

**CONTRATO DE PRESTACION SE SERVICIOS: ¿OCULTA RELACIONES  
LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRATÁNDOSE DE  
TRABAJADORES OFICIALES?**

**DIANA CAROLINA TAPIA HUERTAS  
LUIS ARMANDO DELGADO MERA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
POS GRADO EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL  
OBERVATORIO DE JUSTICIA-AREA LABORAL  
SAN JUAN DE PASTO  
2010**

**CONTRATO DE PRESTACION SE SERVICIOS: ¿OCULTA RELACIONES  
LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRATÁNDOSE DE  
TRABAJADORES OFICIALES?**

**DIANA CAROLINA TAPIA HUERTAS  
LUIS ARMANDO DELGADO MERA**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de  
Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social**

**Asesora:  
Dra. María Angélica Hernández**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
POS GRADO EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL  
OBERVATORIO DE JUSTICIA-AREA LABORAL  
SAN JUAN DE PASTO  
2010**

El pensamiento que se expresa en esta obra es de exclusiva responsabilidad de sus autores y no compromete la ideología de la Universidad de Nariño.

Artículo 1º. Del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la universidad de Nariño.

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

**Firma del presidente del Jurado:**

---

---

**Jurado**

---

**Jurado**

**San Juan de Pasto, Noviembre de 2010**

## **DEDICATORIA**

Acompañada de la bendición de Dios y con la gratitud aprendida en mi familia, dedico un triunfo más a mi Padre, mi gran compañero y amigo; a mi señora Madre, mujer maravillosa y paciente; a mi pequeña y traviesa José. Mi vida hermosa, son muchas las expresiones de afecto y, siguiendo su guía, simplemente Gracias.

**Diana Carolina Tapia**

A mi madre, fuente de todas mis virtudes y a mis hijos María Fernanda e Ismael, el mejor regalo de Dios, les dedico éste triunfo.

**Luis Armando Delgado Mera**

## RESUMEN

### **CONTRATO DE PRESTACION SE SERVICIOS: ¿OCULTA RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRATÁNDOSE DE TRABAJADORES OFICIALES?**

El contrato de trabajo realidad, es aquel contrato que aunque no se definió, ni formalizó, la ley considera que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador.

Conocido es, que un contrato de trabajo puede ser verbal o escrito, y en cualquier caso tiene la misma validez ante la ley.

Pero en algunos casos, entre el trabajador y el empleador no se acuerda ningún contrato de trabajo, sino que se recurre a otro tipo de figura como lo es el contrato de prestación de servicios.

Pero independientemente de la figura que se utilice, si en el fondo del asunto, en la realidad, se dan las condiciones propias de un contrato de trabajo, primará la realidad de la relación contractual frente a cualquier formalidad acordada entre las partes; de allí la denominación de contrato realidad. No importa como se ha llamado el contrato, pero si la realidad indica que es un contrato de trabajo, así será considerado por la ley.

La misma ley laboral ha considerado que no importan las formalidades, lo que importa es lo que realmente suceda en una relación contractual entre las partes, de modo que de poco sirve recurrir a maniobras, figuras y artificios para ocultar o disfrazar una relación laboral, pues la realidad será la que se impondrá, y en lo que tiene que ver con una relación de trabajo que por su misma naturaleza debe ser laboral, indiscutiblemente será laboral por expreso mandato legal, bien el trabajador se desempeñe en el sector privado o público como sucede con los trabajadores oficiales..

## **ABSTRACT**

### **PERSONAL SERVICE CONTRACT: THAT HIDE A LABOR RELATION IN THE PUBLIC ADMINISTRATION?**

The work contract or worker's contract is a contract what's not defined, but it's real, It's for the labor what the worker does.

The work contract can be verbal or written. Those two are valuable for the law. In some cases between employee and employer there isn't a labor contract, the worker is just hired for personal services.

If there are the rights conditions for a labor contract, it's not important the name of the contract, for the law it is a valuable contract.

The worker's law says it's not of any important what the contract is called only just what happened in reality. The private and the public sector have the same rights.

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
1. ANTECEDENTES.....	10
2. ADMINISTRACION PÚBLICA.....	11
3. FUNCION PÚBLICA .....	12
4. FORMAS DE VINCULACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN .....	13
5. COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL .....	17
6. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD FRENTE AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS .....	18
7. LA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA.....	19
8. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	22
9. CASO INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES .....	24
10. CONCLUSIONES .....	29
BIBLIOGRAFIA .....	30



## GLOSARIO

**Contrato de prestación de servicios:** Son los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

**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.

**Contrato realidad:** Aquella relación que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera vinculación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

**Servidor público:** Son las personas que prestan sus servicios al Estado o a la administración pública. El término de servidor público se utiliza desde la Constitución de 1991, en donde se afirma que éstos son empleados al servicio del Estado y de la comunidad.

