



**PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS EN  
LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**Por:**

**Durlys Patricia Mendoza Polo**

**Jackeline Chica Miranda**

**UNIVERSIDAD SANTOTOMÁS**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

**2020**

**El trabajo es  
el elemento  
fundamental  
de la dignidad  
humana.**

(Papa Francisco)

**Título:**

**PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS EN  
LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**RESUMEN**

El presente trabajo versa sobre el principio de primacía de la realidad sobre las formas en las contrataciones que en la última década vienen realizando en Colombia las entidades públicas, ello como consecuencia de la aplicación del modelo económico neoliberal que está privilegiando el lucro sobre la elevación de la calidad de vida de las personas. El trabajo se plantea como propósito determinar cómo el contrato de prestación de servicios se convierte en un mecanismo de desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Para el desarrollo de esta reflexión, que se construye desde el método cualitativo, con perspectiva socio-jurídica, se acude a la revisión de fuentes primarias y secundarias, y al análisis sobre la legislación y la jurisprudencia sobre el tema, lo que permite presentar un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial en torno al tema del principio de primacía de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios en la administración pública.

El trabajo concluye que existen certezas de que los contratos de prestación de servicios por parte de las entidades estatales han terminado por vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores al ser desviados de su finalidad, pues contrarían derechos adquiridos por ellos; estas formas de contratación se han generalizado en la contratación estatal, en la que muchas funciones que deben ser ejercidas por personal de planta, se están entregando a contratistas, para actividades que son permanentes, situación prohibida por la ley, lo que desvirtúa la evolución jurisprudencial que se ha venido desarrollando en Colombia respecto a un marco mínimo de garantías en el trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Contrato de trabajo, prestación de servicios, derechos laborales, derechos fundamentales, principio de primacía de la realidad sobre las formas.

## **Title**

# **PRINCIPLE OF THE PRIMACY OF REALITY ON THE FORMS IN CONTRACTS FOR THE PROVISION OF SERVICES IN THE PUBLIC ADMINISTRATION**

## **ABSTRAC**

This paper deals with the principle of primacy of reality over the forms of contracting that public entities have carried out in Colombia in the last decade, as a consequence of the application of the neoliberal economic model that is favoring profit over raising the quality of life of people. The purpose of the work is to determine how the contract for the provision of services becomes a mechanism of ignorance of the fundamental rights of workers compared to the principle of primacy of reality over forms.

For the development of this reflection, which is built from the qualitative method, with a socio-legal perspective, we go to the review of primary and secondary sources, and to the analysis of the legislation and jurisprudence on the subject, which allows to present a normative, doctrinal and jurisprudential analysis on the issue of the principle of primacy of reality over the forms in contracts for the provision of services in public administration.

The work concludes that there are certainty that the contracts for the provision of services by state entities have ended up violating the fundamental rights of workers by being diverted from their purpose, as they contradict rights acquired by them; These forms of contracting have become widespread in state contracting, in which many functions that must be performed by plant personnel are being handed over to contractors for activities that are permanent, a situation prohibited by law, which undermines the evolution of jurisprudence that has been developed in Colombia regarding a minimum framework of guarantees at work.

**KEYS WORD:** Employment contract, provision of services, labor rights, fundamental rights, principle of primacy of reality over forms.

## PRESENTACIÓN

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecida para efectos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Constitución colombiana, opera plenamente en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios en una relación laboral; en estos casos legalmente la protección del derecho al trabajo y las garantías laborales debe ejercerse plenamente a favor del trabajador.

Es de anotar que, en el contrato de prestación de servicios, el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores oficiales admite una serie de cuestionamientos frente a estos en el contexto de una relación de prestación de servicios; lo que se aclara dado que, desde la década de los años 90, cuando entran con fuerza las corrientes neoliberales al país, las administraciones públicas vienen vinculando personal de planta para labores permanentes mediante este tipo de contratos, los que en la actualidad están alcanzando hasta el 15% de empleados de las entidades públicas (Baracaldo, 2018).

Es evidente que quienes desempeñan labores propias de profesionales y contratan con una entidad del Estado, en la que están sometidos a órdenes directas, bajo la continuada subordinación de un superior, es acertado decir que para ellos opera el principio de la primacía de la realidad; esta garantía no solo está reservada para los trabajadores oficiales, sino que en general se asume como una garantía dentro de los derechos laborales de los trabajadores.

El principio de primacía de la realidad sobre las formas se entiende como aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con este principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como tal (Cortés, 2018).

Frente tema del principio de la primacía de la realidad sobre las formas existe amplia información; una adecuada normatividad y una extensa jurisprudencia dan cuenta de la importancia de este tema, donde se delimitan los conceptos relativos al contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios, se hace referencia a los principios constitucionales que orientan el derecho laboral y las garantías que contiene este estatuto, así mismo estos análisis normativos y jurisprudenciales permiten un acercamiento a la realidad colombiana evidenciando cómo el modelo contractual por prestación de servicios desde hace ya bastante tiempo viene siendo ampliamente empleado en la administración pública, ello en detrimento de la estabilidad laboral de los trabajadores (Amado, 2019).

Para adentrarse en el tema es necesario diferenciar entre lo que es el contrato laboral y contrato de prestación de servicios. Para conocer la definición de contrato de trabajo, basta con remitirse al Código Sustantivo del Trabajo (Ley 2663 de 1950) en los artículos 22 al 75 donde se regula y define el contrato de trabajo en sus diferentes

modalidades, que más adelante serán referidas. En cuanto al contrato de prestación de servicios, el artículo 34 de la misma ley, habla de los trabajadores independientes y el artículo 32 de la ley 80 de 1993, en el numeral 3, habla del contrato de prestación de servicios en relación con las entidades estatales; sin embargo al respecto conviene decir que la principal fuente de referencia sobre el contrato de prestación de servicios se encuentra en la jurisprudencia, especialmente en las Sentencias de la Corte Constitucional T 903 de 2010, y C-614 de 2009, en la primera se vislumbra la diferencia entre contrato de prestación de servicios y contrato laboral y en la segunda básicamente se determina la prohibición de emplear este tipo de contrato para funciones permanentes.

El principio de primacía de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios en la administración pública es el tema que se desarrolla en el presente artículo investigativo. Este principio nace de la exigencia de la protección de los derechos de los trabajadores en el país. Este trabajo es importante porque en él se da cuenta de una reflexión que, si bien ha sido analizada por variados autores, es necesario un balance a partir de la normatividad colombiana más reciente sobre el mismo; con el trabajo se procura develar cómo este tipo de contratación se viene generalizando por las administraciones de los distintos territorios, y cómo desde los empleados, desde el legislador y desde la jurisprudencia se vienen pronunciado al respecto.

Es importante este aporte investigativo, en la medida en que delimita los campos de ejecución entre una y otra modalidad contractual, esto es; el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, toda vez que es práctica frecuente en las entidades del sector público y privado que se emplee este tipo de figuras, observando de fondo elementos constitutivos de un contrato realidad, lo que desvirtúa la relación civil y configura otra de carácter laboral. Así mismo el análisis permite conocer como el contrato de prestación de servicios en las entidades públicas desconoce los derechos fundamentales y los derechos laborales de los trabajadores.

La importancia del presente trabajo se centra en la necesidad de ahondar en la reflexión de una forma de contratación que cada vez se viene empleado más en las entidades del Estado, resultando necesario auscultar las ventajas y desventajas de estas formas de contratación, tanto para las entidades públicas como para sus funcionarios, y cómo ellas están en convergencia o no con el respeto por los derechos de los trabajadores del país.

El problema de la situación planteada no ha sido ampliamente abordado desde la doctrina, sino desde la jurisprudencia, ya que en la cotidianidad es bastante común la ejecución de contratos de prestación de servicios en condiciones que revisten a todas luces el escenario de un contrato laboral, pese a que desde la norma y en reiteradas sentencias se han trazado los ámbitos y parámetros de realización de estos contratos.

Para la construcción de esta reflexión se partió de la pregunta ¿cuál ha sido la legislación y la jurisprudencia que entorno al contrato de prestación de servicios se ha

producido en Colombia y como ellas son garantes de la protección de los derechos de los trabajadores?

El objetivo general de la indagación es determinar cómo el contrato de prestación de servicios se convierte en un mecanismo de desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Como objetivos específicos se plantearon establecer diferencias jurídicas y legales entre contrato de prestación de servicios y contrato laboral en la legislación colombiana y describir en qué situaciones se desvirtúa el contrato de prestación de servicios y se configura el contrato realidad con fundamento en el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

El presente trabajo se aborda desde un diseño cualitativo, y desde una perspectiva de corte socio-jurídica. Desde el trabajo se asume que las leyes y decretos son formalidades que en buena medida dependen de los ambientes políticos y sociales, los cuales son cambiantes; para el caso del presente trabajo, los estudios socio-jurídicos permiten comprender ampliamente realidades que la simple ley no explica (Rodríguez, 2015); es decir, permiten analizar cómo más allá de la ley, los escenarios socio-políticos son fundamentales a la hora de hacer efectivas las normas.

La estrategia metodológica que se desarrolla en el presente trabajo comprende los siguientes componentes básicos:

- Marco Referencial: Reseña bibliográfica del estado del arte sobre el tema (artículos de revista, libros de texto, investigaciones, tesis de grado, de la última década).
- Análisis de la legislación y la jurisprudencia que sobre contratación de servicios se ha producido en el país luego de la Constitución del 1991.
- Consultas en portales en internet

Es precisamente este el objeto de estudio del presente artículo de investigación, el cual se materializa a través del análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial en torno al tema del principio de primacía de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios en la administración pública, pues su empleo cada vez más recurrente por las entidades públicas invita a un seguimiento de su uso en relación con los derechos laborales estipulados en la legislación colombiana.

El análisis hace un seguimiento a cómo el contrato mantiene el fin para el cual fue creado inicialmente y cómo la nueva normatividad, inscrita en los modelos neoliberal globalizado han transformado la modalidad de contratación en las entidades oficiales; de igual manera se analiza como las modalidades de contrato que se vienen presentando

en las entidades estatales están en consonancia con la protección de los derechos fundamentales. Si bien los principios de eficiencia y eficacia son importantes a la hora de la ejecución de las propuestas de las entidades públicas, no es adecuado hacerlo pasando por encima de los derechos de los trabajadores.

## MARCO REFERENCIAL

### El Trabajo Como Derecho

La normatividad sobre el trabajo nace con la modernidad, el cual es asumido como un factor económico sujeto a la dinámica de la oferta y la demanda, en la que concurren trabajador y empresario en la producción de mercancías, es por tanto una relación civil, bajo este precepto se ha aplicado la figura del “contrato”, por la necesidad de regular la relación trabajo-capital (Jaramillo, 2010). Otras tesis afirman que no hay tal la noción contractualista del trabajo, pues su naturaleza jurídica va más allá de lo acordado por las partes, es decir se trata de un fundamento más objetivo, y más bien se concibe como un elemento constitutivo de organización social, en el que la empresa es una totalidad y no una parte (Jaramillo, 2010).

En consecuencia, con los anteriores postulados, el mundo del trabajo como actividad de trascendencia jurídica, empezó a adquirir connotación en el siglo XX, cuando surge la necesidad de regular las relaciones entre quienes tienen recursos y quienes tienen sólo fuerza de trabajo (Isorni, 2012).

La regulación legal del trabajo tiene que ver con el surgimiento del capitalismo donde se hace necesario equilibrar las relaciones entre el capital como poder generador de riqueza y que es representado por el empresario o dueño del poder industrial y el trabajo representado por el obrero asalariado, como la parte más débil de la relación laboral, siendo así como se concibe legal y constitucionalmente esta relación (Iguñiz, 2005), por ello los gobiernos están en la obligación de contar con entidades de carácter público que protejan los derechos de los trabajadores, como es el caso del Ministerio del Trabajo en Colombia; además del deber de los Estados disponer de sus entidades públicas para la protección de los derechos laborales.

Para adentrarse en este análisis es preciso tener claridad sobre los conceptos de contrato de trabajo y contrato de prestación de servicios.

Según el Código Sustantivo el Trabajo, en el artículo 22, se consagra que “*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*”. De esta definición expresamente se infieren los elementos esenciales del contrato de trabajo:

- Prestación personal de un servicio.



- Subordinación.
- Remuneración.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 9262 de 1997, afirma que:

El contrato de trabajo es un acto jurídico celebrado entre una persona natural o jurídica el patrono (empleador), para que el primero preste determinados servicios personales bajo la continua subordinación del segundo, y reciba de él a cambio una remuneración que genéricamente se llama salario, la puesta en práctica de este convenio se conoce con el nombre de relación laboral, se trata de una relación intervenida por el Estado a través de la legislación para proteger en su celebración como en su ejecución y terminación los intereses del trabajador como medio de mantener un equilibrio necesario entre las fuerzas del capital y del trabajo e impedir por este medio la explotación del asalariado. Es también como es obvio un contrato o relación que supone obligaciones mutuas que se encuentran casi en su totalidad señaladas en la ley, y cuyo cumplimiento recíproco es elemento fundamental para su mantenimiento (Citado Vallecilla, 2019, p. 13).

Estos elementos esenciales han sido reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo, OIT; organismo mundial que reconoce que las personas que trabajan para un empleador identificable, con quien han suscrito una relación laboral se encuentran en un contrato de trabajo. Reconoce la OIT en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, (OIT, 1998), que en los años 80 han surgido nuevas relaciones de trabajo atípicas, dentro de las cuales se encuentra la subcontratación, que es el mecanismo que frecuentemente vienen empleando las entidades del sector público.

### **Transformaciones Contemporáneas en el Mundo Laboral**

Desde su concepción hasta la actualidad el trabajo como laboriosidad humana es una actividad que ha sido regulada por los Estados a partir de la creación de leyes para su protección, lo que ha sido el resultado de múltiples transformaciones derivadas de las disputas civiles y obreras, las que han estado acompañadas de cambios políticos, sociales y económicos que las sociedades han ido dando a través de la historia.

Las luchas obreras en Colombia si bien se inician en los años 20 del siglo pasado, con el despegue de la industrialización, logran la consolidación del sindicalismo en los años 30, bajo los gobiernos de la denominada República Liberal.

A partir de los años 30 en Colombia se empieza a observar un notable desarrollo legislativo con la promulgación de leyes en materia laboral encaminadas a institucionalizar la relación entre empleadores y empleados; se empiezan a regular las

jornadas de trabajo Decreto 895 de 1934); se definen condiciones mínimas de salubridad, deberes de las partes, la huelga como derecho de los trabajadores; en 1938 se creó el Ministerio del Trabajo Higiene y Previsión Social y en 1946 se expide la ley que crea el Instituto de Seguros Sociales y el Sistema de Seguro Social Obligatorio; en 1950 se expide el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto-Ley 2663 de 1950) y en lo sucesivo se crean otras leyes que complementan y modifican las existentes (ENS, 2019).

En lo que respecta a las conquistas de los trabajadores, en 1935 se crea la primera unión de trabajadores, la Confederación de Trabajadores de Colombia, CTC, (Melo, 2018). Es a partir de allí que se reconoce la organización sindical, se crea en el año 1957 el Sena, como entidad encargada de la capacitación técnica de los trabajadores; mediante Decreto 118 de 1957 se renueva el Código del Trabajo, se concede el subsidio familiar y se constituyen las Cajas de Compensación Familiar; así mismo, décadas posteriores, se avanza en el logro de los principales derechos y garantías para los trabajadores, los cuales se irían conquistando lentamente hasta la década de los años 80 del siglo XX.

Esta serie de conquistas van a estar atravesadas por las condiciones internacionales, que van a incidir positiva o negativamente sobre las condiciones laborales de los trabajadores colombianos. Luego de la denominada Gran Depresión de los años 30 del siglo XX, se instala el Modelo Económico Desarrollista, propuesto por John Maynard Keynes, en el que se planeaba que era tarea del Estado la promoción del desarrollo en los países (ENS, 2019), el cual estaba asociado al aumento de la esperanza de vida al nacer, al acceso al sistema educativo por parte de la población y al crecimiento del Producto Interno Bruto.

En el modelo Desarrollista el principal protagonista de las medidas económicas que se tomaban era Estado, por ello se hablaba de un Estado interventor o un Estado de Bienestar, en el que el Estado provee de servicios, en cumplimiento de los derechos sociales, a la totalidad de los ciudadanos; modelo que se empezaría a desmontar desde la década de los años 80 con las políticas de privatización de las empresas del Estado y con la denominada apertura económica, política económica que Colombia se acelera con el gobierno de César Gaviria (1990-1994).

Es a partir de allí que las funciones propias del Estado empiezan a ser asumidas por particulares, situación que transformó profundamente el empleo y las normas que lo protegían, lo que llevó a la subcontratación de trabajadores, contratación por cortos periodos de tiempo y precarización del empleo; perdiéndose muchas de las garantías laborales conquistadas hasta entonces. Comúnmente se le llama a este “nuevo” modelo económico neoliberal porque es la aplicación moderna del modelo liberal de la economía que se había empezado a emplear desde el siglo XVIII con Adam Smith, y por ser aplicado a escala planetaria, se habla de él como un modelo globalizado (Iguñiz, 2005).

La aplicación del modelo neoliberal globalizado viene presentando las siguientes consecuencias:

- Produce una sociedad de exclusión, es decir, de gente que no cabe en el modelo (desempleados, habitantes de calle, pobreza extrema).
- Propicia una mayor concentración de la riqueza.
- Precarización del empleo, el empleo se torna escaso, con alto desempleo y subempleo).
- Destrucción desahogada de los recursos naturales.

Es por la implementación de estas medidas de corte neoliberal que se está generalizando en las empresas la externalización o subcontratación de parte de las actividades hacia otras empresas. Todo lo anterior sustentado en razones de carácter económico como la búsqueda de reducción de costos de producción que lleva a la externalización de las funciones de escasa calificación o de personal calificado para labores específicas, terminando la gente trabajando no para las empresas, sino para las Cooperativas de Trabajo Asociado, CTA, que son quienes las contratan.

Por ello los beneficiados del modelo neoliberal globalizado han sido los dueños del capital, mientras que los trabajadores ven reducidos, no sólo sus ingresos, sino también sus derechos y la posibilidad de organizarse para presionar cambios sustanciales a su favor. Según estudios de la Escuela Nacional Sindical, en Colombia alrededor del 48% de los contratos de trabajo son precarios; es decir, están constituidos por vinculaciones a término fijo o mediatizados por Empresas de Servicios Temporales o CTA, lo que va en detrimento de la calidad de vida de los trabajadores y de sus familias (Amado, 2019).

La realidad actual presenta, pues, un modelo neoliberal que no ha sido el más favorable en materia laboral, lo que ha implicado un retroceso y desconocimiento de los logros que legalmente habían alcanzado los trabajadores colombianos. La reciente normatividad ha conseguido una fuerte minimización de las políticas sociales y disminuido la intervención del Estado en la economía, ampliándose las políticas de privatización de las empresas del Estado, lo que se evidencia en la implementación de modelos contractuales que se identifican con lo que se conoce como la “flexibilización del trabajo” (Angarita, 2019).

Hoy la política generalizada en las empresas en cuanto a la contratación de trabajadores es la tercerización; el fomento de políticas de tercerización también conocido como “outsourcing”, que consiste en la contratación de empresas externas para que se hagan cargo de parte de su actividad o función social (Martínez, 2015), lo que viene afectando el empleo de los colombianos, muy especialmente en lo que respecta a sus ingresos y a su estabilidad laboral.

Este nuevo concepto de trabajo facilita la omisión de los principios jurídicos y fundamentales del derecho laboral y, particularmente, en lo relacionado con los

contratos de prestación de servicios ampliamente empleados en el sector público; allí se ocultan verdaderas relaciones laborales o de trabajo, reportando beneficios para quienes contratan y para los intermediarios, ello en detrimento de las condiciones laborales del trabajador; en la actualidad son muchas las empresas del Estado que se están valiendo de este mecanismo.

### **Principio de Primacía de la Realidad Sobre las Formas**

Principio de primacía de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios en la administración pública es un instrumento legítimo de reconocimiento, amparo y restauración de las relaciones laborales que surgen entre quienes prestan un servicio y quienes lo demandan. Sobre este tema la jurisprudencia (Sentencias C-665 de 1998 y Sentencia T-029 de 2016), ha señalado que, en virtud de este principio, cuando en el desarrollo de un contrato de prestación de servicios se configura una relación laboral, se entiende que existe un indiscutible contrato de trabajo, por lo mismo quien presta el servicio tiene derecho a exigir todas las prestaciones legales. Es por lo anterior que se dice que el principio de primacía de la realidad permite mantener la ponderación de las relaciones entre empleadores y empleados.

El principio de primacía de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios en la administración pública se encuentra en el artículo 53 de la constitución política, de esta manera “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”. Este principio deriva que en las relaciones laborales existe una parte débil y en desventaja y se erige como una manera de protección frente a esta parte; ello significa que debe prevalecer la información ofrecida por la realidad sobre aquellos datos que figuren de manera formal en un documento, de tal forma que este principio atienda significativamente a los elementos fácticos, es decir los hechos prácticos, los cuales una vez en conflicto con la formalidad serán más relevantes.

El principio de la primacía de la realidad, es conocido en ambientes jurídicos y profesionales como principio general de derecho laboral, según el cual la realidad de la labor práctica desempeñada por el trabajador, vale más que su forma de vinculación que se formaliza en el contrato; lo anterior indica que la forma de vinculación del trabajador no es la que determina propiamente sus derechos (Vallecilla, 2019); en las formas como se le asignan funciones y roles impera una realidad objetiva, real y verdadera, que al fin de cuentas consolida la relación laboral, superando la cualquier formalidad contractual arrogada por el empleador, y más allá de cualquier apreciación empleada para el contrato.

Una relación de trabajo se considera formalmente establecida, a pesar de que las partes hayan dado una designación diferente al vínculo establecido, por lo cual la ley asume todas las formalidades de la contratación laboral, así no estén claramente definidas en el contrato que se ha establecido.

Cuando existen escenarios que generan diferencias entre lo convenido por el trabajador y el empleador, se considera que estas son responsabilidades de quien formaliza y origina el contrato, es decir, el empleador, por ser quien pacta los servicios requeridos y por ser quien ejerce y dispone de las órdenes necesarias para que se ejecute una determinada labor, en el tiempo, modo y lugar requeridos.

Investigadores como el profesor Ricardo Barona consideran que la prestación del servicio por sí sola es suficiente para derivar derechos a favor del trabajador, los cuales son ineludibles para asegurar su bienestar, salud y vida (Barona, 2010). Así mismo la Corte Constitucional se ha pronunciado recurrentemente sobre este principio y ha dicho en Sentencia C-665 de 1998, sobre la igualdad de los trabajadores ante la ley, que ésta se trata de un principio mínimo fundamental en el trabajo, ya que el artículo 53 de la Constitución reconoce la desigualdad existente entre empleadores y trabajadores, al mismo tiempo indica la necesidad de proteger los derechos de estos frente a formalidades que ponen en detrimento sus derechos.

Por su parte la Sentencia de la Corte Constitucional, T-029 de 2016, sobre protección de derechos laborales, marca un precedente sobre el principio de primacía de la realidad al decir que es uno de los principios rectores del derecho laboral y que se encuentra intrínsecamente relacionado con el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado también en la Constitución, reiterando que es la estructura fáctica lo que determina la verdadera naturaleza del vínculo.

Otro aporte importante en cuanto a este concepto es del jurista peruano Miguel Silva Ormeño (2012), quien afirma que el principio de la primacía de la realidad es aquel por el cual, en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha formalizado en un contrato, debe darse prevalencia a lo que sucede la cotidianidad del desempeño de una función; principio que define con precisión la coexistencia de una relación laboral y con ello se procede al amparo del derecho que corresponde como tal.

### **Contratación Laboral en Colombia**

Según la legislación colombiana el de prestación de servicios es un contrato estatal y se encuentra regulado por la ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral 3° de la siguiente manera:

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:

Y reafirma el numeral 3°:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. / En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

En igual dirección el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, artículo 48, numeral 29, en su tenor literal expresa que: “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”.

Uno de los ámbitos del desempeño laboral es el empleo público, regulado por la Ley 909 de 2004

,\* según la cual cuando se presenta una vinculación laboral con el Estado, éste es a su vez el empleador; en este tipo de contratos el empleador le asigna unas funciones y responsabilidades a una persona, previa verificación del cumplimiento de unos requisitos y competencias para el cumplimiento de los fines del Estado a través de sus entidades. El empleo público en Colombia tiene su fundamento legal en el artículo 122 y 125 de la Constitución.

El ingreso o vinculación al empleo público por regla general es mediante concurso de méritos para proveer empleos de carrera, también están los de libre nombramiento y remoción, periodo fijo y empleos temporales.

Para efectos de establecer una diferencia entre este régimen de vinculación con el Estado, y el contrato de prestación de servicios para contratistas independientes con entidades del Estado, es preciso señalar que mientras aquellos gozan de todas las garantías propias del empleo público, quienes están vinculados mediante contrato de prestación de servicios no.

Igualmente, los elementos esenciales del contrato de trabajo se representan respecto de la función pública que cumplen los empleados públicos y trabajadores oficiales, si estos elementos esenciales se presentan, se está frente a un vínculo laboral, pero es importante aclarar que los empleados públicos y trabajadores oficiales están sometidos a las normas preexistentes del derecho administrativo.

---

\* Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública, además de otras disposiciones; Ley que busca la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Para el caso de la figura del contrato de prestación de servicios, éste nace del artículo 1495 del Código Civil; podría decirse que esta es su fuente normativa, y las obligaciones que de él se deriven dependerán de lo acordado por las partes en el contrato, que es un acuerdo privado.

Sin embargo, también se encuentra regulado o se menciona de manera dispersa en diferentes disposiciones normativas como es en el artículo 34, N° 1, del Código Sustantivo del Trabajo, donde se define que es un contratista independiente y sobre los efectos de esta condición:

Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

De lo anterior se puede resaltar que el contratista posee autonomía técnica y directiva, para la ejecución de sus labores, así mismo debe asumir los riesgos para desarrollar sus actividades, esto significa que el contratista es quien debe pagar su salud, aportes al sistema general de pensiones y la Administradora de Riesgos Laborales, ARL.

El Decreto 1072 de 2015 y el Decreto 1703 de 2002 artículo 23,\* establecen que el contratista deberá estar afiliado y ser cotizante al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, es decir debe pagar salud, riesgos laborales y pensión, sus aportes serán del 40% sobre su ingreso base de cotización, o sea de lo que recibe de honorarios

No obstante la ley 100 de 1993 en su artículo 282, establece que las personas naturales que se vinculen con el Estado mediante prestación de servicios no están obligadas a demostrar esta afiliación siempre que el término del contrato sea inferior a tres meses, pero con relación a esto lo que sucede en la realidad es que estos contratos durante el año se pactan por periodos iniciales de 3 meses y sucesivamente por periodos de 6, que se van renovando cada cierto tiempo, de manera que las personas naturales incluidas en esta relación contractual llegan a alcanzar años vinculadas de esta manera (Cortez, 2018).

---

\* Ley 1072 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo; Decreto 1703 de 2002, por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Al no ser un contrato laboral, no hay lugar a pago de prestaciones sociales, solamente el pago de los honorarios pactados en el contrato, tampoco hay lugar a pago de indemnizaciones, excepto si durante la ejecución del contrato éste se termina por una causal no prevista como tal, pero para tales efectos deberá remitirse a la normatividad civil si se quiere demostrar que se causaron perjuicios con ocasión de la terminación indebida del contrato; tampoco procede el pago de aportes al sistema de seguridad social integral, pero si en contrato de prestación de servicios se acordó alguna penalidad como consecuencia de las obligaciones en este pactadas, habrá lugar a su reclamación por vía judicial

Al respecto el Consejo de Estado en la Sentencia 00117 de 2018 ([www.consejodestado.gov.co](http://www.consejodestado.gov.co)), respecto a la noción de contrato de prestación de servicios afirma:

El contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Del análisis anterior y según la normatividad vigente y los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, la manera correcta de celebrar el contrato de prestación de servicios es en atención a los siguientes requisitos (Ley 80 de 1993):

- Cuando las actividades del objeto contractual no puedan ser realizadas por el personal de planta y estas requieran conocimientos especializados.
- No puede existir subordinación, el contratista debe ser autónomo e independiente.
- El contrato debe ser temporal, únicamente por el tiempo estrictamente necesario para ejecutar el objeto contractual.

Los Contratos de Prestación de Servicios en la administración pública se encuentran establecidos en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*; la norma establece que este tipo de contratos son los que se celebran con entidades del Estado para el desarrollo de actividades relacionadas con la misión que debe cumplir dicha entidad o que en alguna medida garantizan su funcionamiento. Se establece además que este tipo de contratos se pueden celebrar con personas naturales cuando estas actividades no puedan realizarse con el personal de planta de la entidad o cuando las labores que deban desarrollarse demanden conocimientos especializados que en alguna medida sólo puedan prestarse por profesionales y técnicos.



Adicional a lo anterior la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009\* ratifica la prohibición al Estado de celebrar contratos de prestación de servicios para la ejecución de funciones permanentes, pues el contrato de prestación de servicios es de carácter temporal concebido para atender actividades excepcionales.

La normatividad establece que este tipo de contratos no suponen una dependencia de carácter laboral con la persona que se formaliza, por lo mismo este tipo de contratos no dan pie a ocasionar prestaciones sociales como derecho propio del trabajador; a este respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, al referirse al Estatuto General de la Contratación Pública, afirma que:

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.

En su vigencia, este tipo de contratos define específicamente el tiempo en el que se ha de desarrollar la labor; por ello su duración debe ser por el tiempo justo y el indispensable para ejecutar la labor contractual acordada.

Para el caso de los contratos laborales, se considera que estos son de diferente orden, pues para su efectividad se requiere la prestación propia del servicio, la permanente subordinación y el salario como reconocimiento a la labor desarrollada.

Respecto a la protección de los derechos de los trabajadores en los Contratos de Prestación de Servicios, es fundamental adentrarse en el análisis de lo que se entiende por derechos fundamentales en materia laboral, definir algunos conceptos tales como el principio de primacía de la realidad sobre las formas, contrato de prestación de servicios y contrato laboral, para seguidamente contrastar este análisis con algunas sentencias e información que se tienen disponible de investigaciones realizadas por académicos del país.

De una manera general, se comprende por vulneración de derechos aquellas acciones u omisiones de particulares o entidades del Estado que a través de sus funcionarios que causan detrimento o perjuicio en los derechos constitucionalmente reconocidos como tales. El trabajo está relacionado con los derechos fundamentales porque a partir de él es que se satisfacen las necesidades básicas del ser humano, del mínimo vital, como la alimentación la vivienda, la seguridad social y las prestaciones sociales como garantías a favor del trabajador, de ahí la importancia de puntualizar la vulneración de derechos fundamentales desde la perspectiva del contrato de prestación de servicios.

---

\* Sentencia en la que la Corte Constitucional reconoce que la prohibición de la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, se ajusta a la Constitución y la ley se ajusta a la Ley.

En materia laboral esta vulneración se realiza cuando por parte del empleador se realizan actos arbitrarios o se adoptan medidas que limitan el pleno ejercicio de los derechos del trabajador sin ninguna justificación, sin embargo como el contrato de prestación de servicios no se concibe como una relación laboral, en este punto es donde hay que examinar rigurosamente qué situaciones dan lugar a la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas para, de esta manera, clarificar el tipo de relación laboral, no obstante es claro que en situaciones concretas es en sede judicial que se declara la existencia del contrato laboral y se desvirtúa el contrato de prestación de servicios o lo que es lo mismo se da aplicación a la figura del contrato realidad.

Pese a las bondades de la legislación y la jurisprudencia ya mencionadas, las entidades estatales vienen priorizando la contratación de personal externo a la vinculación de trabajadores de planta o por contrato indefinido. Al respecto no se pudieron obtener estadísticas claras, pues para averiguar estos datos en las entidades públicas es necesario ingresar el tipo de contrato, el radicado, el número de contrato, etc., elementos de los que las estudiantes no disponen, pero como se mencionó anteriormente, según recientes investigaciones en los últimos 5 años por lo menos el 15% de los empleos de las entidades públicas se están generando a partir de contratos de prestación de servicios (Baracaldo, 2018).

A pesar de las anteriores limitaciones, averiguando en la Secretaría de Educación de Medellín y de Antioquia, como entidades certificadas que son para regir con cierto grado de autonomía los destinos de la educación se encontró que éstas tienen un personal de planta que esencialmente dirige aspectos puntuales de la prestación del servicio (calidad, inclusión, supervisión, aspectos administrativos), pero las intervenciones en las instituciones y el desarrollo de propuesta concretas las realizan a través de convenios que se firman con entidades públicas o privadas, sean estas universidades, Organizaciones No Gubernamentales, ONGs, editoriales, etc. Aún los mismos psicólogos y personal administrativo que hoy tienen los colegios son contratados por entidades externas que son las encargadas de brindar el servicio a las instituciones, pero que en modo alguno son empleados de las Secretarías de despacho para las que trabajan (Escuela Nacional Sindical, 2019).

Los psicólogos que tienen las instituciones educativas hasta 2019 eran contratados por la Universidad Pontificia Bolivariana, y las secretarías por el Instituto Tecnológico Metropolitano, ITM (Alcaldía de Medellín, 2019).

Lo anterior si bien es importante por la oferta de empleo que se brinda a las personas, al mismo tiempo representa una precaria condición en términos del ejercicio y protección de los derechos de los trabajadores, pues la prestación de servicios casi siempre se hace por contratos de corta duración, inferiores al periodo total de prestación del servicio del trabajador, lo cual se hace a partir de contratos de corta duración que pueden estipularse entre 3 y 6 meses, encontrándose personas que pueden sobrepasar la década de prestación de servicios con este tipo de contratos, lo que vulnera derechos

como la organización sindical, la huelga, la estabilidad; todas ellas enmarcadas en los derechos promulgados por la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

### **Contrato Laboral En El Marco De La Administración Publica**

Con el fin de delimitar el concepto de contrato de trabajo (contrato laboral), es importante definir el concepto de trabajo para lo cual se acude a diversas fuentes bibliográficas encontradas.

Algunas acepciones sobre el trabajo de la Real Academia de la Lengua, RAE, hacen referencia a “Cosa que es resultado de la actividad humana”, “Esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición al capital”; así mismo una definición muy acorde a la íntima relación del trabajo con el derecho fundamental a la vida es el concepto de Karl Marx, para quien el trabajo es “la actividad principal y más importante del hombre, es la producción de vida y el mantenimiento del proceso vital. El trabajo no es una mera adaptación a la naturaleza sino una transformación consiente e intencional de las condiciones naturales” (Isorni, 2012, p 57).

Retomando a Marx y Engels se reconoce el trabajo como una actividad en la que los hombres “actúan sobre la naturaleza, interactuando unos con otros, entran en relaciones políticas delimitadas, producen y reproducen materialmente su vida y son activos dentro de los límites materiales, presuposiciones y condiciones determinadas, independiente de su voluntad” (Isorni, 2012, p. 61).

La Organización Internacional del Trabajo, OIT, en la actualidad, habla del concepto de trabajo decente. Este organismo internacional define el trabajo como el “conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos” (Amado, 2019, p. 2). Por su parte el empleo es definido como el “trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie) sin importar la relación de dependencia (si es empleo dependiente-asalariado, o independiente-autoempleo)” (Amado, 2019, p. 2).

Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un empleo digno, el cual debe caracterizarse por un salario adecuado, estabilidad en la permanencia en el mismo, cumplimiento de las normas de protección del trabajador, etc. Es enfática la Organización Internacional del Trabajo, OIT, al reconocer que la labor del obrero, del empleado, dignifica y permite el desarrollo sus capacidades, por ello establece que no es decente el trabajo que se realiza sin respetar las normas internacionales de protección de los trabajadores ni los derechos laborales primordiales, ni el que no permite un ingreso justo y ajustado al esfuerzo realizado, sin ningún tipo de discriminación, ni el que se lleva a cabo sin protección social (OIT, 2015).

Desde la legislación colombiana se considera que un contrato de trabajo en Colombia puede considerarse desde dos puntos de vista; como una realidad jurídica objetiva o relación de trabajo donde concurren los elementos del Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (actividad personal del trabajador, subordinación o dependencia y una retribución del servicio); y como un acuerdo de voluntades, mediante el cual una persona natural se compromete a realizar determinada prestación en favor de otra, a cambio de una remuneración y bajo continuada dependencia (Vallecilla, 2019).

Sin embargo, a los trabajadores vinculados al sector público se les denomina trabajadores oficiales y se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, además de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Administración Pública. Estos trabajadores están vinculados con la administración, por un contrato de trabajo en el cual se reglamentan sus funciones, a través de ello tienen la posibilidad de discutir sus condiciones laborales y prestacionales tales como salarios, jornada de trabajo y prestaciones sociales (DAFP, 2017).

La modalidad contractual otorga a quien por ella se vincula a la administración, el carácter de trabajador oficial, lo cual se estipula y materializa en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las circunstancias laborales, tanto al momento de formalizar el contrato como posteriormente por medio las demandas propias a que tienen derecho los trabajadores (pliego de peticiones, convenciones colectivas, etc.).

Existen circunstancias en las cuales el trabajo como derecho fundamental se desconoce, ocultándolo con la realización de contratos que por su naturaleza implican el desconocimiento de garantías legales tales como el pago de prestaciones (primas, auxilios, liquidaciones, indemnizaciones, vacaciones, cesantías, etc.), y además de obligar al contratista, que en realidad no lo es, a cumplir horarios, órdenes de un superior dentro de la entidad, trabajar horas extras, prestar su servicio de manera personal, etc., donde el “contratista” devenga una remuneración que dentro de los términos de esta relación se denominan honorarios, que es el pago por los servicios prestados, remuneración condicionada a la verificación del pago de los aportes al sistema de seguridad social, que entre otras cosas lo asume directamente y en su totalidad el trabajador, de manera que si este no paga dichos aportes, simplemente no les pagan sus honorarios.

En estas circunstancias las personas son descartadas de estas relaciones contractuales ya sea por terminación unilateral del contrato que puede ser justificada o no, o simplemente no son vinculados nuevamente para la continuidad en la ejecución de las labores del objeto contractual.

En circunstancias de vulneración de derechos los contratistas el único medio del que disponen es la demanda ante la jurisdicción laboral, pero esto no resuelve de fondo el problema frente al gran colectivo al que se le están vulnerando sus derechos fundamentales, pues la demanda es una acción individual, mediante la cual si el juez

laboral halla elementos que son propios y esenciales del contrato de trabajo, declara la existencia de una relación laboral y en consecuencia el pago de las acreencias que esta implica.

### **Jurisprudencia En Contratos De Prestación De Servicios**

La jurisprudencia, muy especialmente los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, vienen dando cuenta de arbitrariedades de las formas jurídicas, cuando se llega a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios que realmente condensa un contrato de trabajo (Corte Constitucional, 1993).

Las formas de contratación por prestación de servicios es una práctica que se viene extendiendo en las entidades públicas en todos sus niveles, formas que sirven de apoyo para mostrar una aparente legalidad en la contratación (Consejo de Estado, 1994); lo anterior lleva a desdibujar la naturaleza de esta figura y a vulnerar con frecuencia de derechos de los trabajadores.

Respecto a la anterior práctica el Consejo de Estado (1994) ha advertido que las diferentes administraciones en los territorios vienen haciendo uso frecuente de estrategias que rayan con la ilegalidad para aumentar en forma incontrolada el número de los servidores públicos, a quienes les viene dando el carácter de contratistas, advirtiendo que al hacerlo se está desconociendo el régimen mínimo de garantías a que tendría derecho la persona si hubiese sido elegida por la vía legal apropiada. La Corte Constitucional ha sido enfática en reconocer que el Estado no debe contratar la prestación de servicios, de manera temporal, para el desarrollo de labores permanentes y continuamente necesarias en el desarrollo de las labores de las entidades públicas.

Sobre este tipo de contrataciones el Consejo de Estado ha cuestionado por considerar que se está privando a los ciudadanos de acceder al empleo en el sector público externalizando ciertas funciones de las entidades estatales que no deben considerarse como operativas o anexas a la función pública; así por ejemplo, en su Sección 2ª, Expediente 1482 de 2011, se manifestaba en favor de una demanda del Decreto 2025 de 2011 sobre las Cooperativas de Trabajo Asociado, CTA, recordando la prohibición de contratación de las cooperativas de trabajo asociado para actividades o procesos misionales permanentes, por afectar los derechos de los trabajadores.

Igualmente, el Consejo de Estado en Sentencia 2011-00390, del 19 de febrero de 2018 manifiesta la nulidad de varios artículos (2º y 4º) del Decreto 2025 de 2011, por considerar que incumplen la prohibición de contratar personal a través de CTA para el desarrollo de actividades misionales permanentes, ya sea en el sector público o privado.

En igual dirección la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la generación de relaciones laborales desprendidas de la celebración de contratos por prestación de servicios, manifestando que se está generalizando el desconocimiento del régimen de contratación estatal y las normas constitucionales concernientes a la función pública,

con lo que se vulnera la normatividad laboral puesto que se permite la vinculación de servidores públicos desconociendo el régimen de ingreso a la función pública, lo que provoca la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con el constante quebrantamiento de los derechos de trabajadores (2003).

El igual dirección se ha pronunciado el Consejo de Estado (2009) al afirmar que el contrato de prestación de servicios no puede generalizarse y terminar por convertirse en una estrategia de contratación que termina por desconocer los derechos de los trabajadores. Los contratos de prestación de servicios no pueden desconocer el Artículo 53 de la Constitución que protege los derechos de los trabajadores y la primacía de la realidad sobre las formalidades determinadas por los sujetos en las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios básicos señalados en las normas (2009).

En Sentencia T-903 de 2010, en la que se diferencia el contrato de prestación de servicios del contrato realidad (concebida como relación laboral), la Corte Constitucional se refiere a la naturaleza del contrato de prestación de servicios de la siguiente manera:

Se puede diferenciar su naturaleza de la del contrato laboral. En la Sentencia C-154 de 1997 se indicó que los contratos de prestación de servicios versan sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional; el contratista goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico y, por último, esos contratos son temporales.

En igual sentido la Corte Constitucional en pronunciamiento dado en la Sentencia C-094 de 2003, en la que define el contrato de prestación de servicios con entidades estatales, se refiere a éstos afirmando que dichos contratos pueden suscribirse, pero manteniendo la independencia y autonomía que realmente caracterizan a los contratos de prestación de servicios, y no pueden concurrir este tipo de contratos los elementos esenciales del contrato de trabajo que es muy diferente a este.

Adicionalmente se presenta otro factor que desvirtúa el contrato de prestación de servicios, este es el término de duración de la relación contractual. Preceptúa la norma que la contratación por prestación de servicios ha de ser ocasional, sin que se genere una relación laboral, sin embargo, ocurre que estos contratos de prestación se consolidan de manera indefinida en el tiempo. Al respecto la Corte Constitucional se pronuncia en la Sentencia C-614 de 2009, y confirma la prohibición que tiene la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones permanentes lo cual se constituye en desprotección de las relaciones laborales y evita la deslegitimación de la contratación estatal.

La Sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional en la que ratifica la prohibición de celebración de contratos para el ejercicio de actividades permanente, es reiterativa en afirmar que:

El contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

La aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas permite esclarecer la verdadera naturaleza del contrato de que se trate, previa verificación de los supuestos que lo configuran. Compete al Juez laboral desentrañar la esencia de la relación contractual a partir del análisis de la realidad de los asuntos que de esta naturaleza deba resolver.

La Corte Constitucional en Sentencia C-665 de 1998, en la que hace referencia al principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, dictaminaba que:

Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades.

## **ANÁLISIS Y DISCUSIÓN**

Las anteriores reflexiones periten llegar a conclusiones significativas respecto al principio de primacía de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios en la administración pública; del análisis anterior y la jurisprudencia se puede concluir que el contrato de prestación de servicios, es una figura propia del derecho civil y comercial, que no sólo opera en el ámbito privado, que curiosamente siendo una figura del derecho privado, tiene mayor práctica en el sector público.

La consulta de las diferentes fuentes de información permitió evidenciar que el contrato de prestación de servicios viene siendo utilizado con frecuencia en Colombia,

presentándose al mismo tiempo la vulneración de derechos laborales y por ende fundamentales. Recuérdese que los derechos laborales están en la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC, en el artículo 25 de la Constitución Política.

Desde su concepción el derecho al trabajo ha sido afectado por diversos cambios, los principales y con mayor impacto negativo son aquellos relacionados con las reformas económicas neoliberales adoptadas alrededor de los años 90, enfocadas al fortalecimiento económico mediante la minimización de costos y prevalencia de la libertad económica tanto en el sector público como en el privado; situación que ha llevado a privilegiar las ganancias de las empresas sobre la calidad de vida de las personas. Para el caso colombiano, con las tendencias económicas neoliberales se ha venido dando paso a la creación de los contratos de prestación de servicios que han sido adoptados por la legislación nacional. Esta generalización en las formas de contratación ha dado pie a un amplio desarrollo jurisprudencial, donde la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han precisado de qué manera y en qué situaciones ha de emplearse esta figura contractual. Sin embargo, el uso de este contrato se ha extendido amplia e indiscriminadamente, de manera que se ha desdibujado del contexto para el cual fue creado, evidenciando que en la actualidad la mayor cantidad de empleos tanto en el sector público como en lo privado se surten con este tipo de contratos. Este conflicto transita a la vía jurídica cuando concurren elementos sustanciales del contrato de trabajo en su ejecución, evidenciándose que estas políticas, en materia de contratación laboral, se han convertido en una estrategia que vulnera los derechos laborales y fundamentales de las personas naturales que obran bajo la figura de contratistas independientes en el sector público.

Los aspectos que desvirtúan el contrato de prestación de servicios son los elementos esenciales del contrato de trabajo, lo que implica el ocultamiento de una verdadera relación laboral, puede decirse que la realidad misma es la que desvirtúa esta modalidad de contratación, de ahí que en este análisis se hable del principio de primacía de la realidad sobre las formas, que es el punto de referencia diferenciador entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios.

A pesar de lo anterior, se debe seguir insistiendo en la necesidad de establecer una estrategia dirigida a promover un trabajo decente que tenga en cuenta las necesidades, aspiraciones y deseos de los trabajadores, como son la posibilidad de contar con un empleo en el que se sienta útil y productivo; con un salario justo, seguridad laboral y protección social (salud, pensiones, cesantías, etc.) para él y su núcleo familiar; son necesarias las oportunidades para el desarrollo personal del trabajador; las oportunidades de organización sindical y gremial y la igualdad en el trato, sin discriminaciones ni exclusiones por sus condiciones particulares.

Teniendo en cuenta las precisiones de la Corte Constitucional en las cuales ha puntualizado sobre el alcance trascendental del derecho al trabajo y ha evidenciado que el mismo se ha ocultado bajo el denominado contrato de prestación de servicios,



hay certeza de que este hoy en día, junto con otras formalidades permitidas por la ley como los contratos interadministrativos y tercerización, son el mecanismo por excelencia de vulneración de derechos fundamentales, al ser desviados de su finalidad.

La inclusión del trabajo dentro de la Constitución, hace que éste adquiera la condición de derecho fundamental pues es el medio por el cual se materializa el mínimo vital, es la fuente de los recursos necesarios para la subsistencia.

El contrato de prestación de servicios en la actualidad se ha desviado del fin para el cual inicialmente fue concebido; hoy se ha instituido como la constante en el marco de la contratación estatal, pues muchas funciones que deben ser ejercidas por personal de planta, se están entregando a contratistas, para actividades que son permanentes, situación que está prohibida por la ley, esta realidad opaca y desconoce la evolución jurisprudencial que se ha venido desarrollando en Colombia, es decir la constitucionalización del derecho laboral, incluso el mismo artículo 53 de la Constitución que establece el marco mínimo de garantías en el trabajo.

Se ha encontrado igualmente que una vez se finaliza el contrato, los contratistas se encuentran en la penosa incertidumbre de no saber si serán o no contratados para el siguiente periodo, hecho que por sí genera temor ante la posibilidad de quedarse desprotegido; temor que, durante la ejecución de la relación contractual, puede estar acompañado de amenazas ante el no cumplimiento de horarios, y presiones ejercidas desde la entidad administrativa contratante, adicionalmente también se menoscaba el mínimo vital en la medida que si bien se dan los elementos de la relación de trabajo, el contratista no percibe prestación laboral alguna, además de ello tiene que proveerse el pago de su salud, pensión y riesgos, lo que atenta gravemente contra el derecho fundamental a la seguridad social.

Si bien tanto en los contratos de trabajo, como en los de prestación de servicios, dos o más personas o instituciones convienen la realización de una labor a cambio de un pago, existen diferencias entre una y otra: en el contrato de trabajo se habla de empleador y empleado y del pago de salario, mientras que en el de prestación de servicios se habla del vínculo entre contratante y contratista, y su remuneración tiene el nombre de honorarios; la dependencia es otro de los elementos que los diferencia, en el contrato de trabajo existe ésta a manera de subordinación, en el de prestación de servicios existe autonomía de parte del contratista. Para el caso del contrato de trabajo la labor debe desempeñarse de manera personal y debe estar adscrita a un horario predeterminado, en el de prestación de servicios puede hacerse a través de un tercero, sin que se esté sujeto a un horario definido. En el contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a prestaciones sociales (cesantías, intereses, prima u otras extralegales), en el de prestación de servicios el contratista no tiene derecho a esos beneficios. En el contrato de trabajo el trabajador puede ser despedido del cargo, en el de prestación de servicios no existe esa figura, aunque sí la sí la terminación unilateral por incumplimiento de lo estipulado. En el contrato de trabajo el trabajador debe ser afiliado a la seguridad social, la cual es asumida por el empleador en un determinado porcentaje, se tiene derecho a vacaciones remuneradas y a pagos adicionales por horas extras, trabajo nocturno, dominicales y feriados; mientras en el contrato de prestación de servicios el contratista se afilia como independiente, cubre con

recursos propios el valor total de los aportes por este concepto, no cuenta con el beneficio de las vacaciones remuneradas ni recargos por horas extras, festivos o dominicales. En el contrato de trabajo las relaciones legales entre el empleador y el trabajador se regulan por el Código Sustantivo del Trabajo y las normas de carácter laboral, en el de prestación de servicios estas relaciones se rigen por las normas civiles, comerciales o administrativas.

La entidad oficial contratante tiene la potestad de manera discrecional de determinar y elegir los contratistas para el nuevo periodo contractual, de manera que, si alguien lleva en esta relación varios años, lo único que tiene asegurado es la posibilidad de que simplemente no lo vuelvan a contratar.

El anterior es el panorama laboral en el sector oficial en Colombia, y resulta contradictorio porque es desde el mismo Estado a través de sus dirigentes de turno, en ocasiones buscan más un beneficio político, a través de pago de favores electoreros o de castigos (a los que no apoyen a determinados candidatos); lo que de paso abre la puerta para que la corrupción campee en los escenarios laborales, pues generalmente estas formas de contratación están acompañadas por la celebración indebida de contratos de prestación de servicios, atentando contra el régimen de la administración pública, pues se reduce el ingreso a los cargos públicos por concurso de méritos, esto finalmente para que el Estado se libere de las cargas fiscales que implican las plantas de personal al servicio de la administración, vinculadas de manera directa.

La contratación por prestación de servicios es un mecanismo adecuado y legal de vinculación a la administración pública para el desarrollo de las labores que por su misión debe desarrollar una entidad, pero ésta forma de contratación se torna insegura cuando se le da un manejo inadecuado al pretender, a partir de él, el desarrollo de labores permanentes que supongan desplegar funciones de los empleados o funcionarios de planta de la entidad pública, lo que lleva a las entidades pública a incurrir en el desconocimiento y vulneración de derechos, beneficios y garantías de las relaciones laborales.

Dadas estas circunstancias, muy especialmente la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, han planteado abundante jurisprudencia que, en esencia, protege el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores contratados por las entidades del Estado por la modalidad de prestación de servicios.

Todas estas reflexiones dejan en claro que existe una práctica desbordada en las entidades públicas en la contratación de personas por la vía de la prestación de servicios, lo que no es problemático en sí, el problema es que mediante este tipo de formas de contratación se han venido vulnerando los derechos de los trabajadores y los derechos fundamentales de los mismos; lo que al fin de cuentas ha generado numerosas demandas contra las entidades estatales, causando un grave detrimento patrimonial, sin que las entidades públicas parecieran estar dispuestas a cambiar sus formas de contratación, de tal manera que en todo momento y lugar se respeten los derechos de las personas que prestan sus servicios a las entidades estatales.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCALDÍA DE MEDELLÍN. (2019). Informe de gestión Plan de Desarrollo de Medellín, 2016-2019. Medellín.

AMADO, Ana. (2019, octubre). Coyuntura laboral. Revista Cultura y Trabajo. Medellín: Escuela Nacional Sindical. Recuperado de [www.ens.org.co](http://www.ens.org.co)

ANGARITA, Pablo. (2019, septiembre). *Colombia: ¿Hacia la paz o hacia la guerra?* Portal Universidad de Antioquia. Medellín. Recuperado de [www.udea.edu.co](http://www.udea.edu.co)

BARACALDO, Laura. (2018). El outsourcing en las entidades públicas de Colombia. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

BARONA, Ricardo. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. Revista Criterio Jurídica Garantista, Vol. 2, N° 2. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2663/50. Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1993). Ley 80/1993. Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Bogotá.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2004). Ley 909/04. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público. Bogotá.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2002). Ley 734/02. Código Disciplinario Único. Bogotá.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80/93. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2004). Ley 909/04. Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública. Bogotá.

CONSEJO DE ESTADO. (1994). Sec. III. (01, nov., 1994). Rad I: 7960. M.P. Carlos Betancourt.

CONSEJO DE ESTADO. (2009). Sec. III. (01, jul., 2009). Rad I: 1106- 08. M.P. Gerardo Arenas. Bogotá.

CONSEJO DE ESTADO. (2018). Sentencia 00117/18. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. (1993). Sentencia C-056/93. M.P. Eduardo Cifuentes. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. (1997). Sentencia C-154/97. M.P. Hernando Herrera Vergara. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. (1998). Sentencia C-665/98. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2003). Sentencia C-094/03. M.P. Jaime Córdoba. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2009). Sentencia C-614/09. M.P. Jorge Ignacio Pretelt. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2010). Sentencia T-903/10. MP. Jaime Araujo Rentería. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2016). Sentencia T-029/16. Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1997). Sentencia 9262/97. M.P. Fernando Vásquez Botero. Bogotá.

CORTÉS, Amparo. (2018). El Principio de la primacía de la realidad como garante de los derechos laborales de los trabajadores oficiales. *Revista Verba Iuris*, 13(40), pp. 111-127. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. (2017). Concepto marco 07. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co>

DURÁN, Eugenia. (2018, julio). Inclusión social: el gran desafío para Colombia. *Revista Arcadia*. Bogotá. Recuperado de [www.revistaarcadia.com](http://www.revistaarcadia.com)

ESCUELA NACIONAL SINDICAL, ENS. (2019). Trabajo decente en Medellín. Medellín. Recuperado de [www.ens.org.co](http://www.ens.org.co)

IGUÍÑIZ ECHEVERRÍA, Javier. (2005). *Crecimiento económico y defensa de la vida en América Latina*. El Futuro del Mundo, compromiso de todos. Lima: Instituto Bartolomé de las Casas.

ISORNI, María Emilia. (2012). Los conceptos de hombre y trabajo en Karl Marx y Jean Paul Sartre. Universidad Nacional de Santiago del Estero.

JARAMILLO, Iván. (2010). Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia. Revista Opinión Jurídica. Vol. 9, N° 18, pp. 57-74. Medellín: Universidad de Medellín.

MARTÍNEZ, John. (2015). Impacto de las reformas económicas neoliberales en Colombia desde 1990. Revista In Vestigium Ire, Vol. 8, N°1. Tunja: Universidad Santo Tomás.

MAX-NEFF, Manfred. (1991). Desarrollo a escala humana, una opción para el futuro. Buenos Aires: Cepaur.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT. (1998). Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Bogotá.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT. (2015). El camino del trabajo decente y la lucha por la dignidad humana. Recuperado de [www.ilo.org/americas](http://www.ilo.org/americas)

PLATAFORMA COLOMBIANA DE DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y DESARROLLO. (2003). *El embrujo autoritario, primer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez*. Bogotá: Septiembre, p. 8.

REVISTA EL EMPLEO. (2020, marzo). Desempleo aumentó para febrero de 2020. Revista El Empleo. Bogotá. Recuperado de [www.eempleo.co](http://www.eempleo.co)

REVISTA DINERO. (2019, enero). Desempleo en 2018 subió a 9,7. Revista Dinero. Bogotá. Recuperado de [www.dinero.com](http://www.dinero.com)

RODRÍGUEZ, Ferney. (2015) *¿La investigación jurídica y sociojurídica?* Revista Justicia, N° 4. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.

SARMIENTO ANZOLA, Libardo. (2002, octubre). *Vendimia biopolítica y ecosocialismo*. Bogotá: Periódico Desde Abajo.

SEN, Amartya. (2003). Desarrollo a escala humana. Bogotá: Planeta.

SILVA ORMEÑO, Miguel. (2012). El principio de la primacía de la realidad. Revista Derecho y Cambio Social. Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal.

VALLECILLA, Luis. (2019). La relación laboral y el contrato de trabajo. Revista Jus Laboral, N° 8. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.