).
- Bustos y Rosas (2019): Determinar el grado de efectividad del medio de control de repetición, en aras de cuantificar los dineros o sumas recuperadas de todo lo pagado, con ocasión de los fallos judiciales, en un periodo de tiempo determinado.
- Soler y Jiménez (2009): Analizar el medio de repetición en el derecho comparado.
- Duque Sánchez (2012): Buscar “las causas de la inoperancia de la ley 678 de 2001” (p. 136).
- Carrillo y Amaya (2014): “La falta de aplicación del medio de control de repetición se debió a la falta de conocimiento sobre la aplicación de la Ley 678 de 2001” (p. 674).
- Meneses y Molina (2021): El marco normativo legal aplicable y el desarrollo los conceptos de dolo y culpa grave contenidos en la Ley 678 de 2001.

Ahora bien, a partir de la normativa vigente en la materia, es viable

establecer el concepto del supervisor, su alcance y su función en el marco de cualquier tipología contractual, quién puede ejercer tal labor y cuál es el tipo de responsabilidad que recae en dicho individuo, como se verá más adelante. Por su parte, la acción de repetición se encuentra establecida en la legislación y desarrollada vía jurisprudencial. A partir de dicho estudio se logra determinar qué procede cuando se demuestra el actuar doloso o gravemente culposo del servidor público, así como los elementos para declarar la responsabilidad de este.

Sin embargo, aunque varios trabajos de investigación, el legislador y la jurisprudencia desarrollan el concepto de la *acción de repetición*, en ningún caso se logra establecer cuáles son las actuaciones del supervisor que, presuntamente, podrían catalogarse como dolosas o gravemente culposas en el marco de un contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, cuando previamente se ha declarado su relación laboral. Así pues, este artículo tiene como objetivo despejar este interrogante: ¿cuáles son los comportamientos del supervisor que llevarían a declarar la responsabilidad civil en una acción de repetición, cuando se ha condenado a una entidad al pago de sumas de dinero por la configuración de la relación laboral, en aquellos casos en que se desnaturaliza el contrato de prestación de servicios?, tomando como punto de partida que, como ya se mencionó, para la procedencia de la acción de repetición es necesario acreditar el actuar doloso o gravemente culposo del agente público que fungió como supervisor del contrato.

Para este fin, resulta necesario, en primera instancia, estudiar la función del supervisor en los contratos de prestación de servicios con persona natural bajo la causal de contratación directa, a la luz de la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina, y, en segundo lugar, analizar los elementos de las conductas que configuran el dolo y los inherentes a la culpa grave, de acuerdo con la Ley 678 de 2001, la jurisprudencia y la doctrina, para, por último, lograr establecer cuáles son los comportamientos indebidos, por parte del supervisor, que podrían constituir culpa grave o dolo, a la luz de la Ley 678 de 2001, en la celebración de los contratos de prestación de servicios con persona natural, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En aras de alcanzar el objetivo propuesto, para esta investigación

se establece una metodología con investigación cualitativa, de tipo exploratorio, descriptivo y correlacional, a través del análisis de normas, jurisprudencia y doctrina, cuya estrategia consiste en la revisión documental de esta norma, jurisprudencia y doctrina mediante el uso de fichas bibliográficas.

El Contrato de Prestación de Servicios con Persona Natural, el Supervisor y su Función

En Colombia, el contrato de prestación de servicios suscrito entre entidades estatales y personas naturales está reglado por lo contenido en el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es decir, por el Estatuto General de Contratación, en el siguiente sentido:

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 conocimiento especializados.

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

Inicialmente, la normativa estableció que la modalidad de selección aplicable para este tipo de vinculación es la de contratación directa: “para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales” (Ley 1150 de 2007, Artículo 2). Así las cosas, en su génesis, dicha tipología contractual se limitaba, de manera exclusiva, a las personas naturales.

Posteriormente, la legislación amplió dicha modalidad de contratación directa a las personas jurídicas, estableciendo que, en cualquier caso, se deberá acreditar la plena capacidad del contratista

para ejecutar el objeto del contrato y se verificará previamente la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el mismo (Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.2.1.4.9). Sin embargo, se precisa que dicho artículo está dirigido al análisis, únicamente, del contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión suscrito con personal natural, puesto que es este el único que podría, eventualmente, acreditar un vínculo laboral encubierto o subyacente (Consejo de Estado, Sentencia 1317-2016 de 2021), toda vez que, para tal efecto, es necesario acreditar, entre otros elementos, la prestación personal del servicio (Decreto 3743 de 1950, Artículo 23), situación que sería imposible demostrar con una persona jurídica.

Por otra parte, jurisprudencialmente se ha ampliado el concepto de contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión con persona natural, en el sentido de caracterizar o determinar los presupuestos para su procedencia y justificación, los cuales podrían condensarse así:

- “Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades ‘no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados’” (Consejo de Estado, Sentencia 1317-2016 de 2021, numeral 88).
- “Opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden” (Corte Constitucional, Sentencia C-154/97).
- La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. (Corte Constitucional, Sentencia C-614/09).
- “Se caracteriza por ser temporal, excepcional y garante de la autonomía del/la contratista” (Zamora Ávila, 2023b).

Así las cosas, al considerarse el contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión un típico contrato estatal, debe cumplir con los requisitos legales establecidos para la modalidad que le es aplicable, es decir, la contratación directa. Por tanto, dentro de los documentos que lo componen, deben hallarse los estudios y documentos previos, los cuales, a su vez, deben reflejar lo siguiente:

1. Los motivos o razones por los cuales las obligaciones contratadas no son viables de realizar por parte de los servidores públicos adscritos o las razones por las cuales para dicha realización son necesarios conocimientos especializados en determinada materia (Consejo de Estado, Sentencia 1317-2016 de 2021).
2. El estricto término de ejecución previsto para dicho contrato (Corte Constitucional, Sentencia T-388/20).
3. Autonomía o independencia de una vinculación estatutaria a la administración (Corte Constitucional, Sentencia C-280/96).

En la actualidad, se ha hecho una serie de recomendaciones al respecto, en aras de ampliar lo establecido en la normativa, para que sean tenidas en cuenta durante la etapa de estructuración de los contratos de prestación de servicios profesionales, en el sentido que a continuación se detalla:

1. Incluir el certificado de insuficiencia o inexistencia del personal de planta.
2. Establecer la entrega de bienes o productos para la ejecución del contrato.
3. Incorporar la obligación de desarrollar las actividades en consecuencia con un plan de trabajo mensual.
4. Establecer si existe o no la necesidad de la asistencia a reuniones por parte del contratista para el desarrollo de su objeto.
5. Establecer si, para el cumplimiento del contrato, es necesario que el contratista permanezca en la sede de la entidad por

espacios de tiempo u horarios específicos.

6. Hacer énfasis, dentro de los documentos contractuales, en la independencia de la cual gozará el contratista para desarrollar sus obligaciones.