**Empleado público:** Personas que prestan sus servicios al Estado que están vinculados formalmente a la entidad correspondiente (nombramiento y posesión); es decir, cumplen funciones que están establecidas con anterioridad.

**Trabajador oficial:** Personas que prestan sus servicios al Estado que se vinculan mediante contratos de trabajo, contratos que pueden rescindirse de acuerdo con el desempeño mostrado por el trabajador.

**Función pública:** Es el estudio de las relaciones labores entre el estado y sus servidores.

## 1. ANTECEDENTES

Históricamente ha sido una preocupación constante de todos los gobiernos del mundo la humanización de las relaciones laborales. Se busca que estas se sustenten en la protección del trabajador considerando las desigualdades que afectan las relaciones existentes entre él y el empleador, bajo el respeto de los principios de dignidad, de eliminación de toda discriminación y procurando equilibrar, hoy más que en otros tiempos, los derechos laborales y el crecimiento económico.

En armonía con este ideario, la legislación Colombiana ha acomodado su espíritu a la tendencia internacional de humanizar las relaciones laborales. Sin embargo, pese a existir legislación protectora de los derechos de los trabajadores, a menudo al aplicarla se distorsionan sus fines y se equivocan sus prescripciones. La realidad suele ser diferente a lo que muestran las formas utilizadas en algunas relaciones contractuales, que al analizarlas con detenimiento se determina que mimetizan verdaderas relaciones laborales.

Este escrito pretende hacer una evaluación crítica de una forma de vinculación de personal en la administración pública, el contrato de prestación de servicios, que con frecuencia es utilizado desconociendo sus fines y requisitos, en detrimento de los derechos de trabajadores que si fueran vinculados por contrato de trabajo, tendrían la garantía de acceder a todas las prerrogativas y derechos que él comporta. Nos ocuparemos principalmente de los contratos de prestación de servicios que camuflan relaciones laborales de servidores públicos que han debido ser vinculados por contrato de trabajo y no de los servidores públicos que por las funciones que cumplen deben acceder a la administración pública a través de una vinculación legal y reglamentaria. Las controversias judiciales de los primeros son resueltas por la justicia ordinaria, en tanto que la de los segundos por la justicia administrativa.

Para cumplir el cometido propuesto en el párrafo anterior, es necesario hacer una breve reseña de la organización de la administración pública y un repaso por el tema de función pública con el objeto de establecer con precisión que servidores públicos deben acceder a la administración mediante contrato de trabajo; para posteriormente abordar el tema de contratación pública – contrato de prestación de servicios en oposición al contrato de trabajo, con énfasis en el estudio de los principios constitucionales del derecho al trabajo y el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Reseñaremos algunas sentencias importantes sobre los temas aludidos, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional. Finalmente formularemos algunas reflexiones en torno a los temas tratados que a manera de conclusión recogerán nuestro pensamiento.

## 2. ADMINISTRACION PÚBLICA

El conjunto de órganos, entidades o dependencias, normas, procedimientos conforman la administración pública. La ley 489 de 1998 determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública. La actividad de la administración se lleva a cabo siempre dentro del marco de una persona jurídica pública y serán empleados todas las personas naturales que trabajan para esa persona jurídica.

Las reformas administrativas son un problema organizacional, mientras que las reformas del estado son un problema político.

Con fundamento en varios textos legales, como los Decretos leyes 1222 de 1986, 1333 de 1986 y la leyes 128 y 136 de 1994, 489 de 1998 y la Constitución Política de 1991, puede decirse que en el régimen jurídico colombiano las personas jurídicas públicas o “entidades públicas”, son aquellos organismos de origen estatal, cuyo capital o patrimonio también es estatal o público, a los cuales el ordenamiento jurídico les ha reconocido el carácter de personas jurídicas y que por regla general se encuentran sometidos al derecho público, salvo excepciones legales.

Así, son personas jurídicas públicas en Colombia:

La Nación que personifica al Estado, los departamentos, los municipios, los distritos, las asociaciones de municipios, las áreas metropolitanas, las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas industriales y comerciales del Estado o de las otras entidades territoriales, las sociedades de economía mixta, las sociedad públicas, el Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la comisión nacional de televisión, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las instituciones financieras nacionalizadas, el fondo de garantías de instituciones financieras y el fondo de garantías de entidades cooperativas.

