

**LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE
SERVICIOS EN COLOMBIA**

**Hugo Mantilla Mateus
Mauricio Manrique Cárdenas**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCION DE POSGRADOS
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTA.D.C.**

2014

**LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE
SERVICIOS EN COLOMBIA**

Hugo Mantilla Mateus

C.C. 1.101.755.011

Cod: 3500790

Mauricio Manrique Cárdenas

C.C. 74.379.558

Cod: 3500789

Director Temático

Dr. Jairo Sandoval Carranza

Director Metodológico

Dra. Eleonora Del Pilar Salazar

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCION DE POSGRADOS
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTA.D.C.**

2014

LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN COLOMBIA

Hugo Mantilla Mateus.¹ Mauricio Manrique Cárdenas²

RESUMEN

Ante los diversos mecanismos de reclutamiento de personal que tiene el Estado, se ha vuelto constante la contratación por prestación de servicios de personas que en desarrollo de actividades propias de la Administración Pública, ejecutan de manera personal y subordinada el contrato, al punto de confundirse tal relación con la vinculación laboral. Se configura entonces el contrato realidad.

En ese orden y con el propósito de establecer si prevalece la realidad sobre las formas en los mencionados contratos, se analizan ambas figuras jurídicas: el contrato de trabajo y el de prestación de servicios a través del estudio de diversos autores y algunas sentencias de la Corte Constitucional, concluyendo que el Estado se ha visto abocado a numerosas demandas por parte de contratistas que buscan el reconocimiento de derechos laborales como consecuencia de una inadecuada interpretación de la contratación por parte de la Administración Pública.

PALABRAS CLAVE

Contrato de trabajo, prestación de servicios, principio realidad, contrato realidad, subordinación, remuneración, honorarios, funcionario, contratista, empleo y empleado.

¹ Abogado Universidad Libre de Colombia 2011, Litigante en área de Derecho Laboral y Administrativo. Este artículo reflexivo se realiza como requisito, exigido por la Universidad Militar Nueva Granada, para obtener el título de Especialista en Derecho Administrativo.

² Abogado Universidad Libre de Colombia 2009, Contratista de la Unidad Nacional de Víctimas. Este artículo reflexivo se realiza como requisito, exigido por la Universidad Militar Nueva Granada, para obtener el título de Especialista en Derecho Administrativo.

ABSTRACT

Given the diverse mechanisms of recruitment of each State, has become constant recruitment for services of people in their own development of public administration activities, run personal and subordinate way the contract, such confusingly connection with the employment relationship. Actually the contract is then configured.

The contract of employment and service delivery through the study of various authors and some judgments of the Court: In that order and in order to establish whether raw reality on the ways these contracts, both legal concepts are discussed constitutional, concluding that the state has been doomed to numerous demands from contractors seeking recognition of labor rights as a result of inadequate interpretation of the contract by the Public Administration.

KEYWORDS

Employment contract, service, top reality actually contract, subordination, compensation, fees, officer, contractor, employment and employee.

INTRODUCCIÓN

Surge el principio de primacía de la realidad sobre lo formal como un desarrollo constitucional del artículo 53, que garantiza los derechos de los trabajadores, vulnerados por el Estado cuando desde la práctica y la cotidianidad los asimila a servidores públicos, imponiéndoles las mismas condiciones y características que configuran el vínculo laboral bajo la premisa de la ausencia de personal de planta y aprovechándose de la necesidad de los contratistas.

Debido a las múltiples actividades en las que el Estado debe intervenir para cumplir con sus funciones, cada vez más se ve precisado a recurrir a los servicios de los particulares mediante la vinculación de estos a través de la figura de la contratación por prestación de servicios. Sin embargo, ésta no debe ser la regla general, toda vez que la Administración Pública ha creado sus propios mecanismos de vinculación de personal mediante concurso público de méritos, pretendiendo que sus funcionarios cuenten con estabilidad, conocimientos y garantías sociales

que les permita dedicar todo su experticia a favor de su empleador, beneficios con los que no se cuenta cuando se contrata bajo prestación de servicios.

En ese orden, y ante la generalización de esta modalidad, es preciso reflexionar sobre las garantías que estos contratistas tienen frente al Estado y sí mediante esta contratación se está “evadiendo” el reclutamiento a través de los mecanismos creados por él mismo, por tanto, es objetivo de éste artículo dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿La indebida utilización del contrato de prestación de servicios, trasgrede el principio de primacía de la realidad sobre los derechos laborales en Colombia?.

Sea lo primero señalar que en el contexto referido, los derechos laborales fundamentales a los que se hace referencia son al trabajo, a la seguridad social y a la igualdad, toda vez que si el contratista es persistentemente vinculado mediante esta forma de contrato, el Estado está eludiendo su obligación de reclutarlo de forma permanente y brindarle las ya mencionadas garantías, aunque le éste ofreciendo una forma de ejercer su oficio o profesión.

Con el propósito de ahondar en este análisis, se presenta a continuación una síntesis de lo que significa cada uno de los conceptos presentados: contrato de trabajo y de prestación de servicios.

CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo lo define el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo³ partiendo de señalar los tres elementos fundamentales que configuran éste: subordinación, remuneración y realización de forma personal, aspectos que en todo caso serán definidos de manera más detallada en el artículo 23 del citado Código. Establece el mencionado artículo:

“ARTÍCULO 22. DEFINICIÓN.

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

³ Ley 50 de 1990 “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, (empleador), y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”

Sobre el particular son múltiples los estudios que se han adelantado, entre ellos el doctor (Rivera, 2012) que define el contrato de trabajo como aquel “mediante el cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un patrono, bajo la dependencia y mediante una remuneración”. (P. 17 y 18)

Reseña valiosa por lo reciente de su obra y el hecho de que comparte íntegramente la definición legal de contrato individual de trabajo, al reiterar los tres elementos sustanciales que permiten diferenciar este concepto del de contrato de prestación de servicios, razón por la cual es preciso revisar los citados elementos.

En primer lugar debe existir la actividad personal del trabajo, esto es que el mismo trabajador sea quien realiza la labor, la cual puede ser manual o intelectual. En segundo lugar se debe configurar la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, esto es lo que faculta al empleador a darle ordenes de cualquier tipo sin afectar el honor, la dignidad y los derechos del trabajador. También es entendida esta, como la obligación que tiene el trabajador de seguir las órdenes e instrucciones del empleador.