7. Determinar, sin lugar a que haya interpretaciones subjetivas, el perfil profesional y de formación que justifica adelantar o suscribir el contrato con dicho contratista.

8. Establecer, de manera clara y concisa, tanto el objeto del contrato como las obligaciones inherentes a él (Zamora Ávila, 2023b).

Una vez suscritos los precitados contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, la administración, como en todos los casos de los contratos que celebra, está obligada a verificar el cumplimiento del objeto contractual y, para tal efecto, surge la necesidad de supervisar los mismos, de conformidad con el principio de responsabilidad, bajo el cual se encuentra tutelado el ejercicio de la contratación por parte del Estado, como lo establece la Ley 1474 de 2011:

Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. (Artículo 83)

La normativa vigente en Colombia establece, respecto al alcance de dicha función del supervisor, que

la supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de

los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. (Ley 1474 de 2011, Artículo 83)

El ejercicio de la supervisión, de conformidad con la legislación vigente en la materia, establece que dicha función podrá ser ejercida, únicamente, por quien ostente la calidad de servidor público, entendido este como aquella persona natural que presta sus servicios, de manera dependiente, a las entidades estatales consagradas en el Artículo 2 de la Ley 80 de 1993 (numeral 1, literales a y b), quien se encuentra obligado a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato (Ley 80 de 1993, Artículo 26), esto sin perjuicio de que se puedan contratar particulares para el apoyo a dicha supervisión (Ley 1474 de 2011, Artículo 83).

Es menester hacer la salvedad de que, revisada la legislación vigente en materia de contratación, no existe normativa alguna que distinga entre el ejercicio de la supervisión de contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión suscritos con persona natural, por un lado, y la supervisión que se ejerce sobre las demás tipologías de contratos que celebra el Estado, por el otro (Ley 80 de 1993, Artículo 32). Sin embargo, frente al desarrollo de este tipo de contratos, se pueden colegir diversos criterios para su seguimiento, los cuales abarcan, entre otros deberes o alcances, los que a continuación se detallan:

1. Suscribir otrosíes o adiciones (Consejo de Estado, Sentencia 1121 de 1998).
2. Perseguir la consecución del objeto contractual.
3. Procurar que se cumpla el contrato a cabalidad, así como el plazo contractual, las obligaciones previstas, el desarrollo financiero, la entrega de productos si fueron pactados y demás.
4. Coadyuvar a las buenas relaciones entre los extremos del contrato.

5. Rendir y requerir los informes necesarios respecto a la ejecución.
6. Informar al ordenador del gasto de posibles incumplimientos o situaciones anómalas que puedan acaecer frente al contrato.
7. Mantener debidamente actualizado el expediente contractual y garantizar su publicación en los repositorios pertinentes (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

Para este efecto, es importante precisar que la normativa establece que las entidades estatales implementarán su propio manual de contratación; por esto, las entidades del Estado que se hallan amparadas bajo la Ley 80 de 1993 están obligadas a incorporar un manual de contratos que incluya todo lo atinente a dicha gestión de la administración, el cual deberá ajustarse a las directrices dictadas, para tal efecto, por Colombia Compra Eficiente (Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.2.1.4.9). A este respecto, la jurisprudencia establece que dichos manuales son

una norma de carácter interno [...] que regula relaciones de carácter inter-orgánico [y] su objeto no es otro distinto a reglamentar temas administrativos del manejo de la contratación estatal —funcionarios que intervienen en las distintas etapas de la contratación, en la vigilancia y ejecución del negocio jurídico, entre otros—, es decir aspectos administrativos del trámite y desarrollo contractual. (Consejo de Estado, Sentencia 36054 de 2010)

Esta potestad, que en ningún caso podrá ser *praeter legem* o *contra legem*, le permite a la entidad estatal confeccionar los lineamientos internos que le permitirán lograr el correcto seguimiento, control y vigilancia de los contratos de prestación de servicios, por conducto del servidor público a quien haya designado para ejercer tal supervisión, pues no es desconocido que existe un vacío normativo frente al desempeño de dicho rol.

Finalmente, se tiene que el ejercicio de la supervisión conlleva, en sí, una serie de responsabilidades que recaen en el servidor público que

ostenta dicha función, y que van en concordancia con la búsqueda de la moralidad administrativa que persigue el seguimiento y control de los contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, pero que también son propias de la supervisión de cualquier otra tipología contractual. Dichas responsabilidades son de carácter civil, fiscal, penal y disciplinario, siendo la responsabilidad civil aquella que será objeto de estudio en el presente trabajo de investigación.

Tal responsabilidad será abordada desde el punto de vista de la acción de repetición, la cual tiene su origen en la vida jurídica nacional en el marco de la Ley 678 de 2001 y que, en el contexto de los contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, podría tener lugar como consecuencia del pago de las sumas de dinero con ocasión de la sentencia que declara la existencia de un contrato laboral entre el que fuere contratista y una entidad del Estado, donde, en lo que concierne a las razones de la decisión, debe analizarse si en dicha declaratoria se valoró, como factor determinante para la condena, el comportamiento indebido del supervisor frente al contrato.

Esta es una tarea que cobra relevancia con el hecho de que, en la actualidad, la problemática de la declaratoria de contrato realidad y el consecuente reconocimiento de pagos de sumas de dinero que afectan directamente el patrimonio de la nación alcanza los 6.424 procesos activos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con pretensiones de casi un billón de pesos y cuya expectativa de éxito para la parte demandante asciende a más del 48% (Zamora Ávila, 2023b).

En las circulares y cartillas de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, disposiciones mediante las cuales se busca mitigar el impacto de la precitada actividad litigiosa y tomar acciones tendientes a la mitigación de este riesgo jurídico, se dicta una serie de recomendaciones para la prevención de dicho daño, dirigida a las entidades del Estado, entre las cuales podemos extraer las siguientes:

- Ejecutar el contrato mediante la coordinación conjunta del cumplimiento de obligaciones, directamente ligadas a las mismas

y al objeto contractual, evitando solicitar la realización de ningún tipo de actividad por fuera de lo contratado.

- Hacer uso acertado de los mecanismos tecnológicos dispuestos por la entidad para la ejecución del contrato en aquellos casos en que sea viable ejecutarlo de manera no presencial.
- Justificar plenamente cada modificación contractual que llegare a ser necesaria y hacerla constar en los respectivos documentos.
- Restringir los requerimientos que se realicen al contratista y las solicitudes de los productos o servicios entregados por este a quien ostente la calidad de supervisor, y cuidar que los mismos guarden relación con lo previsto en el plan de trabajo suministrado o elaborado por el contratista (Zamora Ávila, 2023b).
- Procurar mantener, durante la ejecución del contrato, la independencia y autonomía propia de un contratista.
- Vigilar que se suscriban contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión únicamente en aquellos casos en que los contratistas se requieran para que desempeñen obligaciones contractuales directamente relacionadas con el giro ordinario del contratante (Zamora Ávila, 2023a).
- Redactar objetos contractuales claros y específicos, así como las obligaciones derivadas.
- Identificar, desde la fase precontractual, y plasmar en dichos documentos la necesidad y las razones que justifiquen que el contratista deba prestar sus servicios en la dependencia de la entidad y, de ser el caso, si los servicios se deben prestar en horarios específicos.
- No implementar cláusulas en los contratos que puedan interpretarse como restrictivas de la independencia del contratista (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2019).