No obstante esta clasificación que se encuentra descrita en el artículo 38 de la ley 489 de 1998, la ley 80 de 1993 (estatuto de contratación pública – artículo 2) reconoce capacidad para contratar a todas las que denomina entidades estatales como por ejemplo la Fiscalía General de la Nación o el Senado, lo que parece una ampliación del reconocimiento de personalidad jurídica a todas estas entidades.

### 3. FUNCION PÚBLICA

Es el estudio de las relaciones labores entre el estado y sus servidores.

¿Quiénes son servidores públicos?

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 123 de la Constitución Política, el concepto de servidor público, es un fenómeno genérico que engloba varias especies.

Miembros de las Corporaciones Públicas: Senadores y Representantes a la Cámara, los Diputados, Concejales y miembros de las Juntas Administradoras Locales.

Empleados: Prestan sus servicios al Estado, se les ha denominado empleados públicos y trabajadores oficiales.

Empleado Público: Persona natural que ejerce las funciones correspondientes a un empleo público, su vínculo se realiza a través de un acto administrativo unilateral de nombramiento, mediante vinculación legal y reglamentaria.

Trabajador Oficial: Tienen este carácter quienes prestan sus servicios en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas y su vinculación laboral se realiza mediante un contrato de trabajo. Igualmente lo son quienes laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado.

Además se consideran servidores públicos para efectos penales:

- Los miembros de la fuerza pública.
- Los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria.
- Los funcionarios empleados y contratistas del Banco de la República.
- Los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha Contra la Corrupción.
- Las personas que administran los recursos del artículo 338 de la Constitución política; como las contribuciones fiscales o parafiscales, tarifas, impuestos, tasas, valores etc.
- De la misma forma se aplicará para efectos la contratación estatal ley 80 de 1.993.
- Interventores.
- Consultores.
- Asesores.
- Contratistas.

#### 4. FORMAS DE VINCULACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN

Tradicionalmente se han utilizado las expresiones funcionario o empleado oficial para referirse a las personas que prestan sus servicios a las entidades públicas, pero sabemos que en la actualidad no existe un régimen unificado para todos los servidores estatales; en primer lugar encontramos que los empleados en las diversas ramas del poder público están sometidos a normas diferentes, por ejemplo, existe un estatuto para los empleados del Congreso, otro para los empleados o funcionarios de la rama jurisdiccional que cubre también a los del Ministerio Público, otro para los empleados de la rama administrativa y otro para los de la Contraloría General de la República, entre otras.

La duración del vínculo del funcionario con la administración tiene también sus características según se trate de un empleado público o un trabajador oficial, en efecto a los empleados públicos se les considera funcionarios de carrera cuando han solicitado y obtenido su admisión en la carrera administrativa, en cuanto que los trabajadores oficiales se vinculan a la administración por medio de un contrato de trabajo, y tanto su permanencia como desvinculación deben ceñirse a las normas que rigen la materia.

Para empezar entonces a dirimir el problema de la vinculación vamos a identificar quienes son los empleados públicos, trabajadores oficiales, y los de un grupo intermedio entre estas dos categorías que son los llamados trabajadores de la seguridad social.

Empleados Públicos: Según lo determina el artículo 5 del decreto 3135 de 1968, el artículo 2 del decreto 1848 de 1969, el artículo 3 del decreto 1950 de 1973, el artículo 1 de la ley 909 de 2004, son empleados o funcionarios públicos las siguientes personas:

- Las que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, por regla general, salvo las que presten servicios en la construcción y mantenimiento de obras públicas.
- Las que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, salvo las que lo presten en la construcción y mantenimiento de obras públicas y aquellas otras que desempeñen actividades que los estatutos determinen como susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales; estas últimas actividades solo pueden corresponder a empleos de carácter puramente auxiliar y operativo, según lo ordena el artículo 76 del decreto 1042 de 1978.
- Las que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en actividades de dirección o confianza determinadas en los estatutos.

- Las que prestan sus servicios en las Sociedades de Economía Mixta con capital público igual o superior al noventa por ciento, en actividades de dirección o confianza determinadas en los estatutos, según se desprende del artículo 3 del decreto 3130 de 1986 y de la interpretación jurisprudencial.
- De acuerdo con los decretos 1975 y 2163 de 1970, los registradores, los notarios y sus empleados subalternos son igualmente empleados públicos.