Este elemento es el aspecto diferenciador del contrato de trabajo como lo afirma (Khan-Freund, 1983) “No pueden darse relaciones de trabajo sin un poder de dirección y un deber de obediencia, es decir sin aquél elemento de subordinación en el cual justamente los juristas ven la señal inconfundible del contrato de trabajo” (P.45).

De igual forma (Americo Plá, 1978) en su obra al referirse a la relación y la existencia del contrato de trabajo, lo hace de la siguiente forma:

“De la conducta de dos personas puede deducirse la existencia de un contrato de trabajo, aún cuando los propios interesados tuvieran interés en negarlo (para burlar, por ejemplo, seguros sociales, ley de jornada, etc.)... Como el contrato existe, o al menos, a efectos legales se

presupone siempre existente, desde que una persona preste trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, aunque los sujetos de una relación laboral no quieran el contrato e incluso afirmen expresamente ante un órgano público que su relación de servicio no constituye contrato de trabajo, éste producirá efectos. La existencia del contrato de trabajo, excede, pues, de la voluntad expresamente exteriorizada por las partes. Se recurre para ello a la teoría del consentimiento tácito en unos casos, mientras que en otros basta la tesis de la mera imperatividad de las normas que en su aplicación han de prevenirse contra posibles intentos de evasión o desviación de sus efectos".(P.243)

Como se aprecia la configuración de la relación laboral bajo precisos factores y características no es exclusiva de nuestro país, en otros ordenamientos jurídicos responde básicamente a los mismos condicionantes, entre ellos la subordinación, entendida en los mismos términos que en el Código Sustantivo del Trabajo Colombiano.

Por último debe existir un salario como retribución o remuneración del servicio o labor que presta el empleado. Es un derecho del trabajador y una obligación forzosa del empleador de brindar una contraprestación económica por la actividad que el empleado desarrolla.

Al reunir estos tres elementos se entiende que existe el contrato de trabajo, y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, como lo estipula el numeral segundo del artículo 23 del citado Código:

“Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De cumplirse lo anterior, se establece una relación laboral, por tal razón no es necesario que dicho contrato conste por escrito o que estipule los anteriores elementos; así lo han establecido en numerosos pronunciamientos las Altas Cortes al concluir que prima la realidad frente a los formalismos legales.

Se encuentra tan protegido el vínculo laboral con el Estado que incluso se han expedido normas que claramente disponen que la generalidad debe ser la vinculación de las personas como servidores públicos y la excepción el contrato de prestación de servicios, por ejemplo, el Decreto 2209 de 1998⁴ modificadorio de los Decretos 1737 y 1738 de 1998 que consagra:

“Art. 3. Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán. Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, (sic) es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o aun cuando existiendo personal de planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo...”.

De igual forma con la expedición de la Ley 909 de 2004⁵ dispuso en su artículo 21 la figura de los empleos temporales con el fin de atender necesidades eventualmente cubiertas por contratistas de prestación de servicios; entendidas éstas por como señala (Atehortúa, 2010):

- “1. Cumplir con funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración.
 2. Desarrollar programas o proyectos de duración determinada
 3. Suplir necesidades de personal por sobre carga de trabajo, determinada por hechos excepcionales
 4. Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total no superior a 12 meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.”
- Incluso, contratar personal por prestación de servicios para atender funciones propias de la entidad gubernamental en las que se configuren los tres elementos esenciales del contrato de

⁴ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

trabajo, se considera falta gravísima, en los términos del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002⁶:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”. Numeral declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-094 de 2003.⁷

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Resulta indispensable entonces, tener presente que el vínculo jurídico al que se hace mención, equivale por regla general a lo que denomina (Quevedo, 2008), “vínculo laboral con la administración pública” (P. 7). Éste autor tiene varias manifestaciones a saber: una modalidad estatutaria, otra contractual laboral y una tercera de carácter temporal u ocasional donde confluyen los denominados auxiliares o colaboradores de la administración. A esta lista, el maestro (Younes, 2005), le suma los “funcionarios de seguridad social” (P.23), por razones de tipo históricas y el doctor (Naranjo, 2008) en su libro Estatuto General de Contratación de la Administración Pública señala “los contratos de prestación de servicios son aquellos contratos que desarrollan actividades propias de la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, que colabore, mejore o ayude con el giro ordinario de las actividades de la entidad estatal en operaciones manuales e incluso intelectuales, como ocurre como el mandato judicial”. (P.5).

Así mismo, el tratadista (Ricci, 2005) al referirse a los contratos de prestación de servicios, estipula que “estas actividades son aquellas indispensables para que las entidades puedan

⁶ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. www.corteconstitucional.gov.co. Consultado el 15 de Septiembre de 2013 a las 3:20 p.m.

acometer los proyectos de inversión que les corresponde, las actividades para evitar su paralización o para poder desarrollar la misión establecida en su acto creador. Son, en consecuencia, actividades que se desarrollan como un medio para lograr los fines que se les han establecido.”(P.249)

De donde se concluye con facilidad, que mediante el contrato de prestación de servicios el contratista apoya al Estado, en cualesquiera de sus niveles, de manera temporal, a desarrollar sus propias actividades y funciones en razón a que con su propio personal no es posible realizarlas, bien porque éste es insuficiente o bien porque los funcionarios públicos no cuentan con el conocimiento específico requerido.

No obstante, para ahondar en el asunto planteado es necesario conocer los antecedentes de orden normativo que han dado origen a los mencionados contratos de prestación de servicios, siendo la Ley 3 de 1930 la primera referencia que se tiene al respecto, en los siguientes términos:

“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 validos con la aprobación del consejo de ministros...”

Para 1968, el Gobierno Nacional expide el Decreto 2400⁸ el cual en el artículo 2 establece que “para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”, esto es, impone límites a la figura de la prestación de servicios.

Esta disposición fue modificada por medio del Decreto 3074 de 1968⁹, creando una condición especialísima que se mantiene hasta hoy, esto es, la imposibilidad de contratar mediante prestación de servicios el ejercicio de funciones permanentes, las cuales, como ya se ha dicho, corresponden al resorte exclusivo de los funcionarios de carrera de la Administración Pública. Dispone el citado decreto:

⁸ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

⁹ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.