El Dolo y la Culpa Grave en la Acción de Repetición y las Causales que las Integran

El concepto de daño antijurídico lo trajo consigo la carta magna y bajo su postulado se hace viable perseguir la responsabilidad patrimonial del Estado cuando un agente suyo haya causado dicho daño, bien sea por una acción o bien por una omisión de sus deberes. En virtud de esto, toda vez que se logre determinar que dicha conducta o inactividad tuvo lugar de manera dolosa o gravemente culposa por parte del mismo y que, debido a ella, se condenó a la administración a una reparación de índole patrimonial, esta última podrá repetir contra dicho agente (Constitución Política de Colombia, Artículo 90).

Con el propósito de establecer el procedimiento para el ejercicio de dicha acción de repetición, nace la Ley 678 de 2001, como un mecanismo con fines patrimoniales y que puede ser efectivo contra servidores, ex servidores públicos o particulares que hayan ejercido funciones públicas cuando han incurrido, como ya se dijo, en conductas consideradas culposas o gravemente dolosas y en cuya consecuencia se ha declarado al Estado responsable del pago de sumas de dinero (Artículo 2).

Es importante precisar que la acción de repetición está lejos de ser una facultad potestativa y su ejercicio es obligatorio para aquellas entidades que hayan sufrido las consecuencias de tales conductas, a tal punto que el servidor que omita incoar la acción de repetición estaría incurrido en una falta disciplinaria (Ley 678 de 2001, Artículo 4).

Así las cosas, la acción de repetición es un proceso independiente y autónomo (Consejo de Estado, Sentencia 57707 de 2020) y tiene su origen en condenas, conciliaciones u otras formas de terminación de conflictos (Ley 1437 de 2011, Artículo 142). En este tipo de demandas, el sujeto activo es el Estado y sobre este recae la carga de probar; en yuxtaposición, recae en el sujeto pasivo (servidor o ex servidor público) la de controvertir (Corte Constitucional, Sentencia C-374/02).

La jurisprudencia, por su parte, ha establecido unos elementos previos para la procedencia del medio de control de la acción de repetición, entre ellos que medie una sentencia condenatoria económica

en contra de la administración; sin embargo, también es viable su ejercicio cuando la forma de finalización del conflicto ha sido la conciliación u otro mecanismo alternativo previsto en la norma, siempre y cuando las sumas de dinero reconocidas hayan sido ciertamente pagadas. Este artículo, no obstante, se centra en la vía judicial únicamente y todo lo anterior deberá estar debidamente probado para impetrar la acción de repetición (Consejo de Estado, Sentencia 02091 de 2018).

Los conceptos de *dolo* y *culpa grave*, por su parte, son completamente distintos y autónomos, como se verá más adelante; sin embargo, como ya se estableció, ambos están íntimamente ligados al ejercicio de la acción de repetición, puesto que sin los mismos no hay lugar a la declaratoria de la responsabilidad civil del agente, toda vez que es necesario probar que el servidor actuó bajo una o ambas conductas cuando produjo el daño antijurídico. En ese sentido, la norma consagra la presunción de que existió dolo en la comisión de la conducta en los siguientes casos: (a) "que el acto administrativo haya sido declarado nulo por desviación de poder, indebida motivación, o falta de motivación, y por falsa motivación"; (b) "haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado"; (c) "haber expedido la resolución, el auto o sentencia contrario a derecho en un proceso judicial", y (d) "obrar con desviación de poder" (Ley 678 de 2001, Artículo 5).

Respecto a la culpa grave, la legislación aplicable determina:

Se presumirá que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. (Ley 678 de 2001, Artículo 6)

Conceptualmente, la jurisprudencia ha sentado el criterio diferencial de los conceptos de *culpa grave* y *dolo*, definiendo el segundo como un comportamiento del cual se tiene pleno conocimiento respecto a su tendencia irregular y al resultado que puede producir, pero que, aun

así, se comete, y la culpa como aquella actuación que se pudo prever, pero no se hizo o se esperaba poder sortearla (Consejo de Estado, Sentencia 31975 de 2006).

Frente al criterio subjetivo que comporta la determinación del dolo, así como el de la culpa grave, si luego de realizado dicho juicio subjetivo de responsabilidad, no se determina que la conducta se realizó bajo estos criterios, el Estado no tiene derecho a la reparación de su patrimonio (Consejo de Estado, Sentencia 16335 de 2008).

En consecuencia, si bien la Ley 678 de 2001 tiene como finalidad delimitar y, con ello, facilitar la labor de los intervinientes de la acción de repetición, jueces, miembros de comités de conciliación y todo aquel a quien le competa, de una forma u otra, estudiar o analizar las conductas que podrían considerarse como dolosas o gravemente culposas, dicha labor resulta extremadamente compleja al no existir una tarifa legal para ello, pues ambos criterios están anclados a las circunstancias específicas en las que se suscitaron los hechos, al conocimiento que se tenía frente al sentido de la actuación, a la intención y a otras variables que podrían considerarse de carácter subjetivo.

A la fecha del presente artículo, no existe jurisprudencia por parte del Consejo de Estado que incorpore los elementos inequívocos que constituyan la plena prueba del dolo o la culpa grave del agente de la administración que funge como sujeto pasivo de la acción de repetición, pero la misma nace, para los casos que estudia el presente trabajo de investigación, con ocasión del fallo que reconoce en favor de un demandante la declaratoria del contrato realidad, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), cuyas causales están consagradas en su Artículo 137 (Tabla 1), pues en este se indica expresamente que las causales para la nulidad y el restablecimiento del derecho serán las mismas que para la nulidad "simple". Dichas conductas guardan estrecha relación con las presunciones legales que tipifican como acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas las actuaciones de los servidores o ex servidores públicos en ejercicio de sus funciones (Ley 1437 de 2011).

Tabla 1

Causales de nulidad y restablecimiento del derecho y presunciones legales de las conductas de dolo y culpa grave del servidor público

Causales del artículo 137 de CPACA	Conductas Ley 678 de 2001 (artículos 5 y 6)	Conducta
	Expedir el acto contrario a derecho (Artículo 5, numeral 3)	Dolo
Con infracción de las normas en que debe fundarse	“Cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones” (Artículo 6)	Culpa grave
Sin competencia	N/A	N/A
Expedición irregular	Falta de motivación (Artículo 5, numeral 1)	Dolo
Violación del derecho de audiencia y de defensa	N/A	N/A
Falsa motivación	Indebida motivación o falsa motivación (Artículo 5, numeral 1)	Dolo
Desviación de poder	Acto administrativo proferido con desviación de poder (Artículo 5, numeral 1) Obrar con desviación de poder (Artículo 5, numeral 4)	Dolo

Nota. Elaboración propia a partir de los artículos 137 y 138 del CPACA y de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.