Estos empleados se caracterizan por estar vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria; esta vinculación se manifiesta en la práctica por el acto de nombramiento y posesión del empleado, y quiere decir que el régimen al cual quedan sometidos está previamente determinado en la ley, de manera que no hay posibilidad legal de discutir y acordar con la administración las condiciones de prestación del servicio, ni al momento del nombramiento ni posterior a la posesión, ya que ellos solo pueden presentar peticiones respetuosas a la administración.

Las controversias que se susciten entre los empleados públicos y las entidades empleadoras por la razón de la interpretación de la naturaleza de las normas que rigen su relación con la administración, deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el régimen que se aplica por tanto a estos empleados es de derecho público.

Trabajadores oficiales: De acuerdo con lo establecido por el artículo 5 del decreto 3135 de 1968, artículo 3 del decreto 1848 de 1969 y el artículo 3 del decreto 1950 de 1973 son trabajadores oficiales las siguientes personas:

- Las que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias en labores o actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas.
- Las que prestan sus servicios en establecimientos públicos en actividades de construcción y mantenimiento de obras públicas y en aquellas otras actividades que los estatutos determinen como susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales.
- Las que prestan sus servicios en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, salvo las que desarrollan actividades de dirección o confianza determinadas en los estatutos.
- Las que prestan sus servicios en sociedades de Economía Mixta con capital público superior al cincuenta por ciento y menor del noventa por ciento del capital social, según lo ha interpretado la jurisprudencia, lo mismo que las que prestan sus servicios en Sociedades de Economía Mixta con capital público

igual o superior al noventa por ciento del capital social en actividades diferentes a las de dirección y de confianza determinadas en los estatutos.

- Quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo (Artículo 26 Ley 10 de 1990 y artículo 195 de la ley 100 de 1993)

Es preciso resaltar que, a manera de información éstos son algunas de las personas que bajo el marco normativo e interpretación jurisprudencial se consideran como servidores públicos, pues no se puede desconocer que en la medida en que hayan nuevas normas legislativas y reglamentarias, serán más los funcionarios que se adquieran este estatus, lo que sin duda alguna genera vacíos jurídicos cuando a la hora de hacer efectivos los derechos laborales se refiere.

Esto deja ver que la ley ha escogido por regla general el criterio orgánico, es decir, el que se refiere a la clase de organismo en que se prestan los servicios para calificar la naturaleza del vínculo, para establecer las excepciones a esa regla general, la ley ha acudido al criterio de la naturaleza de la actividad o función desempeñada.

La característica principal de estos trabajadores oficiales, consiste en que se encuentran vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, lo cual los ubica en una relación de carácter contractual laboral semejante a la de los trabajadores particulares; la consecuencia más importante de esta relación contractual laboral consiste en que las normas a ellos aplicables constituyen apenas un mínimo de garantías a su favor, de modo que es posible discutir las condiciones laborales, tanto al momento de celebrar el contrato como posteriormente por medio de pliego de peticiones, los cuales pueden dar por resultado una convención colectiva, un pacto colectivo; debe tenerse en cuenta, sin embargo, que si se trata de trabajadores de un servicio público esencial no pueden hacer huelga; el régimen jurídico que se aplica a estos trabajadores oficiales es en principio de derecho común, y en consecuencia, los conflictos laborales que surjan, son de competencia de los jueces laborales; sin embargo, algunas normas de derecho público son aplicables a los trabajadores oficiales, como es el caso de las normas de régimen prestacional contenidos en los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, los cuales establecen que dichas normas se aplicarán a los trabajadores oficiales como garantías mínimas, sin perjuicio de lo que se establezca en la convenciones colectivas.

Ahora bien, entrando en materia de discusión, tanto en la legislación laboral como en la jurisprudencia constitucional se han fijados tres elementos esenciales de la contratación laboral, exigidos para que con su mera concurrencia e independientemente de las formalidades u otros nombres que se le busque dar,

nos encontremos en un contrato laboral, estos son básicamente 1) la existencia de la prestación personal del servicio, 2) la continuada subordinación laboral y 3) la remuneración como contraprestación del mismo.