“Artículo 2: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”¹⁰

En esa evolución del concepto de vinculación laboral con el Estado y la prestación de servicios, surge la definición de éste último en los artículos 163 y 164 del Decreto 222 de 1983¹¹, así como la determinación de los elementos y las clases que lo configuran:

“Artículo 163: 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 puedan cumplirse con personal de planta.

No podrá 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.

¹⁰ Se resalta el último inciso del artículo 2 del Decreto 3074 de 1968 ya que determina con total claridad la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones asignadas a las entidades estatales.

¹¹ Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

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”.

“ARTÍCULO 164: Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares”.

Finalmente, con la promulgación de la Ley 80 de 1993¹² o Estatuto General de Contratación Administrativa en su artículo 32, numeral 3, se define qué son contratos estatales de la siguiente forma:

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”.

Concepto que ha sido redefinido o por lo menos precisado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia proponiendo una definición específica de los contratos de prestación de servicios, teniendo en cuenta que son los principales contratos estatales; adicionalmente, las continuas irregularidades a las que ha sido sometida esta figura contractual por algunos agentes de la Administración Pública.

En efecto, el Consejo de Estado ha definido el contrato de prestación de servicios “como aquel que se celebra con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con el cumplimiento de funciones adscritas al a entidad pública contratante”¹³.

¹² Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, Modificada por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010.

¹³ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia expediente 7660 del 1 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente Rodríguez Rodríguez Libardo. www.consejodeestado.gov.co. Consultado el 11 de Septiembre de 2013 a las 3:00 p.m.

De igual manera, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997 estipuló que “en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada” (P.2).

La doctrina tampoco ha sido ajena a esta proliferación conceptual y respecto a la finalidad del contrato de prestación de servicios (Atehortúa, 2010) considera que ésta es desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante.

Con base en tales definiciones y precisiones del concepto de prestación de servicios, a continuación se presentan las características fundamentales del citado contrato, lo que permite identificarlo¹⁴:

Características contrato de prestación de servicios	
Bilateral:	Nacen obligaciones recíprocas para las partes contratantes.
Oneroso:	Se derivan provechos y gravámenes recíprocos para las partes.
Consensual:	Se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades.
Principal:	Tiene una vida autónoma, no requiere de ninguna obligación.
Intuitus Personae:	La identidad de las partes es determinante dentro del mismo contrato.

¹⁴ Tabla elaborada por los autores de este artículo, con información tomada de (Ricci, 2005), (Naranjo, 2008), (Quevedo, 2008) y (Conrado, 2009).

Tracto Sucesivo:	Las obligaciones se van cumpliendo a través destiempo por el contratista, excepcionalmente son de ejecución instantánea.
------------------	--

De donde se extrae que la Administración Pública solo podrá suscribir contratos de prestación de servicios y exigir su ejecución cuando se reúnan todos y cada una de los condicionantes que magistralmente fueron resumidos por la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997¹⁵:

- a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
- c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo...”.

Sin duda, la Corte Constitucional precisa las características básicas que constituyen el contrato de prestación de servicios, diferenciándolo del vínculo laboral. Resulta importante resaltar del pronunciamiento de la citada Corte el concepto de temporalidad del contrato de prestación de servicios y aunque no se señala de manera explícita hecho de que la obligación de hacer sea por

¹⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Herrera Vergara Hernando. www.corteconstitucional.gov.co. Consultado el 14 de Septiembre de 2013 a las 9:00 p.m.

un solo producto o servicio, en el contexto nacional se ha demostrado que el Estado contrata a la misma persona, con el mismo objeto por largos periodos de tiempo, pretendiendo romper el nexo contractual con lapsos pequeños sin vinculación que en la mayoría de los casos no excede de quince días.

Es allí donde cobra vigencia la parte final del extracto jurisprudencial mencionado, cuando se establece que, de infringir estas condiciones, surge el vínculo laboral y, por tanto, el reconocimiento de prestaciones sociales.

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO

Con los elementos de juicio señalados sobre la vinculación laboral con el Estado y los contratos de prestación de servicios que éste suscribe, es necesario entrar ahora a diferenciar uno y otro concepto a partir de las características básicas que asemejan o distancian unos de otros. Para tal efecto, se ilustra a través de una tabla este aspecto, de manera que resulte más fácil su apreciación¹⁶:

Diferencias en las modalidades contractuales		
Característica	Contrato de Prestación de Servicios	Contrato de Trabajo
Actividad personal del trabajador	Desarrollo de una actividad independiente por parte del contratista	Prestación personal y exclusiva del servicio por parte del empleado
Naturaleza Jurídica	Se realiza por parte de la administración para contratar personas Naturales y/o Jurídicas	Se realiza entre una persona Jurídica o natural, contrata una persona Natural

¹⁶ Tabla elaborada por los autores de este artículo, con información tomada de (Ricci, 2005), (Naranjo, 2008), (Quevedo, 2008), (Conrado, 2009) y (Echavarría, 2006).

<p>Exclusividad</p>	<p>Se pueden firmar y pactar varios contratos por prestación de servicios profesionales; por tanto no se predica exclusividad</p>	<p>Por regla general se requiere exclusividad, salvo algunas excepciones como el ejercicio de la docencia</p>
<p>Subordinación o dependencia</p>	<p>El contratista tiene autonomía para el desarrollo de las responsabilidades, asumidas en cumplimiento de lo pactado, lo cual supone un margen de discrecionalidad para disponer del tiempo en la ejecución del contrato.</p>	<p>El trabajador no cuenta con la absoluta independencia para la ejecución de lo ordenado, ya que debe estar sometido a la supervisión del empleador a través de las órdenes impartidas por sus superiores.</p>
<p>Duración</p>	<p>Por el tiempo de la ejecución del objeto contractual o el terminó establecido.</p>	<p>Terminó fijo o indefinido.</p>
<p>Retribución o Remuneración</p>	<p>Se reciben honorarios como contraprestación a sus servicios</p>	<p>Se recibe un salario o remuneración, la cual consisten en la contraprestación que el empleador entrega por su trabajo.</p>
<p>Jornada</p>	<p>No cumple una jornada específica u horario establecido, ya que el contratista tiene solo cumple un objetivo contractual</p>	<p>El empleado debe cumplir un horario, el cual se establece en el contrato de trabajo, no puede ser menor a 44 horas semanales.</p>
<p>Pago de prestaciones Sociales</p>	<p>El contratista no tiene derecho al pago o reconocimiento de alguna de las prestaciones sociales.</p>	<p>El trabajador tiene derecho al pago de horas extras y recargos contenidos en el artículo 24 de la Ley 50 de 1990, al igual que a las vacaciones de que trata el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, así mismo el pago de cesantías contenidas en el artículo 249 del citado código. Del mismo modo, al reconocimiento de la Prima de Servicios estipulada artículo 306 del CST.</p>