Se precisa que las causales de falta de competencia y sin competencia, así como la de violación del derecho de audiencia y de defensa, no aplican en el marco de la acción de repetición, dado que la norma que la reglamenta no consagró dichas causales expresamente para su procedencia; sin embargo, no se puede perder de vista que la Sentencia C-455/02 dispuso que “el juez de la causa es libre de apreciar comportamientos dolosos o culposos en otras conductas no mencionadas en dichos numerales”. Frente a las otras causales, se explica a continuación: “que el acto administrativo haya sido declarado nulo por desviación de poder, indebida motivación, o falta de motivación, y por falsa motivación” (Ley 678 de 2001, Artículo 5, numeral 1).

Sobre la indebida o falsa motivación, el Consejo de Estado ha precisado que esta causal está íntimamente ligada al principio de legalidad y frente a ello ha estimado que, para que la misma prospere, es necesario determinar que la administración, al momento de expedir el acto administrativo, lo motivó sobre hechos que no fueron probados dentro del trámite o que se omitieron unos que se encontraban debidamente probados y, de haberse tenido en cuenta, la decisión contenida en el mismo sería distinta (Consejo de Estado, Sentencia 22326 de 2017).

Por su parte el tratadista Gordillo (2011) denomina a esta causal como “actos ilógicamente motivados” (p. IX-3) y, bajo dicha denominación, explica que son, en otras palabras, aquellos actos que resultan absurdos y contrarios a las reglas de una sana lógica.

El ex consejero de Estado Santofimio Gamboa (2017) define la falsa motivación como aquella en la que existe una total disparidad entre los hechos y el derecho que motiva el acto y, en consecuencia, las razones alegadas en tal decisión. También señala que, al ser un fenómeno causalista, deberán ser valorados los verdaderos antecedentes que debieron ser tenidos en cuenta para su expedición.

En ese orden de ideas, existe concordancia entre la jurisprudencia y los diferentes doctrinantes respecto a las características que reviste la causal de falsa motivación, la cual consiste principalmente, aunque expresado de distintas formas, en la inconsistencia o ausencia de relación entre lo contenido y la decisión adoptada en el acto administrativo.

En cuanto a la falta o ausencia de motivación, la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos deben ser proferidos con sujeción plena al principio de legalidad de las actuaciones, de manera cierta, clara y objetiva, y ser contentivos de las motivaciones de hecho y derecho en que se fundaron; de lo contrario, su expedición sería irregular y se dispone que sobre el mismo procede la nulidad (Consejo de Estado, Sentencia 22326 de 2017).

El doctrinante Gordillo (2011) resalta la necesidad ineludible de la administración de motivar los actos que expide en hechos o circunstancias que resultaren objetivamente probadas; en consonancia, Sánchez Torres (2004) refiere que la motivación es el acto de motivar y el motivo es la causa del acto, y si estos no existen, el acto es nulo, porque la administración dictó su decisión sin motivo.

Sobre esta causal, Santofimio Gamboa (2017) ha expresado que la falta de motivos en el acto administrativo no constituye *per se* un vicio de este, pues estos pueden estar edificados sobre bases legales y ciertas, pero sin las formalidades exigibles, lo que los puede perjudicar desde su formación. Así las cosas, la falta de motivación deberá ser tratada y argumentada, cuando se presente, como el vicio formal del que trata.

En suma, los actos administrativos, exceptuando los de mero trámite, deben estar motivados para que, de esta forma, pueda colegirse que cumplen con el principio de legalidad que les es exigible. Sobre esta causa, resulta relevante la relación u homogeneidad que guarda el concepto de *falta de motivación* con el criterio de expedición irregular de que trata el Artículo 42 del CPACA.

Frente al acto administrativo proferido con desviación de poder y obrar con desviación de poder, es decir, cuando el acto administrativo, aunque haya sido emanado por el competente y cumpliendo las formalidades que le son exigibles, persigue, con su expedición, consecuencias distintas a la que prevé el ordenamiento legal aplicable (Consejo de Estado, Sentencia 0105-12 de 2013).

De otra parte, Gordillo (2011), hablando sobre los vicios del acto administrativo, explica que el concepto de *desviación de poder* se funda, usualmente, en tres supuestos de hecho que orientan erradamente al

servidor público: (a) perseguir fines personales; (b) buscar favorecer a un tercero, y (c) procurar un indebido favorecimiento para la administración.

En materia probatoria, respecto a esta causal, Moreno Machado (2022) indica que en ella la denominada prueba indiciara ostenta un papel fundamental, puesto que difícilmente sería confesada, ni estaría contenida por escrito o podría ser introducida mediante dictamen.

Analizados los criterios anteriores desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinario, se observa que esta causal tiene un amplio desarrollo tanto en diversas sentencias del Consejo de Estado como en obras de diversos tratadistas; sin embargo, no existen diferencias relevantes en cuanto a su definición y formación, puesto que, finalmente, cada presupuesto lo sitúa en torno a un mismo punto, esto es, cuando el acto administrativo surge ligado a propósitos personales y se abstrae de su objetivo finalístico legal, es decir, del natural propósito y de la libertad de cualquier criterio subjetivo con la que debió nacer.

Respecto a la culpa grave, la legislación aplicable determina que esta se presume cuando “el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones” (Ley 678 de 2001, Artículo 6). Dicha causal se presume, por parte del fallador, al obrar norma de cualquier rango en el ordenamiento jurídico que haya sido vulnerada; sin embargo, se debe probar fehacientemente que la forma arbitraria con la que actuó el servidor fue crucial para el acaecimiento del supuesto que se presume (Corte Constitucional, Sentencia SU354/20).

Santofimio Gamboa (2017) denomina la infracción directa a la Constitución con el término de *violentación*, la cual se da en la expedición de un acto administrativo cuando se dicta en contra de los principios que deberían regirlo. Por otra parte, como violación a la ley denomina todo aquello que se hace vulnerando el ordenamiento, sin contemplar lo dispuesto por la Constitución, y agrupa esta violación en cuatro segmentos. El primero se denomina violación directa de la ley, en cuyo caso quien expide el acto administrativo se aparta total o parcialmente de la misma. El segundo presupuesto lo compone la violación de la ley en lo que respecta a los procedimientos y formalidades que le son exigibles. El tercero consiste en la violación de las competencias, es decir, cuando vulnera lo que, de manera expresa, se le concedió dentro

de las facultades al servidor. Por último, encontramos la violación por error de hecho o derecho, caso en el cual el servidor interpreta de manera equívoca la legislación o los hechos sobre los cuales sustenta su decisión.