La subordinación del trabajador frente a su empleador constituye el elemento diferenciador frente a otras formas contractuales en las que alguien, persona natural o jurídica, ofrece sus servicios profesionales. De suerte que la jurisprudencia constitucional más reciente ha venido reforzando este factor al definir la relación laboral y distinguirla de la contractual de prestación de servicios, de la siguiente manera: *“Un contrato de orden laboral se caracteriza básicamente por responder a una relación de subordinación de quien presta su capacidad laboral bajo órdenes de otra persona, quien le puede imponer un horario y un lugar de trabajo definido, y todo ello a cambio del pago de una remuneración.”*<sup>1</sup>

Mientras que en la misma decisión se determinó que la prestación de servicios consiste en: *“(...) una obligación de hacer, en el cual el contratista goza de autonomía e independencia para desempeñar su trabajo, cuya vigencia es breve y excepcional, y por tal razón no genera prestaciones sociales (...).”*

---

<sup>1</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-214/05, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



## 5. COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL

Establecida la naturaleza de los trabajadores oficiales, las controversias que se susciten entre los trabajadores oficiales y las entidades empleadoras por motivo de la interpretación de la naturaleza de las normas que rigen su relación con la administración, se ventilan ante la Jurisdicción Laboral, en tanto que la de los empleados públicos corresponde a la Jurisdicción de los Contencioso Administrativo.

Así, tratándose del contrato de prestación de servicios, la legislación laboral Colombiana, no lo define, ni reglamenta, tan solo por disposición del artículo 2° de la Ley 712 de 2001, el legislador asignó a la jurisdicción en su especialidad laboral, conocer las controversias surgidas en *"el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera sea la relación que los motive"*.

En el evento de que concurran los elementos que consagra el artículo 23 del C.S.T, podríamos estar frente a un contrato de trabajo que genera el pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales, como es la afiliación a la seguridad social, pago de parafiscales, auxilio de transporte, salario, vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicios, calzado y vestido de labor, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horas extras y recargos diurnos y nocturnos, declaración que corresponde por competencia a un juez laboral.

## **6. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD FRENTE AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

La Corte Constitucional ha cristalizado bajo la noción de “contrato realidad”,<sup>2</sup> aquella relación que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera vinculación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma (Art. 228 de la Constitución).

La premisa del principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades no es más que un contundente compromiso de la Constitución con la igualdad material y el Estado Social de Derecho, en donde el que entrega su fuerza de trabajo sometido a un horario y acatando órdenes, debe ser revestido de las garantías y prestaciones propias del derecho laboral, independientemente del disfraz contractual que hubiese pactado.

En palabras de la Corte,

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-166 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>3</sup> COLOMBIA. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

## 7. LA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA

Como ya se ha podido advertir, es entonces la subordinación o dependencia en las relaciones contractuales, públicas o privadas, uno de los tres elementos que genera una vinculación laboral.

Es importante tener presente que a partir de la sentencia C-665/98, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 50 de 1990 determinó que la carga de la prueba de la subordinación recae en el empleador. En esa oportunidad la Corte expresó:

“Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica.

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario.

El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el Juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente.”(...)

Esto, desde luego, no significa que desaparezcan las posibilidades de contratos civiles o comerciales, o con profesionales liberales, desde luego, mientras no constituyan apenas una fórmula usada por quien en realidad es patrono y no contratante para burlar los derechos reconocidos en la Constitución y la ley a los trabajadores.” (Subrayas fuera de texto)

Situación que también fue extendida a los contratos de prestación de servicios con el Estado, mediante la providencia C-154/97 que al analizar la constitucionalidad del numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa", y en el que expresamente se estipulaba que “**En ningún caso** estos contratos (de prestación de servicios) **generan relación laboral ni prestaciones sociales** y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”, la Corte declaró exequibles tales expresiones pero incorporando en su interpretación “**salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.**” (Negritas y subrayas fuera de texto)

En ese momento, la Corte en forma clara acuñó el principio del contrato realidad como elemento estructural de la legislación laboral bajo los siguientes términos:

“Como quiera que la argumentación esbozada por los demandantes en razón a una utilización tergiversada de los contratos de prestación de servicios independientes efectuada por las entidades estatales escapa a este control de constitucionalidad; para esta Corporación amerita precisar que en el evento de que la administración con su actuación incurra en una deformación de la esencia y contenido natural de ese contrato, para dar paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, necesariamente enmarcará su actividad dentro del ámbito de las acciones estatales inconstitucionales e ilegales y estará sujeta a la responsabilidad que de ahí se deduzca.

De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del “contratista convertido en trabajador” en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (C.P. Art. 53).”

En este orden de ideas, la legislación laboral irradiada por los principios constitucionales ha fijado unos criterios claros para proteger a los trabajadores y aquellos contratistas que mediante la celebración de contratos de prestación de servicios, en realidad, se encuentren subordinados y por tanto inmersos en una relación laboral no reconocida. Evento este último en el que la carga de la prueba recae en el empleador.