Seguridad Social	El contratista asume en su totalidad, el costo del aporte a salud, pensión y riesgos laborales.	Se comparten los pagos a salud y pensiones y el empleador asume la totalidad del costo de riesgos laborales
Regulación Legal	La prestación de servicios inherentes a profesiones liberales se registrará por la legislación civil. Igualmente regulados por el Estatuto General de la Contratación Administrativa.	Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, la Ley 50 del 1990 y sus reglamentarios.
Resolución de conflictos	Acudiendo a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo	Se realiza en la jurisdicción laboral conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, la Ley 50 del 1990.
Actividades y Funciones	Exclusivamente aquellas establecidas en el objeto contractual	Regulada por el manual de funciones del cargo.
Terminación del Contrato	Por el cumplimiento del objeto contractual o al término estipulado en el mismo contrato.	Por renuncia del empleado, por terminación unilateral y por justa causa, al igual que las causales contenidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo
Liquidación del contrato	El contratista no tiene derecho al reconocimiento y pago de liquidación o indemnización a la terminación del contrato.	Se debe liquidar e indemnizar de acuerdo a lo estipulado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como se señala en el cuadro el contratista por prestación de servicios tiene total autonomía al punto que puede ser ejecutado el convenio incluso por terceras personas diferentes del que lo suscribió, según determine el contratista. No tiene horario, no obedece instrucciones de quien lo contrató, ni un modo determinado de realizar el objeto contractual, salvo lo específicamente establecido en el contrato como la fecha de entrega, el resultado esperado, etc. Cosa diferente sucede en el contrato de trabajo donde el empleado debe garantizar, casi en todos los casos, que su labor se ejecuta exclusivamente con el patrono, de forma personal, cumplir estrictamente la

jornada de trabajo, aceptar la subordinación, lo cual significa que debe cumplir con las ordenes que le imparta el empleador y en consecuencia recibe a cambio un salario y prestaciones sociales entre otros emolumentos.

En ese mismo orden, la seguridad social se convierte en un factor más diferenciador, pues el contratista debe asumir la totalidad del pago por salud (12.5%)¹⁷, pensión (16%)¹⁸ riesgos profesionales (entre 0.522% y 6.96%)¹⁹ que son de obligatoria afiliación y a caja de compensación familiar que es voluntaria (2%), disponiendo de hasta del 30% de sus horarios para estos efectos; mientras que el trabajador dependiente de un empleador solo contribuye para el pago al Sistema de Seguridad Social Integral con el 8% de su salario toda vez que al empleador asume casi la totalidad de aportes a salud y pensión e íntegramente a riesgos profesionales y aportes parafiscales al SENA, ICBF y Caja de Compensación.

Desde otra perspectiva, pero sobre este mismo tema (Conrado, 2009) resume las más importantes diferencias entre un contrato de prestación de servicios y un contrato de trabajo de la siguiente manera:

- 1) “El contrato de prestación de servicios supone una actividad independiente que puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, mientras que el trabajador, está caracterizado por la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación de la misma.
- 2) La autonomía del contratista prestador de servicios le permite ejecutar simultáneamente otros contratos de prestación de servicios, mientras que el trabajador, salvo circunstancias especiales, tiene dedicación exclusiva haciendo incompatible el desempeño de otros contratos.
- 3) El contratista prestador de servicios está obligado en virtud del contrato al cumplimiento de una prestación inmaterial, determinada y precisa, luego, el servicio que presta es de naturaleza

¹⁷ Ver artículo 204 de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

¹⁸ Ver artículo 7 de la Ley 797 de 2003, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

¹⁹ Ver artículo 6 de la Ley 1562 de 2012, “Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional”

temporal, mientras que el trabajador hace parte del andamiaje de la empresa y, por ende, lo ampara un régimen de estabilidad.

- 4) El contratista prestador de servicios recibe como contraprestación el pago de honorarios sin derecho a prestaciones sociales, mientras que el trabajador recibe un salario cuyas prestaciones ampara el régimen laboral.
- 5) Las obligaciones y los derechos del contratista de la administración pública están regulados por el Estatuto General de la Contratación Administrativa, mientras que los derechos y las obligaciones del trabajador tienen regulación propia en las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.
- 6) Los conflictos derivados del contrato estatal de prestación de servicios tienen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo como juez natural, mientras que toda controversia originada en un contrato de trabajo debe ventilarse ante el juez laboral del circuito”.

De donde se deduce que hay unanimidad entre los autores y las Cortes en las características y diferencias que persisten entre ambas figuras jurídicas que nos ocupan: el vínculo laboral y la contratación por prestación de servicios, por lo que no habría razón para confundirlos o generar conflictos por la utilización por parte del Estado; no obstante, en la práctica no es así, razón por la cual en el capítulo siguiente se pretende explicar el principio realidad a partir de los hechos.

PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

Hay distintas opiniones en cuanto al concepto y definición del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, como lo describe el tratadista (Americo Plá, 1978) quien define este principio señalando que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”(P.92).

De igual forma (Betancourt, 2010) cita al Francisco Escobar Henríquez y su obra Actualidad Laboral, Principios del Derecho Laboral en la Nueva Constitución Nacional, en donde se estipula que “en materia laboral, deben preferirse los datos que ofrece la realidad por sobre aquéllos que figuren formalmente en acuerdos o documentos. Se trata de un postulado que mira más el aspecto fáctico o probatorio que el puramente legal”.(P.18)

Conceptos que garantizan una relación jurídica objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento, pues solo se debe tener en cuenta lo que acontece a través de la realidad y los hechos.

En la misma línea establece (Lafont, 1993), que el principio de primacía de la realidad debe prevalecer sobre las formas, ya que “al presentarse un conflicto entre la realidad y la forma jurídica contrato de trabajo, prevalecen los hechos, la práctica”.(P.67)

Sin duda, estos doctrinantes por medio de sus definiciones y conceptos, buscan, precisar el principio de primacía de la realidad, de tal manera que todos coinciden o son similares al afirmar que “debe primar y prevalecer la realidad sobre las formas, lo importante son los hechos”.

Así mismo, los autores también establecen, que dicho principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es aplicable a todo tipo de relación contractual y por lo tanto al contrato de prestación de servicios y demás contratos estatales contenidos en la Ley 80 de 1993.

La realidad ha demostrado que la Administración Pública ha dado un uso indebido a la contratación por prestación de servicios, pasando de ser un mecanismo excepcional a ser el generalizado e incluso mayoritario en las entidades gubernamentales, donde bajo la denominada “nómina paralela” se cuenta con personal que realiza las mismas actividades que aquellos servidores públicos nombrados de manera provisional o definitiva, y en consecuencia cumplen horario, y sobre ellos se ejerce supervisión y control en los mismos términos que a los otros funcionarios.

Posición que no comparte (Prats I Catalá, 2002) quien por el contrario afirma que “El sistema de patronazgo político, propende por un tributo al estado de partidos. Es un sistema cuyo fundamento no es otro que la producción de colaboradores fieles que aceptaran lo que un funcionario independiente rechazaría: la fidelidad a la persona o al partido suplanta la fidelidad a la institución. A este sistema se le atribuye la tendencia a administrar los cargos y empleos públicos como un botín electoral que, produce pérdida de competencia profesional, ineficiencia y

predominio de la lealtad partidista sobre el interés general, y a la postre, corrupción y deslegitimación del sistema político-administrativo”.(P.2).

Para este autor es a través de la entrega de los cargos de planta de la Administración que se hace política, mas no con los contratos de prestación de servicios pues estos son independientes, al no depender de ningún apoyo político, lo cual, por lo menos en Colombia no resulta exacto, pues ambas figuras jurídicas son un fortín político importante en todas las entidades públicas.

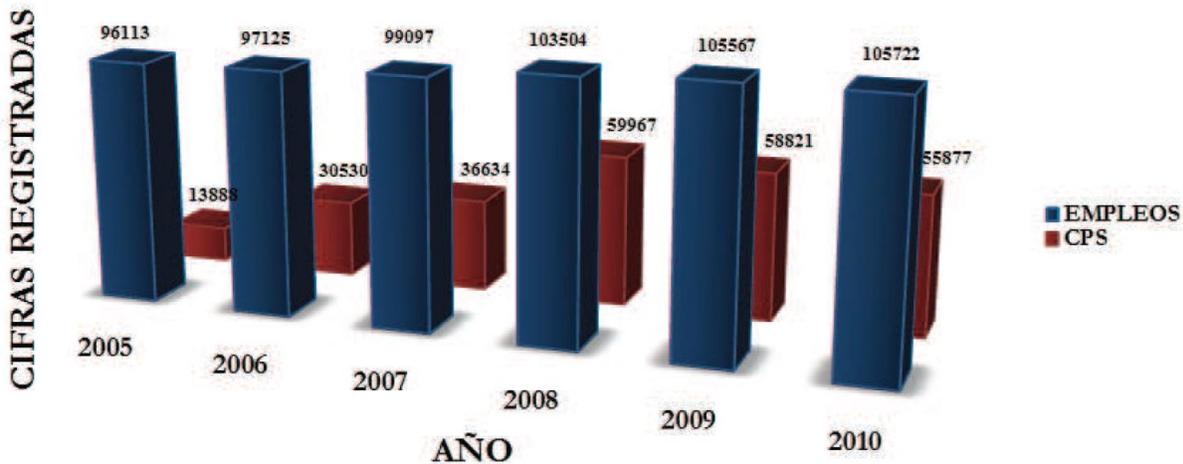
Otra es la posición de (Vidal, 1977), quien considera todo lo contrario al señalar que “al margen de la legalidad y de la necesidad de la contratación de servicios, las entidades públicas han incurrido en abuso de la figura por ser ésta un medio “utilizado para favorecer amigos y pagar favores políticos” (P.221). De donde se desprende que desde esta perspectiva, es a través de la contratación administrativa de prestación de servicios que se hace política.

Reiteramos: no se comparte ninguna de las dos apreciaciones mencionadas, pues se considera que tanto la vinculación laboral en entidades públicas como la suscripción de contratos son utilizados como fortín clientelista y burocrático.

De acuerdo con la forma como se ha utilizado el modelo de contratación por prestación de servicios afirma (Echavarría, 2006) que “se ha propiciado la conformación de una burocracia que posee dos características totalmente opuestas: por un lado, existe una dimensión ideal como actor neutral y profesional, que solo se evidencia en los mandatos constitucionales y legales que instan a la construcción de una función pública profesional, y del otro lado, un burocracia utilizada como recurso privado de los nominadores, que de tiempo en tiempo, han flexibilizado figuras como la del contrato de prestación de servicios, con fines a satisfacer intereses clientelistas.” (P.3)

Múltiples son las explicaciones para que se produzca tal situación, desde el escaso personal con que se cuenta de planta y que no es posible incrementar, hasta razones de índole política y burocrática porque este es un “fortín” particularmente en las entidades territoriales.

Lo anterior queda demostrado en la gráfica realizada por (PÉREZ, 2011)²⁰ que reseña la relación general de empleos de planta vs contratos de prestación de servicios.



De donde se puede inferir que los contratos de prestación de servicios han ido en aumento al pasar en el año 2005 de 13.888 a 55.877 en el año 2010, lo que representa un incremento del 400% en 6 años, mientras que el crecimiento del número de empleos de planta que fue tan solo del 10% en el mismo período.

Resultan especialmente significativas las variaciones de los últimos 3 años que registran en el año 2008, 59.967 contratistas de prestación de servicios, 58.821 en el 2009 y en el 2010 55.877 personas contratadas.

Lamentablemente, el estudio mencionado no incluye los valores de los contratos, pues con seguridad indicarían que los honorarios de estas personas son muchas veces superiores al

²⁰ Gráfico elaborado por la autora (PÉREZ, 2011), con base a la información suministrada por: Departamento Administrativo de la Función pública. “Respuesta a derecho de petición No 2011-206-054591-2”. Bogotá, 2011. Órganos principales del sector central: 13 Ministerios, 7 Departamentos Administrativos. Órganos secundarios del Sector Central, 3 Superintendencias sin personería jurídica, 4 Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, En el sector descentralizado: 46 Establecimientos Públicos, 7 Superintendencias con personería jurídica, y 14 Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica. Otros organismos: 8. Documento enviado directamente por la entidad. 11 de abril de 2011.

promedio de los salarios de los servidores públicos, aunque, por supuesto, no es posible hacer ese análisis simplista porque debe tenerse en cuenta en tal comparación el costo de las prestaciones económicas y demás beneficios de que gozan los funcionarios de planta. Lo que obsta para señalar que en todo caso, los honorarios si resultan elevados respecto a las obligaciones y compromisos que los contratistas puedan tener frente a la Administración pública. Para ilustrar este punto se presenta a continuación, a manera de ejemplo, algunos contratos que el Ministerio de Salud y Protección Social tiene vigentes a la fecha y los valores que por concepto de honorarios reconoce de manera mensual²¹.

	NOMBRE CONTRATISTA	OBJETO DEL CONTRATO	DEPENDENCIA SOLICITANTE	VR MES
1		Apoyar la gestión de la Subdirección de Salud Ambiental en las actividades de seguimiento a las Direcciones Territoriales de Salud, en relación con la implementación del Conpes 3550 de 2008 “Lineamientos para la formulación de la Política Integral de Salud Ambiental	DIRECCION DE PROMOCION Y PREVENCIÓN	16.973.815,00
2		Apoyar el análisis, salidas e indicadores de las fuentes de información en salud disponibles en el Ministerio de Salud y Protección Social	DIRECCION DE EPIDEMIOLOGIA Y DEMOGRAFIA	15.400.000,00
3		Prestar apoyo y asistencia técnica en la definición de la información relevante en materia económico social del banco de datos de la subdirección de enfermedades no transmisibles del Ministerio de Salud y Protección Social	DIRECCION DE PROMOCION Y PREVENCIÓN	14.667.420,73

²¹ Tabla elaborada por los autores de este artículo, se omite el nombre de los contratistas. Extraído para este análisis de la página web Ministerio de Salud y Protección Social, consultada el día 23 de octubre de 2013. <http://www.minsalud.gov.co/Contratacion/Forms/AllItems.aspx?RootFolder=%2FContratacion%2FContratos%202013%2FMinisterio%20de%20Salud%20y%20Proteccion%20Social&FolderCTID=0x012000D32944B9990B0F4EA22B8A94EF0FF156&View={5EFC7163-501B-4A87-A745-325F8A0985C2}>

4		Prestar asesoría en materia de comunicación, específicamente, en el análisis de las estrategias de comunicación que se requieran para el posicionamiento del Ministerio de Salud y Protección Social.	GRUPO DE COMUNICACIONES	14.336.326,53
5		Prestar apoyo en el nivel territorial, en las entidades que le sean asignadas, para la ejecución de los proyectos asociados al fortalecimiento de la prestación de servicios de salud, a cargo de la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria.	DIRECCION DE PRESTACION DE SERVICIOS Y ATENCION PRIMARIA	14.020.047,12
6		Brindar asesoría al Ministerio de Salud y Protección Social en el desarrollo e implementación del CONPES 155, y realizar el seguimiento al desarrollo normativo y de los programas y actividades establecidos en el mismo	SECRETARIA GENERAL	13.920.000,00
7		Apoyar los procesos de promoción social en salud con grupos étnicos”	OFICINA DE PROMOCIÓN SOCIAL	13.808.955,22
8		Apoyar a la Dirección de Aseguramiento en Salud, Riesgos Profesionales y Pensiones en la integración y asesoría de la ejecución del proyecto lineamientos de política para el mercado del aseguramiento a nivel nacional con el fin de garantizar el acceso a los servicios de salud en todo el territorio nacional, en el marco de la universalización, la unificación de planes de beneficios, el fomento empresarial, la prima de riesgo y la portabilidad	DIRECCION DE ASEGURAMIENTO EN SALUD.RIESGOS PROFESIONALES Y PENSIONES	13.795.222,22
9		Apoyar la elaboración de la muestra maestra para salud de estudios, mediciones y encuestas priorizados por el Ministerio de Salud y Protección Social	DIRECCION DE EPIDEMIOLOGIA Y DEMOGRAFIA	13.781.818,18

10		Apoyar y asesorar jurídicamente a la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud en la elaboración de documentos técnicos que sirvan de insumo para estructurar lineamientos rectores de políticas, planes, proyectos y programas de medicamentos biológicos incluyendo vacunas	DIRECCION DE MEDICAMENTOS Y TECNOLOGIA EN SALUD	13.680.000,00
----	--	--	---	---------------

En virtud de tales hechos y los recurrentes abusos en la contratación por prestación de servicios, surgen con inusitada frecuencia demandas por parte de contratistas que reclaman el reconocimiento de derechos laborales, las cuales terminan en un número importante a favor de éstos, lo que genera una línea jurisprudencial basada en el mencionado Principio Realidad, desarrollado doctrinalmente de forma amplia desde que el mismo fue expresamente consignado en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad...”²² (Resaltado fuera del texto) .

Es evidente que en esta materia la Constitución Política ha hecho un importante avance al reconocer, sin lugar a interpretaciones en otro sentido, que prevalece lo sustancial sobre lo formal en materia laboral, por tanto deberán confrontarse los hechos y la situación práctica del trabajador, frente a lo escrito o lo acordado entre las partes, imponiéndose la realidad.

²² Se resalta el segundo inciso del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, con el propósito de resaltar el aparte que establece el principio realidad.

Para (Escobar, 1991) la consagración Constitucional de este principio “resalta la trascendencia del hecho de que por primera vez se incluyera en la Constitución Política una serie de principios del derecho laboral, entre ellos el referenciado; lo cual refleja la necesidad que tuvo el constituyente de elevar a canon constitucional principios que reconocen la esencia del derecho laboral.”(p,12)

Con esta posición el autor, como muchos otros, reconoce la importancia que para el mundo jurídico laboral implicó la inclusión del principio realidad en la Constitución Política, al recoger una sentida necesidad que desde años atrás venía identificándose y que incluso habría podido no ser de talante constitucional, pero que ante la ausencia de reconocimiento en otros cuerpos normativos es de recibo en éste.

De igual forma (Villegas Arbeláez, 2009) identifica este principio como un mínimo fundamental en materia laboral, el cual “consigna que la realidad es prevalente y determinante frente a las formas o el papel, y no a la inversa, como es la creencia generalizada y deformada por el procedimiento”, posición crítica que se comparte, toda vez que, fue preciso que claramente la Carta Magna lo estipulara para que el poder ejecutivo y jurisdiccional dieran los primeros pasos en su aplicación y reconocimiento.

Por su parte (Guerrero, 1999) en un importante esfuerzo por enmarcar el principio realidad ha afirmado:

“La primacía de los hechos sobre las estipulaciones contenidas [o basadas] en un contrato no quiere decir que estas sean inútiles, ya que ellas cuentan con la presunción inicial de expresar la buena fe de las partes. Mientras no se demuestre, con la prueba de los hechos de que la conducta de las partes fue diferente de las estipulaciones formales, queda como válida la presunción de que el contrato refleja la voluntad verdadera de las partes. Lo que no puede invocarse es un documento escrito para que predomine sobre los hechos. En la oposición entre el mundo real de los hechos efectivos y el mundo formal de los documentos, no cabe duda de que debe preferirse el mundo de la realidad”.

Aporte importante, porque no es posible, en una interpretación amplia y que desborde el principio mismo que nos ocupa, asegurar que lo pactado en un contrato no tiene validez en si mismo porque el contratista realice actividades diversas a las pactadas o se configuren los elementos que hacen presumir la existencia de una relación laboral, porque en todo caso será preciso probar estos aspectos para su reconocimiento.

Sin embargo, en este punto han sido las Altas Cortes las que han interpretado con autoridad la primacía de la realidad sobre las formalidades, como se aprecia en los siguientes apartes:

“El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo substancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo substancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política” (Corte Constitucional. Sentencia C-023 de 1994²³).

La Sentencia C555 del 6 de diciembre de 1994, proferida por la Corte Constitucional indicó:

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

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-023/1994, V. Naranjo. Citado por: GUERRERO. Principios Fundamentales del derecho al trabajo. p.98; VILLEGAS., p.16; AVENDAÑO MURILLO, Germán E. La Constitucionalización de los derechos laborales. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley. 2009. p. 70. Parte I y DUEÑAS QUEVEDO, Clara C. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008. pp. 77-78

internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato”

Se expone el espíritu de la norma por parte de la Corte Constitucional insistiendo en lo tantas veces mencionado, respecto a la prevalencia de la realidad sobre lo formal, y señalando que esta no puede ser invalidada por lo formal.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el día 30 de septiembre de 2003, en expediente No. 20933 manifiesta:

“Ahora bien, si en aras a dilucidar el tópico jurídico en discusión la Corte por amplitud se adentrara en su estudio, encontraría que ningún error cometió el ad quem al concluir la validez de la cláusula sobre duración del contrato, porque la declaración judicial de primacía de la realidad para efectos de catalogar como laboral un contrato que se calificó como civil o comercial, en ningún caso tiene las consecuencias que pretende el impugnante en el sentido de considerar ineficaces las cláusulas contractuales en su conjunto, puesto que puede haber en ese contrato estipulaciones, fruto del acuerdo de voluntades, que no contraríen el orden legal, ni afecten el mínimo legal, ni impliquen la existencia de un objeto o causa ilícitas, como es en el presente caso la regulación atinente a la duración del contrato, el cual persiste y produce efectos a pesar de aquella declaración, conforme se desprende del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, que se refiere a las cláusulas ineficaces en el ámbito laboral.

La potestad que otorgan a los jueces laborales los artículos 53 de la Constitución Política y 23 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo realidad desechando las formalidades que brote de los documentos , de ninguna manera tiene un alcance que vaya más allá de esa simple declaración por cuanto es claro que lo que las mentadas disposiciones persiguen es evitar que mediante artificios se pretenda ocultar, bajo otro empaque, la relación de trabajo, protegiendo de esa forma el derecho de los empleados subordinados a percibir el mínimo garantizado legalmente”.

La Sentencia 8291 del 22 de agosto de 1996, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral:

“Es principio fundamental del derecho laboral consagrado en el ordinal segundo del artículo 23 del C. S. del T., la primacía del contrato realidad sobre los medios formales usados por las partes para vincularse entre sí, de suerte que sobre las condiciones aparentes en cuanto a modalidad, lugar de servicio, funciones, remuneración y otras, prima la situación objetiva del trabajador y los hechos que hayan rodeado la prestación del servicio. De esta suerte resulta intrascendente la discusión planteada por la censura sobre el fenómeno de la simulación, como que la ley autoriza al juez laboral para desentrañar la naturaleza del contrato realidad con un fin eminentemente protector del trabajador tal como lo hizo el ad-quem en el sub-lite al concluir que el contrato celebrado entre las partes incluía en la remuneración pactada las comisiones pagadas a un aparente tercero en razón de que su causación se originaba en la prestación de un servicio personal del trabajador”

Visto lo anterior, es preciso señalar que desde todas las aristas jurídicas se ha consagrado que no puede primar lo formal, como el contrato escrito de prestación de servicios, sobre lo sustancial que es la realidad a la que se ve abocado el contratista al tener que responder por un horario laboral, una jornada de trabajo, subordinación, incluso con acoso laboral, y en general todas las formas que tipifican la vinculación laboral, sin los beneficios y garantías de que gozan los servidores públicos.

En ese orden, se considera que en aquellos casos en los que los contratistas son sometidos a situaciones que asemejan a las que deben cumplir los funcionarios de carrera administrativa con sucesivos contratos, incluso por periodos de muchos años, se está dando una indebida utilización del contrato de prestación de servicios, trasgrediendo de esta manera el principio de primacía de la realidad sobre los derechos laborales en Colombia.

De esta manera se infringe por el Estado los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad, de estos trabajadores y les asiste la posibilidad de ejercer las acciones que consideren pertinentes; sin embargo, corresponde a la Administración Pública someterse a las normas vigentes y regular su actuar a las mismas.

CONCLUSIONES

Con el propósito de resumir los puntos principales de éste proyecto y revisar si se dio respuesta a la pregunta formulada al inicio del trabajo, se concluye:

1. Las relaciones laborales se constituyen con la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración.
2. El Estado se encuentra facultado para celebrar contratos de prestación de servicios cuando la actividad no puede llevarse a cabo con personal de planta o requiera de conocimientos especializados la labor a desarrollar.
3. Ante la constante distorsión del contrato de prestación de servicios por parte de la Administración Pública que los terminaba asimilando en la práctica al vínculo laboral, se desarrolla el principio realidad en el contrato de prestación de servicios.
4. El principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, está consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.
5. En el marco del principio realidad, el contratista que demuestre que en el ejercicio de la actividad para la que fue contratado se configuran los tres elementos constitutivos de la relación laboral, desvirtúa el contrato de prestación de servicios.
6. Cuando se transforma la contratación de servicios en contrato realidad surge el derecho al pago de las prestaciones sociales, mediante una indemnización, con base en los honorarios pactados en el contrato.
7. El que se demuestre una relación laboral como consecuencia de la aplicación del principio realidad, no concede al contratista la calidad de empleado público por el solo hecho de trabajar con el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Atehortúa, C. E. (2010). *Temas contratos estatales*. Biblioteca jurídica Dike.
- Betancourt, R. B. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. *Criterio jurídico garantista*, 252-264.
- Conrado, B. C. (2009). *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*. Bogotá: Universidad Católica.
- Echavarría, K. (2006). Caracterización empírica de las burocracias Latinoamericanas: configuraciones y roles en el proceso de elaboración de las políticas públicas. *CLAD Reforma y Democracia.*, 3.
- Escobar, F. (1991). Los principios del derecho laboral en la Nueva Constitución. *Actualidad laboral*. No. 48, 12.
- Guerrero, G. (1999). *Principios Fundamentales del derecho al trabajo*. Bogotá: Leyer.
- Khan-Freund, O. (1983). *El derecho laboral y la ley*. Oxford: Stevens.
- Lafont, F. (1993). *Tratado de Derecho Laboral Individual*. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho.
- Naranjo, C. E. (2008). *Estatuto General de Contratación*. Bogotá: Legis.
- Pérez, S. J. (2011). *Análisis de la incidencia del contrato de prestación de servicios en el funcionamiento de la administración pública colombiana*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.
- Américo Plá, R. (1978). *América. Los principios del derecho del trabajo*, 2' Ed. Buenos Aires: De palma.
- Prats I Catalá, J. (2002). *Del clientelismo al mérito en el empleo público: análisis de un cambio institucional*. Catalunya: Universidad Oberta.
- Quevedo, C. (2008). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Ibáñez.

Ricci, P. (2005). *El régimen jurídico de los Contratos Estatales, Primera edición*. Bogotá D.C.: Ediciones Universidad Externado de Colombia.

Rivera, C. D. (2012). *Diccionario de derecho laboral*. Bogotá: Temis.

Vidal, J. (1977). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Banco Popular.

Villegas Arbelaez, J. (2009). *Derecho Administrativo Laboral, Tomo I*. Bogotá: Legis.

Younes, D. (2005). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Temis.

Leyes y Jurisprudencia

Colombia, Constitución Política de Colombia de 1991, Gaceta Constitucional No. 116, Bogotá D.C. 20 de julio de 1991.

Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” Bogotá D.C. 28 de octubre de 1993.

Colombia, Congreso de la República, Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, Bogotá D.C. 23 de diciembre de 1993.

Colombia, Congreso de la República, Ley 50 de 1993 “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, Bogotá D.C. 28 de diciembre de 1993.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1737 de 1998 “Por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público, Bogotá D.C. 21 de agosto de 1998.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1738 de 1998 “Por el cual se dictan medias para la debida recaudación y administración de las rentas y caudales públicos tendientes a reducir el gasto público”, Bogotá D.C. 21 de agosto de 1998.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2209 de 1998 “por el cual se modifican parcialmente los Decretos 1737 y 1738 del 21 de agosto de 1998”, Bogotá D.C. 21 de octubre de 1998.

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico.” Bogotá D.C. 5 de febrero de 2002.

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 797 de 2003, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.” Bogotá D.C. 29 de enero de 2003.

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” Bogotá D.C. 23 de septiembre de 2004.

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 1562 de 2012, “Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional” Bogotá D.C. 11 de julio de 2012.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2400 de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”, Bogotá D.C. 19 de septiembre de 1968.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 3074 de 1968 “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968”, Bogotá D.C. 17 de diciembre de 1968.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 222 de 1983 “por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”, Bogotá D.C. 2 de febrero de 1983.

Colombia, Corte Constitucional, Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, sentencia C-023 de 1994, expediente D-353, Bogotá D.C. 27 de enero de 1994.

Colombia, Corte Constitucional, Magistrado Dr. Ramón Zuñiga Valverde, sentencia C-8291 de 1996, Bogotá D.C. 22 de agosto de 1996.

Colombia, Corte Constitucional, Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia C-555 de 1994, expediente N° D-572, Bogotá D.C. 6 de diciembre de 1994.

Colombia, Corte Constitucional, Magistrado Dr. Jaime Córdoba Triviño, sentencia C-094 de 2003, expediente D-4023, Bogotá D.C. 11 de febrero de 2003.

Publicaciones Electrónicas

Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Sección Contratación, Documentos, Consultado el día 23 de octubre de 2013, a las 12:30 PM.
<http://www.minsalud.gov.co/Contratacion/Forms/AllItems.aspx?RootFolder=%2FContratacion%2FContratos%202013%2FMinisterio%20de%20Salud%20y%20Proteccion%20Social&FolderCTID=0x012000D32944B9990B0F4EA22B8A94EF0FF156&View={5EFC7163-501B-4A87-A745-325F8A0985C2}>