Para el tratadista Lamprea Rodríguez (1996), la vulneración de la Constitución se divide en tres criterios: el primero ligado a lo que denomina falta de aplicación; el segundo, a lo que llama aplicación indebida, y el tercero, a la interpretación errónea. Estos, resalta, pueden ser cometidos por omisión y por comisión. En concordancia, Penagos (1997) desarrolla las mismas tres causales, pero denominándolas de manera distinta, como violación directa, falsa interpretación y violación por aplicación indebida. En su génesis, obedecen a las precitadas causales desarrolladas por Lamprea Rodríguez, quien, como elemento innovador o, mejor, en complemento de lo ya abordado, establece que hace parte de la violación a la ley la vulneración de los reglamentos que haya expedido, en cualquier sentido, la misma autoridad y que sean contrarios a la norma superior.

Así pues, debe considerarse enmarcado en esta causal cualquier acto administrativo que, en su contenido, desobedezca la Constitución, como norma superior, y la ley, en cuanto a la legislación que sea aplicable a la hora de expedir tal acto. Como inexcusable omisión se considera la desobediencia de ambas o de cualquiera de las dos, y como extralimitación en el ejercicio de las funciones, las actuaciones en que al servidor le falta competencia o, teniéndola, abusa de ella.

Es menester precisar que las precitadas causales que los honorables magistrados se han servido explicar, al ser subjetivas, no son las únicas de las cuales pueden deducirse las conductas dolosas o culposas de los agentes estatales, ya que "el juez de la causa es libre de apreciar comportamientos dolosos o culposos en otras conductas no mencionadas en dichos numerales" (Corte Constitucional, Sentencia C-455/02).

El doctrinante Berrocal Guerrero (2005) desarrolla, de manera somera, el concepto de *nulidad de los actos administrativos*, ligado a la acción constitucional de repetición y a la Ley 678 de 2001, respecto a la definición que consagra tanto la norma superior como el artículo segundo de la mencionada ley. En la Tabla 2 se relacionan las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en los artículos 5 y 6.

Tabla 2

Dolo y culpa grave de conformidad con la ley

Dolo	Culpa grave
Por obrar con desviación de poder	Por violación manifiesta de las normas de derecho que debieron fundar el acto administrativo
Por haber expedido el acto administrativo con vicio en su motivación	Por carencia o abuso de competencia
Por haber expedido el acto administrativo con falsa motivación	Por omisión de las formas que le eran exigibles al acto administrativo

Nota. Elaboración propia a partir de la doctrina analizada.

Los diversos tratadistas que han abordado esta causal con ocasión, esto es, la expedición de los actos administrativos con “infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones” (Ley 678 de 2011, Artículo 6), la han abordado desde el rango o jerarquización de la normativa existente, es decir, desde cuándo se entiende como una infracción a la carta magna y cuándo se considera una vulneración a la ley, esta última interpretada como toda aquella violación que no implique la Constitución Política: respecto a la omisión o extralimitación de las funciones predicables del servidor público que expide el acto, cuando se expide omitiendo deliberadamente el acatamiento de la norma, y respecto a la extralimitación, cuando este actúa rompiendo el límite que enmarca su competencia; en otras palabras, por exceso o a sabiendas de que no está facultado para ello.

Se debe considerar que la culpa grave no se deprecia únicamente de las causales de nulidad del acto administrativo, pues se deben analizar los comportamientos indebidos del supervisor que hayan sido probados en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y que hayan dado lugar a probar la nulidad del acto acusado, aunque el supervisor no lo haya expedido, los cuales pueden resultar contrarios a la Constitución o la ley o representar una omisión o una extralimitación en

el ejercicio de sus funciones, como cuando imparte órdenes, directrices e instrucciones que limitan la independencia y la autonomía, requiere el cumplimiento de horarios de trabajo, impone nuevas obligaciones que corresponden al giro ordinario de la entidad o que no hayan sido previstas en el contrato, requiere la presentación de documentos para otorgar permisos e incapacidades y hace llamados de atención, entre otras actuaciones, o, en su defecto, permite que otros las obren, como se verá más adelante.

La Culpa Grave y el Dolo a la Luz de la Ley 678 de 2001 en la Celebración de los Contratos de Prestación de Servicios con Persona Natural

En procura de determinar cuáles son esos comportamientos indebidos por parte del supervisor, que constituyen la culpa grave o el dolo a la luz de la Ley 678 de 2001, "por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición", con ocasión de la celebración de los contratos de prestación de servicios suscritos con persona natural, cuando se ha declarado, a través del mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho, la relación laboral del contratista, se llevó a cabo una búsqueda de sentencias de esta índole en la relatoría del Consejo de Estado, dado que esta corporación es el tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Una vez ubicadas las sentencias que guardan relación con la materia de estudio, se procedió a realizar un análisis de las demandas interpuestas mediante dicho medio de repetición en un rango temporal que abarca desde el 4 de agosto de 2001, fecha en que fue expedida la norma en cuestión, hasta el 15 de agosto de 2023. Para ello, se utilizaron las palabras clave *acción de repetición*, *contrato realidad*, *laboral* y *nulidad y restablecimiento del derecho*, en cuyo rango de búsqueda se encontraron 139 procesos de conformidad con dichos criterios.

Se precisa que, una vez realizada la revisión de cada sentencia arrojada por los parámetros de búsqueda en la relatoría, se redujo significativamente, por exclusión, el número inicial, dado que este artículo de investigación no puede tener en cuenta en su análisis sentencias proferidas con ocasión de hechos acontecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, esto es, antes del 4 de agosto de dicho año, aunque su fallo se hubiese proferido de manera posterior, toda vez que estas sentencias se dictan de conformidad con la normativa vigente para la época en materia de acción de repetición, esto es, el Código Civil. El número de sentencias descartadas por esta razón asciende a 63, y otras 37 fueron eliminadas por tratarse de decisiones que no guardan relación con el estudio que ocupa el presente artículo, dado que fueron proferidas en alguno de los siguientes sentidos:

1. inhibitoria por fallecimiento del servidor;
2. inhibitorio por caducidad;
3. remisión de expediente por falta de competencia;
4. ineptitud de la demanda;
5. relación con otros medios de control o indebida escogencia de la acción;
6. sentencias relacionadas con contratación estatal;
7. rechazo por incumplimiento de requisitos de procedibilidad; y
8. resuelve únicamente sobre costas en procesos de acción de repetición.

Así las cosas, el número definitivo de sentencias a analizar fue de 39, en lo que concierne a acciones de repetición producto de una condena en asuntos laborales y en nulidad y restablecimiento del derecho, clasificados como se aprecia en la Tabla 3.