Del estudio que comporta el observatorio de justicia de la Universidad de Nariño, en lo que se refiera al área laboral y más específicamente del análisis de los expedientes otorgados a cada investigador, fácil fue determinar que la gran mayoría de demandas se encaminan a obtener el reconocimiento de un verdadero contrato de trabajo disfrazado en un contrato de prestación de servicios y para mayor énfasis, particularmente, decidimos enfocarnos en el Instituto de Seguros Sociales, quien a partir de la expedición del Decreto 2148 de 1992, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, siendo sus servidores, por regla general trabajadores oficiales y, excepcionalmente, quienes desempeñan cargos de dirección y confianza, son empleados públicos. Llamó nuestra atención, el hecho de que de seis expedientes otorgados a cada uno, tres se relacionaban con demandas en contra del Instituto de Seguros Sociales, institución que ha sido condenada en múltiples oportunidades por esconder una verdadera relación laboral, y aún así, sigue utilizando esta figura sin tomar conciencia del perjuicio económico que se le ocasiona a dicha institución en el pago de las condenas obtenidas.

Entonces, si existe un amplio precedente judicial, por qué instituciones como el Seguro Social continúan vulnerando los principios constitucionales contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política Colombiana? A caso no existe respeto a los por los fallos producidos en su contra? Cuáles son los beneficios obtenidos, se puede predicar la existencia de mala fe en sus actuaciones?

No se puede desconocer que el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.

Varios son los cuestionamientos que se realizan en torno a este tipo de actuaciones y muy pocas las respuestas obtenidas, a nuestro criterio, también es necesario asumir el papel de contratante, quien en muchas ocasiones actuando de buena fe y en procura de obtener un beneficio, sin una asesoría adecuada, como consecuencia de una condena judicial pasa a ser de contratante a patrono y reconociendo prestaciones que en momento alguno se imaginó pagar.

## 8. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional, ha sido reiterativa en manifestar la importancia del trabajo desde su contemplación en la Constitución Política de Colombia, pues la lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y es un derecho y un deber social.

En cuanto a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, cabe recordar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994:

"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 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"

Como ya hemos referenciado algunos de los fallos de la Corte Constitucional, queremos hacer referencia un reciente fallo, que por cierto es muy conocido y citado por los jurisconsultos en sus argumentos jurídicos. Así mediante Sentencia C-614 de 2009, con ponencia del Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, la Corte en cuanto al contrato de prestación de servicios manifestó:

"En efecto, si el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales es una regla obligatoria que limita no sólo la discrecionalidad de las autoridades administrativas, sino también la libertad de configuración normativa del legislador, es lógico inferir que el ejercicio de funciones permanentes en la administración exige la creación de empleos públicos que deben ser ocupados por servidores públicos y no ejecutados a través de contratos con vigencia temporal, que alteren los derechos a la igualdad de oportunidades de los trabajadores, de acceso al servicio público por mérito y de remuneración en proporción al salario."

La Corte Suprema de Justicia ha sido contundente en señalar la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma o la interpretación del "contrato realidad", pues en aquellas situaciones en las que los particulares celebran contratos civiles de prestación de servicios o contratos con trabajadores

ocasionales, pese a que en la realidad revisten una verdadera relación laboral, la ha declarado.

En este mismo contexto, el Consejo de Estado, en especial en sentencias del la Sección Segunda, Subsección B, del Julio 1 de 2009, M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE y del 19 de febrero de 2009, expediente 3074 – 05, M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ, la acción procedente para obtener el reconocimiento de una relación laboral pública que se encubre en un contrato de prestación de servicios es la de nulidad y restablecimiento del derecho, previo agotamiento de la vía gubernativa, y la acción contractual a elección del demandante, descartándose la acción de reparación directa, según se estableció en la sentencia del 23 de julio de 2009, proferida por la Magistrada BERTHA LUCIA RAMIREZ, con ocasión de la apelación de un auto (expediente 0944 – 08).

En los fallos reseñados, se reitera que el reconocimiento de una relación laboral simulada por la vía contenciosa administrativa no convierte al demandante en empleado público porque dicha calidad se obtiene como consecuencia del nombramiento y posesión, pero si le confiere el derecho al pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales conculcados, no a título de indemnización sino como restablecimiento de su derecho. El tiempo que duró la relación laboral se contabiliza para efectos pensionales y la prescripción de los derechos se cuenta a partir de la sentencia que reconozca la relación laboral y no antes.

## 9. CASO INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Es necesario recordar como lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia en sus múltiples fallos, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad.

Reforzando lo antes referenciado, recientemente la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, con ponencia del Magistrado Luis Javier Osorio, dentro del expediente radicado bajo el número 36506, el 23 de febrero de 2010, además de pronunciarse sobre la mala fe del Instituto de Seguro Social y de condenar a sanción moratoria, expresó:

“...Y en lo que tiene que ver con los varios pronunciamientos por parte de esta Corporación en otros asuntos análogos, donde se consideró en más de un centenar de ocasiones, que los contratos de prestación de servicios celebrados por el Instituto de Seguros Sociales bajo el amparo de la Ley 80 de 1993 eran en realidad laborales y a los que alude la censura en el ataque, la verdad es que, el ISS ha hecho caso omiso a ellos y persiste en continuar utilizando esta forma de contratación para situaciones como la que ocupa la atención a la Sala, en la cual como atrás se explicó, conforme al acopio probatorio examinado, está plenamente acreditado que el vínculo del demandante de la manera como se desarrolló, en definitiva no encaja dentro de los presupuestos de la citada preceptiva, lo que sumado al conocimiento que tenía la demandada sobre lo que aflora de la realidad en el manejo de esas relaciones, conlleva a considerar bajo estas directrices, que el actuar sistemático del Instituto demandado se constituye en burla de derechos fundamentales del operario.

... Así las cosas, y sin hesitación alguna, el material probatorio recaudado deja al descubierto, que el Instituto demandado no logró acreditar una conducta tendiente a mitigar o conjurar el incumplimiento en el reconocimiento de las prestaciones sociales al actor, que haga derivar la buena fe y que permita eximirlo en calidad de empleador de la consiguiente indemnización moratoria, convirtiéndose en insostenible la posición asumida de tiempo atrás por dicho accionado y expresada nuevamente en este asunto en la respuesta al libelo demandatorio, esto es, de creer entender que el vínculo se regía por un contrato de prestación de servicios....”

En este orden de ideas, recientemente se expidió la Ley 1395 de 2010 por medio de la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, y en su artículo 115 hace prevalente el precedente judicial de la siguiente manera:



“ARTÍCULO 115. Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4o de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.”

Tratándose de un ensayo, por la naturaleza del mismo, consideramos conveniente citar sólo algunos referentes jurisprudenciales respecto al contrato realidad en el Instituto de Seguros Sociales; así, entre varias de las sentencias analizadas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Laboral, consideramos pertinentes resaltar la proferida en el proceso N° 8600131050001-2009-00104-01 (547), con ponencia del Dr. Franklin Flórez Carvajal, el 21 de abril de 2010, el Tribunal en demanda ordinaria en contra del Instituto de Seguros Sociales, expresó:

“Los servicios personales que se prestan al Estado, a las entidades territoriales o a las organizaciones descentralizadas, lo son de manera subordinada, bien por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución o la Ley, pero nunca bajo el imperio de un contrato de prestación de servicios, porque ésta no es una forma de vinculación laboral con la administración pública y, cuando excepcionalmente se recurre a dicha figura, es porque se requiere de una persona con conocimientos especializados que no los posee el personal de planta, o porque la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante, o cuando el objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionada con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada.

...En este orden de ideas, las condiciones en que se ejecutaron los servicios hacen que se tipifique el contrato ficto de trabajo entre las partes protagonistas de este litigio, descartándose así la existencia de un contrato de prestación de servicios, por resultar evidente que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 exige un requisito para su conformación, que las actividades no puedan ejecutarse con personal de planta y que si bien puede darse el caso de que tales tareas no las pueda cumplir con ese plantel, ello no es suficiente para desfigurar la verdadera vinculación laboral, puesto que tales actividades conexas y complementarias de los servicios asistenciales son permanentes y por ello la entidad demandada de adoptar las medidas y previsiones necesarias para no incurrir en una indebida contratación, ignorando las prerrogativas de los trabajadores, puesto que el Estado no debe ni puede propiciar el desconocimiento de los derechos mínimos de los laborantes vinculados a su servicio.

... finalmente, las circunstancias en que se ejecutó la prestación de servicios, con aplicación del principio de la realidad sobre las formas, conducen a la conclusión de que las partes de esta controversia jurídico-laboral estuvieron ligadas mediante un contrato ficto de trabajo.”

Igualmente, y solo a manera de referencia, citamos la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia del 14 de octubre de 2009, proceso No. 2006 - 00219-01(139) de DORA NANCY RUBIO BETANCOURTH contra INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, confirma sentencia condenatoria del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, en la que se cita la siguiente sentencia de la Corte suprema de Justicia: MP. RAFAEL MENDEZ ARANGO, 11 de diciembre de 1997.