Tabla 3

Muestra de sentencias del Consejo de Estado en el periodo 2016-2022

Asunto	Conducta	Causal para la repetición	Decisión respecto a la procedencia de la facción de repetición	Cantidad	
Cambio manual de funciones	Dolo	Desviación de poder	Niega (Sentencia 55028 de 2021)	1	
Falta de reconocimiento de pensión de vejez e intereses	Culpa	No se precisa la presunción	Niega (Sentencia 59680 de 2021)	1	
Declaratoria de Insubsistencia	Culpa	Infracción directa a la Constitución o a la ley	Accede (Sentencia 55520 de 2021; Sentencia 59849 de 2018; Sentencia 55028 de 2027; Sentencia 48830 de 2014)	4	
			Niega (Sentencia 55283 de 2021; Sentencia 58724 de 2021; Sentencia 52956 de 2021; Sentencia 56041 de 2018; Sentencia 35405 de 2017; Sentencia 30404 de 2014; Sentencia 39528 de 2012)	7	
	Dolo		Falsa motivación	Niega (Sentencia 54692 de 2019)	1
			Falta de motivación	Niega (Sentencia 54692 de 2019)	2
			Accede (Sentencia 54692 de 2019)	2	
	Dolo	Desviación de poder	Niega (Sentencia 63292 de 2019; Sentencia 62388 de 2019; Sentencia 41228 de 2020; Sentencia 42738 de 2020; Sentencia 39528 de 2012; Sentencia 46716 de 2014)	5	

Nota. Elaboración propia a partir de la jurisprudencia analizada.

Una vez analizadas las acciones de repetición que persiguieron la responsabilidad patrimonial de agentes o exagentes de la administración como consecuencia de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, a la luz de la Ley 678 de 2001 y de las causales de nulidad de los actos administrativos contenidas en los artículos 137 y 138 del CPACA, es posible precisar que no existen condenas, en el marco de dicho medio de control, relacionadas con la declaratoria de la existencia de la relación laboral del contratista de prestación de servicios.

Comportamientos Indebidos por parte del Supervisor de acuerdo con las Circulares, Guías y Trabajos de Investigación

A continuación, se relacionan aquellos comportamientos que podrían considerarse indebidos, por parte del supervisor, en el marco de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, dado que pueden ser elementos constitutivos en la eventual declaratoria de una relación laboral:

(i) recibir órdenes o directrices de superiores. Lo cual desvirtúa la autonomía y liberalidad en la ejecución del contrato; (ii) supeditar la ejecución de la actividad al cumplimiento de horario estricto y turnos casi inmodificables; (iii) acreditar que se trataba de funciones permanentes en la entidad; (iv) desarrollar actividades ligadas al cumplimiento de la misión de la entidad y, (v) de-sarrollar funciones en condiciones de tiempo, modo y lugar que determinó la entidad. (Guevara-Flórez *et al.*, 2024, p.12)

Las anteriores conductas podrían constituir, en parte o en todo, el material probatorio necesario para que prospere una eventual demanda en la búsqueda de la declaratoria de una relación laboral encubierta, puesto que dichas situaciones le son propias. únicamente, a un auténtico vínculo laboral, y no a la figura de prestación de servicios prevista en el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y enmarcada bajo la legislación civil y comercial.

Toda vez que las situaciones enumeradas conllevan el indebido ejercicio de la supervisión del contrato de prestación de servicios, puesto que transgreden la normativa que enmarca dicha figura contractual, su vulneración se puede considerar como una infracción directa a la ley, dado que el servidor público que ejerce dicha supervisión debe poder determinar lo que le es exigible a dicha figura y lo que no durante su ejecución y el ejercicio del control y vigilancia que le fue designado. Desconocer el marco jurídico que le es propio significa traspasar la previsión legal que lo contempla. En ese sentido, también debe considerarse que esas mismas actuaciones podrían configurar una infracción directa a la Constitución, en particular, al Artículo 53, en lo que respecta a la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral, dado que esos comportamientos alteran la génesis del vínculo contractual, lo que conlleva la mutación de este y podría encuadrarlo en el concepto jurídico de la relación laboral.

Así mismo, el ejercicio indebido de su labor como supervisor puede constituir la inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones de que trata la ley analizada en este artículo, puesto que los presupuestos fácticos ya vistos, relacionados con la indebida supervisión, superan o desbordan la función o alcance del rol encomendado en todos aquellos casos en los que se presentan las solicitudes anómalas o excesivas a los contratistas de prestación de servicios; ello respecto a la extralimitación, y en cuanto a la omisión, podría endilgarse en aquellos casos en los que el supervisor no ejerce ninguna actuación frente al indebido comportamiento de los demás servidores públicos de la misma entidad, con ocasión de la ejecución del contrato de prestación de servicios que este supervisa, esto es, omite el deber de control y vigilancia que incluye, en su espectro, velar por que todos los intervinientes de la relación contractual salvaguarden los aspectos y elementos que la rigen.

Por lo anterior, puede determinarse que las conductas o comportamientos relacionados previamente se pueden enmarcar, de manera general, en el concepto de *presunción de la culpa grave* previsto en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, aunque estos no estén directamente ligados a la formación del acto administrativo que

resuelve la reclamación y que se ataca durante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino que se encuentran presentes en el material probatorio que llevó a la sentencia condenatoria; de allí el rol crucial que desempeña la entidad demandante en lo que respecta a la verificación previa y determinación de la causal que enmarca la conducta.

Comportamientos o Actuaciones del Supervisor que Podrían Configurar el Dolo o Culpa Grave

Atendiendo lo expuesto, en este punto es viable segmentar la forma en que los anteriores comportamientos podrían configurarse en las presunciones previstas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, respecto a las cuales, como ya se acotó, todas y cada una integrarían y podrían adecuarse al concepto de culpa grave a la luz de dicha norma, de conformidad con la presunción prevista, en el sentido de que

se presumirá que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. (Ley 678 de 2001, Artículo 4)

Como derrotero de esta investigación, está el hecho de que cualquier actuación, por parte del supervisor, que conlleve engrosar los elementos que sirven como fundamento al fallador para determinar la existencia de una relación laboral, por haberse desconfigurado la prestación de servicios, con ocasión de las distintas actuaciones del servidor investido de dicho rol durante la ejecución del contrato, indistintamente de cuál sea su causa, podría dar cabida a la culpa grave, si aquella actuación o comportamiento tuvo injerencia en la declaratoria de tal vínculo.

Por otra parte, en aquellos casos en que el supervisor expide el acto administrativo que resuelve la reclamación administrativa presentada por el contratista que pretende la declaratoria del contrato realidad, la

cual debe agotarse como requisito para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el supervisor podría estar incurso en una o algunas de las causas previstas del dolo, ya sea por desviación de poder o por indebida motivación o falta o falsa motivación del mismo.

También se debe considerar que, en ocasiones, quien da respuesta a dicha reclamación es un servidor público que ostenta un cargo directivo, incluso el representante legal de la entidad, quien no ha ejercido la supervisión del contrato, lo que podría dar lugar a que, eventualmente, se ejerza la acción de repetición, a pesar de no haber sido el supervisor del contrato. Ahora bien, ser el representante legal o el ordenador del gasto no impide que, a la vez, dicho agente sea quien haya ejercido la supervisión y, en consecuencia, sea supervisor y quien expide el acto administrativo que niega la relación laboral.

En consecuencia, la acción de repetición proveniente del dolo con que haya actuado el supervisor solo podrá perseguirse cuando sea este quien haya emitido el acto que atendió la reclamación administrativa, pues, de otra forma, su contenido no podría atribuírsele y, por tanto, no sería viable la búsqueda de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de lo pagado al demandante por dicha conducta, toda vez que el dolo, en el contexto de la declaratoria de la relación laboral del contratista, jurídicamente se encuentra ligado a la formación del acto administrativo nulitado.

Conclusiones

Una vez estudiadas y analizadas las causales previstas para el dolo y la culpa grave, se determina que la culpa grave, bien sea a título de infracción directa a la Constitución o a la ley, o bien de una inexcusable omisión o una extralimitación en el ejercicio de las funciones, se puede configurar en el marco del comportamiento indebido del supervisor incluso cuando este no ha expedido el acto administrativo que dio lugar a la declaratoria del vínculo laboral. Ahora bien, si el supervisor expidió el acto administrativo que fue atacado en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, procede la responsabilidad bajo la

conducta de dolo y la causal en la que se enmarca deberá establecerse de conformidad con la causal de nulidad aducida por el fallador.

Es preciso indicar que las conductas de dolo y culpa grave no son excluyentes entre sí; es decir, se puede hacer la solicitud de la declaratoria a título de culpa grave y de dolo en la misma demanda, siempre y cuando se justifique cuáles son las razones que sustentan cada una de las conductas. En otras palabras, el servidor público podría ser responsable bajo una o ambas conductas, provenientes de lo probado en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y, como se desarrolló a lo largo del texto, en el marco de la acción de repetición no necesariamente el accionado resulta ser quien expidió el acto que negó el reconocimiento de la relación laboral, pues lo que le corresponde analizar a la entidad que la pretenda es, precisamente, si la conducta del servidor llevó, en todo o en parte, a la configuración de la relación laboral encubierta, ya sea con el comportamiento indebido que haya sido probado en el proceso laboral o expidiendo el acto anulado. Sin embargo —se insiste—, no se encontraron sentencias donde se controvirtieran dichos asuntos.

Sumado a esto, se debe tener en cuenta que, en gran medida, quienes expiden los actos administrativos como respuesta al derecho de petición que solicita la declaratoria del vínculo laboral del contratista, así como el pago de emolumentos salariales y prestacionales, son servidores públicos del orden directivo, lo que no significa que estén impedidos para ejercer la supervisión de dichos contratos; todo esto para decir que, para que se configure la causal de dolo por parte del supervisor como consecuencia de la nulidad del acto administrativo, esta función debe haber sido ejercida por el directivo que expidió el acto anulado.

A pesar de lo anterior, es preciso puntualizar que las causales de las cuales pueden deducirse las conductas dolosas o gravemente culposas de los agentes estatales, al ser subjetivas, no son las únicas sobre las cuales pueden determinarse dichas actuaciones, ya que el juez de la causa es libre de apreciar comportamientos dolosos o gravemente culposos en otras conductas no mencionadas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 (Corte Constitucional, Sentencia C-455/02).

Del análisis jurisprudencial realizado, también es posible colegir que las entidades no logran diferenciar entre los conceptos de *dolo* y *culpa grave*, especialmente en las causas que integran uno y otro y que son indispensables para cimentar la búsqueda de la responsabilidad del servidor, según lo establecido en el análisis de otros tipos de demandas en las que es aplicable el precitado medio de control y que fueron objeto de revisión y estudio, tal como consta en los recurrentes llamados de atención que hace la corporación a las entidades estatales: “la manera descuidada y poco diligente en la que presentan sus demandas de acción de repetición” (Consejo de Estado, Sentencia 46162 de 2013).

De esto último se desprende la relevancia que ostenta, en materia de repetición, el comité de conciliación al interior de las entidades, y a falta de este, el representante legal o, en su defecto, cuando a ello haya lugar, el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia y del Derecho, pues corresponde a estos realizar el análisis riguroso de procedencia de la acción de repetición, así como la delimitación de la conducta y la causal que constituirá la piedra angular para cimentar la prosperidad de la misma, en defensa y salvaguarda del patrimonio público.

Desde el punto de vista legislativo, se concluye que no existe normativa alguna que distinga u oriente de manera específica el ejercicio de la supervisión de contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión suscritos con persona natural, legislación que podría mitigar el impacto fiscal provocado por las sentencias que declaran la responsabilidad del Estado en el contexto de los denominados contratos realidad. A este respecto, a criterio de las autoras se considera de gran valor que las entidades incluyan, en sus manuales de contratación, un capítulo especial sobre el ejercicio de la supervisión de este tipo de contratos.

Finalmente, aunque existe un marco normativo, como el previsto en la ley analizada, que les permite a las entidades estatales perseguir, en todo o en parte, los recursos que debió pagar con ocasión de la sentencia que declara la configuración del contrato laboral en el marco de un contrato de prestación de servicios, de acuerdo con las sentencias del Consejo de Estado analizadas, las entidades no hacen uso de este mecanismo y, simplemente, se limitan a pagar las sumas contenidas en las condenas, sin realizar el análisis posterior respecto a si estas tuvieron

lugar como consecuencia de conductas típicas de culpa grave o dolo de sus agentes.

Se llega a esta reflexión en vista de que, como se indicó antes, no se encontraron decisiones del Consejo de Estado relacionadas con la acción de repetición en contra del supervisor ni del servidor público que expidió el acto administrativo que tuvo como consecuencia dicho reconocimiento, ni en contra de otros servidores públicos que hayan tenido injerencia durante la ejecución del contrato de prestación de servicios que se desnaturalizó. Así las cosas, como resultado principal de esta investigación, se concluye que, actualmente, no se está ejerciendo la acción de repetición en contra del supervisor ni de ningún otro servidor público cuando se declara judicialmente la relación laboral del contratista.

Referencias

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2019). *Cartilla de atención al ciudadano*. https://www.defensajuridica.gov.co/servicios-al-ciudadano/participacion_ciudadana/documentos_2019/cartilla_atencion_ciudadano_120919.pdf
- Berrocal Guerrero, L. (2005). *Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina* (). Ediciones del Profesional.
- Bustos Ortega, J., y Rosas Sánchez, C. (2019). Ineficacia de la acción de repetición en el municipio de Florencia, Caquetá. Estudio de caso, 2010-2016. *DIXI*, 21(30). <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.02.07>
- Carrillo Cruz, Y., y Amaya Martínez, M. (2014). Aplicación del medio de control de repetición en el municipio de Villavicencio en el periodo 2001 a 2012. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 44(121), 673-697.
- Código Civil. Ley 84 de 1873. 26 de mayo de 1873 (Colombia).
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. 18 de enero de 2011

(Colombia).

Colombia Compra Eficiente. (s. f.). *Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado*. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio y Civil. Sentencia 1121, C.P. César Hoyos Salazar; 26 de agosto de 1998.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 0105-12, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; 07 de marzo de 2013.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 1317-2016; 09 de septiembre de 2021.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 02091, C.P. Rocío Araújo Oñate; 03 de abril de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 16335, C.P. Enrique Gil Botero; 13 de noviembre de 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 22326, C.P. Milton Chaves García; 26 de julio de 2017.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 31975, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 27 de noviembre de 2006.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 35061, C.P. Hernán Andrade; 25 de marzo de 2015.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 35405, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 02 de mayo de 2017.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 36054, C.P. Enrique Gil Botero; 14 de abril de 2010.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 39076, C.P. Marta Nubia Velásquez; 21 de noviembre de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia

- 39404, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 20 de febrero de 2014.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 39528, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 07 de junio de 2012.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 41228, C.P. Martín Bermúdez Muñoz; 05 de octubre de 2020.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 42738, C.P. Martín Bermúdez Muñoz; 03 de abril de 2020.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 43043, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 23 de octubre de 2017.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 45647, C.P. María Adriana Marín; 14 de junio de 2019.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 45806, C.P. María Adriana Marín; 27 de septiembre de 2018.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 46162, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 24 de julio de 2013.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 46716, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz; 09 de julio de 2014.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 47291, C.P. María Adriana Marín; 29 de octubre de 2018.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 48195, C.P. María Adriana Marín; 14 de junio de 2019.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 48250, C.P. Marta Nubia Velásquez; 30 de agosto de 2017.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 48830, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz; 09 de julio de 2014.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 48889, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 07 de septiembre de 2020.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia

49541, C.P. Alberto Montaña Plata; 05 de marzo de 2020.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 50032, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 05 de marzo de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 50550, C.P. Guillermo Sánchez Luque; 17 de septiembre de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 51949, C.P. María Adriana Marín; 20 de febrero de 2020.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 52053, C.P. María Adriana Marín; 06 de febrero de 2020.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 52956, C.P. Alberto Montaña Plata; 28 de abril de 2021.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 53329, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 01 de octubre de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 54692, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 18 de junio de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 55028, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 17 de marzo de 2021.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 55028, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 09 de noviembre de 2017.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 55283, C.P. José Roberto Sáchica Méndez; 08 de noviembre de 2021.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 55339, C.P. Martín Bermúdez Muñoz; 05 de octubre de 2020.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 55520, C.P. María Adriana Marín; 20 de febrero de 2020.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia

- 55607, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 30 de agosto de 2018.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 56041, C.P. Guillermo Sánchez Luque; 01 de octubre de 2018.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 57707, C.P. María Adriana Marín; 19 de junio de 2020.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 58297, C.P. María Adriana Marín; 19 de marzo de 2020.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 58724, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 08 de junio de 2021.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 59680, C.P. Freddy Ibarra Martínez; 18 de noviembre de 2021.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 59849, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 13 de noviembre de 2018.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 60952, C.P. Marta Nubia Velásquez; 31 de enero de 2019.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 62388, C.P. Guillermo Sánchez Luque; 11 de diciembre de 2019.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 63292, C.P. Guillermo Sánchez Luque; 11 de diciembre de 2019.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 65086, C.P. María Adriana Marín; 04 de diciembre de 2020.
- Constitución Política de Colombia. Artículo 53. 07 de julio de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional. Sentencia C-154/97, M.P. Hernando Herrera Vergara; 19 de marzo de 1997.
- Corte Constitucional. Sentencia C-280/96, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 25 de junio de 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia C-374/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 14 de mayo de 2002.

- Corte Constitucional. Sentencia C-455/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 12 de junio de 2002.
- Corte Constitucional. Sentencia C-614/09, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 02 de septiembre de 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia SU354/20, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 26 de agosto de 2020.
- Corte Constitucional. Sentencia T-388/20, M.P. Diana Fajardo Rivera; 03 de septiembre de 2020.
- Decreto 1082 de 2015. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49523.
- Decreto 3743 de 1950. (20 de diciembre de 1950). Por el cual se modifica el Decreto número 2663 de 1950, sobre Código Sustantivo del Trabajo. 20 de diciembre de 1950. D.O. No. 27504.
- Duque Sánchez, L. (2012). Acción de repetición en Colombia. Una tarea pendiente en la administración pública (I avance). *Jurídicas*, 9(1), 136-153.
- Gordillo, A. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. 3). Fundación de Derecho Administrativo.
- Guerra, D., y Pabón, L. (2020). Estado del arte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia. *Espacios*, 41(8).
- Guevara-Flórez, L., Guevara, J., Restrepo, J., y Moncayo, Y. (2024). Consejo de Estado y desnaturalización del contrato de prestación de servicios en entidades públicas en Colombia. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 11(1), 1-32. <https://doi.org/10.14409/redoeda.v11i1.13680>
- Lamprea Rodríguez, P. (1996). *Anulación de los actos de la administración pública*. Doctrina y Ley.
- Ley 80 de 1993. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. No. 41094.

- Ley 678 de 2001. (03 de agosto de 2001) Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. 03 de agosto de 2001. D.O. No. 44509.
- Ley 1150 de 2007. (16 de julio de 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de julio de 2007. D.O. No. 46691.
- Ley 1474 de 2011. (12 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. 12 de julio de 2011. D.O. No. 48128.
- Meneses Ochoa, D., y Molina Hernández, C. (2021). *El dolo y la culpa grave en la acción de repetición en Colombia* [Tesis de especialización]. Universidad Libre de Colombia. <https://hdl.handle.net/10901/20220>
- Moreno Machado, C. (2022). Prueba indiciaria en declaratorias de insubsistencia con desviación de poder. En R. Bejarano Guzmán, D. Rojas, & M. León Gil (Eds.), *Lecciones constitucionales de derecho probatorio* (Vol. 3, pp. 361-398). Universidad Externado de Colombia.
- Penagos, G. (1997). *El acto administrativo*. Librería del Profesional.
- Sánchez Torres, C. (2004). *Acto administrativo: Teoría general*. Legis.
- Santofimio Gamboa, J. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Soler Pedroza, I., y Jiménez, W. (2009). La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. Estado del arte. *Civilizar*, 9(16), 73-90. <https://doi.org/10.22518/16578953.724>

Zamora Ávila, M. (2023a). *Circular externa No. 01*. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202023/Attachments/1/circular_externa_01_14_febrero_2023_160223.pdf

Zamora Ávila, M. (2023b). *Circular externa No. 03*. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202023/Attachments/3/circular_externa_03_01_marzo_2023_070323.pdf