Bastos han sido los pronunciamientos de los jueces de la República respecto de la configuración del contrato realidad, y necesario es citar uno de los fallos del Juzgado Primero Laboral del Circuito dentro de los expedientes 2004-0365, 2004-0459 y 2005-0053 en demanda promovida en contra del Seguro Social, cuando manifestó: “...Con ello queda por sentado que en el presente evento se exhibieron dos de los elementos comunes tanto en el contrato de prestación de servicios como en el contrato laboral, ellos son, la actividad realizada por la contratista y la remuneración como contraprestación a labor desempeñada, horario o salarios, pues a la firma de cada contrato se reconocía un valor total.

En cuanto al tercer elemento diferenciador de ellos, como lo es la subordinación y dependencia en la realización de la labor, se procede a examinar las declaraciones contentivas de los testigos citados al proceso para establecer la manera como la actora desarrolló la labor contratada, es decir, si al ejecutar sus labores recibía órdenes o mandatos o si por el contrario tenía autonomía en la manera como las desarrollaba.

Encontrándose demostrado el elemento de subordinación, particular de los contratos de trabajo, se constata que la demandante prestó sus servicios personales al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, bajo la continuada dependencia y supeditada a recibir las indicaciones u órdenes, lo que desvirtúa la existencia de los contratos administrativos de prestación de servicios y demuestra que verdaderamente existió una relación laboral, acogiendo el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional...”

Si de mencionar los miles de pronunciamientos que hay respecto del contrato realidad en instituciones como el Seguro Social, quedaríamos cortos de tiempo y espacio, pero como lo hemos manifestado, tratándose de un ensayo en el que el objetivo se centra en identificar la problemática de esta figura jurídica y de la trasgresión a los principios que contempla el artículo 53 de la Constitución Política, decidimos resaltar solamente las jurisprudencias que se analizaron en este escrito,

debido a que son las más citadas dentro de las providencias aludidas, pues hacen referencia a un mismo contenido.

Así vistas las cosas, cabe recordar que el contrato de prestación de servicios, se consagra como una clase de Contrato Estatal por la Ley 80 de 1993, el cual será celebrado bajo la modalidad de Contratación Directa en los términos prescritos en la ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008.

La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, 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. Desde luego que, si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón con la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial.

Así, no puede considerarse la existencia de buena fe de un contratista cuando se aprovecha de la figura legal contemplada en la Ley 80 de 1993, con el fin de suplir las necesidades del servicio de la entidad, llegando al extremo de defraudar la buena fe de la persona que contrata bajo la modalidad de contrato de prestación de servicio que no genera prestaciones sociales y posteriormente someterlo unilateralmente al cumplimiento de órdenes no reservadas a su haber para impartírselas unilateralmente al trabajador sin su participación, discusión y aceptación, lo cual compromete la independencia del contratista y la efectividad de los derechos fundamentales que le asisten al trabajador.

De esta manera, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: a) se presten servicios personales, b) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, c) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: a) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se acuerde un valor por honorarios prestados y, d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su

capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

No debe olvidarse que el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 dispone como falta gravísima del servidor público “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

Queda entonces la incompreensión del porqué las instituciones privadas y públicas, pese a la existencia de preceptos constitucionales desarrollados por la ley y armonizados por la jurisprudencia, siguen escondiendo en un contrato de prestación de servicios un contrato de trabajo garantista de los derechos y prestaciones a que se hace acreedora la persona. Esperarán acaso a un cambio de legislación o a que sean sancionados por la ley penal, que conlleve no solo multas sino privación de la libertad?

## 10. CONCLUSIONES

En varias ocasiones, la Corte Constitucional ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales.

La ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tienen para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

La generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos solo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

Se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

Se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.

La administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.

Tanto los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral.

## BIBLIOGRAFIA

CHARRY GONZALES, Guillermo. Derecho Laboral Colombiano. Legis 2004.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces, Legis 2000.

YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral, Temis 2009.

\_\_\_\_\_. Las Reformas del Estado y de la Administración Pública, Escuela Superior de Administración Pública 2008.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Estructura y Cultura Organizacional de la Rama Judicial, Tercera Edición 2008.

Jurisprudencia Corte Constitucional.

Jurisprudencia Consejo de Estado.

Jurisprudencia del Corte Suprema de Justicia.

Jurisprudencia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Jurisprudencia Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto.