

El contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia

The contract reality versus the service provision contract in Colombia

Yolis Judith Hoyos Pertuz¹

Resumen: Una de las principales problemáticas que se presentan en la actualidad y que afecta de manera notoria a los trabajadores, es el fraude a la ley y la simulación en materia laboral con el empleo de la figura de la tercerización y de otras modalidades contractuales para la contratación de personal como el contrato de prestación de servicios. Se trata de fraude en la ley y simulación porque a pesar de ser notorio el cumplimiento de los elementos que constituyen un contrato de trabajo, se tiende a emplear el contrato de prestación de servicios para evadir las obligaciones que recaen sobre los empleadores a la hora de celebrar un contrato de trabajo y nacer a la vida jurídica una relación laboral.

Palabras clave: Fraude a la ley; Simulación; Contrato realidad; Contrato prestación de servicios.

Abstract: One of the main problems that currently arise and that affects workers in a notorious way is the fraud to the law and the simulation in labor matters with the use of the figure of the outsourcing and other contractual modalities for the hiring of personnel such as the contract for the provision of services. This is fraud in the law and simulation because, despite the fact that compliance with the elements that make up an employment contract is notorious, there is a tendency to use the contract for the provision of services to evade the obligations that fall on employers when they conclude an employment contract and an employment relationship comes into being.

Keywords: Fraud to the law; Simulation; Reality contract; Service contract.

¹ Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Correo: yolis.hoyos@unp.gov.co

Introducción

En la actualidad el objetivo esencial del derecho al trabajo es garantizar una vida con condiciones dignas tanto para el trabajador como para su familia, objetivo que se ve notoriamente afectado por las condiciones que se presentan en el mercado laboral en donde la prioridad para los empleadores, es obtener grandes utilidades con una reducción de los costos, generando con esto el desconocimiento de los derechos y las garantías de muchos trabajadores en búsqueda de un mayor crecimiento económico.

Es por este motivo que se busca amparar los derechos de estos trabajadores que se ven perjudicados frente a las medidas impuestas por los empleadores que, reduciendo costos, limitan o vulneran los derechos de sus empleados. Con la tercerización y el empleo del contrato de prestación de servicios, se tiende al fraude y la simulación en material laboral, razón por la cual mediante sentencias se ha buscado el reconocimiento de los derechos de los trabajadores ante el cumplimiento de los elementos típicos de un contrato de trabajo con la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y la declaración del llamado “contrato realidad”.

Cabe destacar que el contrato de prestación de servicios ha llegado a ser la modalidad de contratación de personal más empleada en las entidades públicas. Las cifras de empleados contratados de esta forma por las entidades públicas van cada vez más en ascenso, lo que evidencia una posible forma por parte del Estado de evadir responsabilidades con los trabajadores como garantizar la seguridad social y la estabilidad laboral. (Cuesta, H., y Zota, E., s.f.).

Según explica Ávila, R., (2018), una persona que tiene un contrato laboral, recibe por la prestación de sus servicios 12 salarios al año, auxilio para su transporte, prima, cesantías e intereses, vacaciones (15 días por año laborado), afiliación a la seguridad social y derecho a licencias e incapacidades con remuneración, entre otros. Por su parte, una persona vinculada

mediante un contrato de prestación de servicios, sólo recibe una remuneración pactada por su labor al que se le descuenta un porcentaje por la retención en la fuente, un 6.4% de la remuneración total por concepto de pensión y un 5% de la remuneración total por salud, además de tener que cotizar a la ARL con un descuento adicional y sin recibir un pago adicional por horas extras ni incapacidades médicas pagadas por la empresa ni tiene derecho a prima, vacaciones, cesantías, licencias remuneradas, etc.

Debido a estas “ventajas” para los empleadores, tanto las empresas privadas como las entidades públicas, han recurrido a este contrato para contratar personal, habiendo hoy en día un número considerable de trabajadores que se encuentran vinculados mediante un contrato de tipo civil que, sin embargo, no va en consonancia con la realidad debido a que se les exige en numerosas ocasiones, el cumplimiento de horarios, se encuentran bajo subordinación y dependencia y reciben una remuneración mensual, por lo que se configuraría una verdadera relación laboral, afectando de manera considerable los derechos de los trabajadores.

En razón a esto, este artículo se centra en el estudio y análisis del llamado “contrato realidad” como una solución jurídica que se ha encontrado para garantizar los derechos laborales de aquellos trabajadores que, a pesar de estar vinculados bajo un contrato de prestación de servicios, realmente se configuran todos los elementos de un verdadero contrato de trabajo. Para tal fin, se plantea la siguiente pregunta: ¿Cuál es el alcance del contrato realidad frente a los contratos de prestación de servicios en Colombia?

Para dar respuesta se iniciará el artículo con el estudio de aspectos generales del contrato de prestación de servicios y concepto de contratistas independientes, a lo que seguirá el análisis del contrato realidad, el principio de primacía de la realidad sobre las formas, de jurisprudencia acerca del objeto de estudio, entre otros aspectos.

Metodología

El trabajo planteado es una investigación jurídica cuyo objeto es el estudio del contrato realidad desde el punto de vista de la legislación y la jurisprudencia colombiana, señalando los elementos esenciales para la configuración del mismo con la aplicación de un tipo de investigación cualitativa a partir de la cual se obtiene la información y se procede al análisis documental con el siguiente orden: i) contrato de prestación de servicios en Colombia: Aspectos generales, ii) Naturaleza jurídica y concepto del contrato de prestación de servicios, iii) Características del contrato de prestación de servicios y diferencias con el contrato de trabajo, iv) Principio de primacía de la realidad sobre las formas como respuesta al fraude de ley y simulación en materia laboral: Análisis jurisprudencial, v) Teoría del contrato realidad como aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas: consagración legal y jurisprudencial, vi) Contrato administrativo de prestación de servicios, vii) Contrato de prestación de servicios en empresas privadas, viii) Régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos de prestación de servicios, ix) Sentencias relevantes sobre contrato realidad y primacía de la realidad sobre las formalidades, x) Resultados y xi) Conclusiones.

El contrato de prestación de servicios en Colombia: Aspectos generales

Según explica Rodríguez, L., (2012), dentro de las formas que puede adoptar el trabajo independiente en cuanto ejercicio autónomo de una actividad que genera lucro, destaca el contrato de prestación de servicios que se constituye como una de las formas más comunes de contratación dentro del trabajo independiente. Al respecto de este tipo de contrato, se encuentran según esta autora, diversas referencias en la legislación colombiana tanto en normas de derecho privado como

público, en el Código Civil, el Código del Comercio y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (Pp. 151-161).

El Código Civil se refiere en su capítulo IX al “arrendamiento de servicios inmateriales” y en el artículo 2064 presenta una serie de ejemplos sobre los servicios que pueden arrendarse como los de escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, cantores, etc. Por su parte, el Código de Comercio en el artículo 968 se refiere al contrato de suministro de servicios señalando que se trata de un contrato por el cual una parte se obliga a cumplir en favor de otra, de forma independiente, unas prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios a cambio de una contraprestación.

Con esto se puede concluir que la prestación de servicios independientes no es algo reciente sino que ha sido regulado por años mediante instituciones de derecho privado mientras que en el caso del derecho público, existe una definición de contrato de prestación de servicios en la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, numeral 3 que establece que son contratos de prestación de servicios aquellos que celebren las entidades estatales para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, además de que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando estas actividades no se puedan desarrollar por parte de personal de planta o bien se requiera de conocimientos especializados. Este artículo destaca además que estos contratos de ninguna forma generan una relación laboral ni prestaciones sociales y sólo se celebran por el tiempo que sea estrictamente necesario. (Rodríguez, L., 2012).

Orjuela, L., Segura, D. y Tovar, S. (2012) ponen de manifiesto que el principio de libertad contractual del derecho privado también se aplica en materia laboral al encontrarse previsto en la autonomía privada con la posibilidad que tienen los particulares de regular por sí mismos sus propias relaciones, teniendo libertad para contratar con quien se deseé bajo el contrato que interese

El contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia

y bajo sus propias condiciones y finalidades. Esto implica que el empleador es libre de decidir bajo qué figura va a contratar, sin embargo, el derecho laboral involucra normas de orden público para la protección de los trabajadores. Ahora bien, no hay que olvidar la existencia del principio de la primacía de la realidad sobre las formas que implica un carácter protector del Estado que interviene con figuras garantistas en favor de los trabajadores.

Esto trae consigo que el derecho privado tiene límites para la contratación como son las buenas costumbres y el orden público para garantizar la protección del Estado que incluso se extiende al punto en el que a pesar de estar de acuerdo los trabajadores en la limitación de sus derechos, las cláusulas que lo establecen se dan por ineficaces.

Naturaleza jurídica y concepto del contrato de prestación de servicios

El contrato de prestación de servicios no tiene definición en la legislación laboral colombiana ni tampoco se encuentra regulado, aunque por disposición del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, el legislador asignó a la jurisdicción laboral el conocimiento de las controversias surgidas en el reconocimiento y pago de honorarios o las remuneraciones en ocasión de los servicios personales de carácter privado con independencia de la relación que los motive. (Ministerio de Protección Social, 2008)

De conformidad con el concepto del Ministerio de Protección Social (2008), el contrato de prestación de servicios forma parte de una amplia variedad de contratos que permiten el acuerdo de las partes en aspecto como el objeto, la remuneración por los servicios prestados, el tiempo de ejecución de las actividades que han sido contratadas y además las razones para la terminación del contrato sin que se configure una relación laboral, por lo que no se le aplican las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Aunque se trata de un contrato de naturaleza civil y comercial, el Código Sustantivo del Trabajo si brinda una definición acerca de quien labora mediante este tipo de contratación, es decir, los contratistas independientes, estableciendo que son las personas naturales o jurídicas que son contratadas para la ejecución de una o varias obras o para la prestación de servicios en beneficios de terceros a cambio de un precio determinado, asumiendo todos los riesgos y realizando la prestación de sus servicios con sus propios medios, con libertad y autonomía tanto técnica como directiva. (Colombia Legal Corporation, 2018)

Características del contrato de prestación de servicios y diferencias con el contrato de trabajo

Rodríguez, L. (2012) señala las características del contrato de prestación de servicios.

- Es *bilateral* porque participan dos sujetos, “contratante y contratista”.
- Es *oneroso* porque las partes que participan en la contratación reciben un lucro económico.
- Es *comutativo* porque las obligaciones de las partes son mutuas, para una la prestación de un servicio determinado con condiciones específicas y para la otra, el pago de una retribución económica por los servicios (honorarios).
- *No es solemne* porque no consagra ninguna formalidad para su existencia ni solemnidad, por lo que incluso puede ser verbal, aunque el documento escrito sirve como prueba de la existencia de un contrato de prestación de servicios.

Esta autora además hace referencia a las diferencias existentes entre un contrato de prestación de servicios y un contrato de trabajo poniendo de manifiesto que en el caso del contrato de prestación de servicios existe una prestación personas del servicio mediante una persona que bien puede ser natural a otra que puede ser también una persona natural o jurídica. Por su parte, el

El contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia

contrato de trabajo es *intuito personae* puesto que se celebra el contrato con una persona por su experticia o experiencia, por lo cual no es posible realizar la cesión del contrato por lo que, si durante la ejecución del contrato es necesario cambiar al trabajador, lo que opera es un nuevo contrato con otro trabajador. Sin embargo, en los contratos de prestación de servicio si es posible hacer la cesión del contrato si es la voluntad de las partes y de esta forma, el contratista puede ceder el contrato a otra persona natural.

De los elementos que constituyen un contrato de trabajo, es decir, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario, este contrato comparte con el contrato de prestación de servicio los dos elementos, es decir, la prestación personal del servicio y la retribución, pero no la subordinación que no se encuentra en el contrato de prestación de servicios.

Esta subordinación explica Rodríguez, L., se encuentra definida en el Código Sustantivo del Trabajo como la facultad que tiene el empleador para exigir el cumplimiento de órdenes al trabajador en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, además de imponerle reglamentos. Este elemento de subordinación es precisamente lo que distingue al contrato de trabajo y aunque se empleen otras modalidades de contrato, si existe subordinación estaríamos ante un contrato de trabajo a pesar de que cambie su nombre o denominación, ante lo cual se estaría frente a un contrato realidad.

Principio de primacía de la realidad sobre las formas como respuesta al fraude de ley y simulación en materia laboral: Análisis jurisprudencial

La definición que brinda la Real Academia de la Lengua Española sobre fraude es que se trata de un acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o terceros. El fraude,

por lo tanto, tiene una connotación negativa e implica una actuación que se considera contraria a la honestidad, la rectitud y hace referencia al engaño.

Para Orjuela, L., Segura, D., y Tovar, S. (2012), esta definición indica un obrar no simulado sino real en donde la acción del sujeto va encaminada a evadir los efectos de una ley a partir del empleo de un mecanismo legal que se encuentra amparado por el derecho o bien la actuación se encuentra cobijada por una norma que busca un resultado diferente, por lo cual es difícil su determinación. Esto debido a que en principio se estaría ante una conducta lícita pero debido al uso fraudulento de una normativa, los efectos producidos cesan y el acto evidentemente debe ser declarado nulo. Sin embargo, para que esto se dé, es necesario que se demuestre el verdadero sentido de la actuación y la forma en la cual el actor buscó eludir la ley defraudada, que la conducta se ampara bajo esa ley y no bajo la otra con la que se buscó el amparo de la conducta ilícita puesto que a pesar de estar amparada la conducta por otra norma, se está frente a una conducta contraria a la legislación.

La simulación, por su parte (Ferrara, F. 1931), implica fingir lo que no es para dar una apariencia de realidad a una cosa que no existe buscando hacer creer que algo es cuanto realmente no lo es, es decir, se pretende engañar, crear una ficción o una ilusión sobre la realidad. A diferencia del fraude a la ley, lo único que se requiere para hablar de simulación es que exista el carácter volitivo de los actores con el fin de asignar un negocio jurídico que se pretende celebrar o el uso de determinada figura jurídica para generar ciertos efectos.

Explica Ferrara, F. que lo que se busca es defraudar a terceros dándole apariencia de un acto determinado a una realidad que es diferente porque lo que realmente se busca es ocultar otro acto, de esta manera, se presentan dos voluntades, una que es la que se declara y que tiene efectos de oponibilidad frente a las demás personas pero que es una ilusión porque no supone la verdadera

intención de los contratantes, y otra que se encuentra oculta y que es el verdadera propósito de los contratantes pero que desconocen los terceros que le dan validez al primer acto. (Pp. 59-121).

Este fraude o simulación ha sido aplicado también en materia laboral y aunque en Colombia no se encuentran disposiciones que se refieran a los efectos de los mismos, si se ha admitido jurisprudencialmente estas figuras como fuente de derecho. A pesar de esto, en otras legislaciones como la Argentina (Ley de Contrato de Trabajo, artículo 14), se establece como consecuencia la nulidad del contrato.

Ferrara, F. explica también que en Colombia los trabajadores presentan dentro de sus pretensiones la declaración del contrato realidad con la aplicación del principio de primacía de la realidad que viene a probar la relación laboral y la existencia de una simulación o fraude de ley con un contrato que ocultaba el contrato laboral.

En cuanto al principio de primacía de la realidad como respuesta al fraude a la ley y la simulación, se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que se desarrolla en todos los campos del derecho, pero alcanza su máximo desarrollo social y humano en el derecho laboral en donde se deja a un lado las posiciones formalistas con el fin de enfocarse en la realidad o en el hecho que en realidad el trabajador ha renunciado a su libertad para someterse a las órdenes de un empleador. (González, C, Castaño, F. y Castaño, P. (2007)

Orjuela, L., Segura, D. y Tovar, S. (2012) señalan como virtud de este principio en material laboral el hecho que, de probarse la realidad, se generarán consecuencias sin tener que recurrir a las figuras del fraude de ley o la simulación para que se obtenga la declaración de nulidad de los efectos del negocio llevado a cabo. A modo de ejemplo se puede tomar la sentencia 8291 de 22 de agosto de 1996 del MP Ramón Zúñiga Valverde en donde precisó que no importa de si se trata o

no de simulación, sino que el problema se resolvería desde el punto de vista de primacía de la realidad sobre las formas establecido en el artículo 23 de Código del Trabajo.

Por su parte, González, C. et al (2007) hacen referencia a las numerosas sentencias de la Corte Constitucional que se han proferido sobre este tema, aunque no se ha unificado conceptos para facilitar la aplicación de este principio y determinar la existencia de un contrato realidad como la Sentencia C-056 de 1993 del MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Sentencia C-555 de 1994 del MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Sentencia C-154 de 1997 del MP. Hernando Herrera Vergara.

A pesar del hecho que el Juez Constitucional en Colombia se ha convertido en un creador de sub-reglas constitucionales mediante su jurisprudencia, más que un simple aplicador de las normas de la Constitución, debido a la gran cantidad de jurisprudencia que existe sobre el tema, es difícil el análisis jurisprudencial debido a que la búsqueda de las sentencias más sobresalientes les resulta intimidante, por lo que dicho análisis se desarrolla con límites y parámetros para la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para llevar a cabo el análisis jurisprudencial, en primer lugar, se procede a determinar la *ratio decidendi*, que implica encontrar lo que equivale a la cosa juzgada en las sentencias mediante el empleo de diferentes métodos de interpretación.

Posteriormente se verifica si los siguientes hechos materiales corresponden a patrones fácticos a través de los cuales se puede predecir la solución de los casos: Hay que tener en cuenta que la sola prestación efectiva del trabajo es suficiente para que nazcan derechos en favor del trabajador. En este sentido, la laboral que se desarrolla debe configurar los elementos de la relación laboral, no importa la denominación bajo la cual se adopta el vínculo contractual que encuadra una relación laboral. Igualmente, se tiene como sub-regla para el problema jurídico que toda labor bajo subordinación y dependencia constituye una relación laboral. (González, C. et al, 2007)

Teoría del contrato realidad como aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas: consagración legal y jurisprudencial

El artículo 23, literal 2 de la Constitución establece el principio de primacía de la realidad señalando tres elementos esenciales (Orjuela, L. et al., 2012):

- a. Actividad personal del trabajador
- b. Continuada subordinación o dependencia del trabajador frente al empleador que faculta al segundo a exigir al primero el cumplimiento de sus órdenes en cualquier momento, al modo que establezca, tiempo o cantidad de trabajo y además imponer reglamentos que ha de cumplir durante todo el tiempo de duración del contrato sin que afecte al honor, dignidad y derechos mínimos del trabajador.
- c. Salario como retribución de la prestación del servicio.

Cuando se reúnan estos tres elementos esenciales del artículo, se entiende que existe un contrato de trabajo y no deja de serlo sin importar la denominación que se le dé u otras condiciones o modalidades que se le agreguen. “Los distintos modelos de negocio y las distintas concepciones económicas y de inversión de las distintas organizaciones hacen viable algunas estructuras sobre otras” (Porto & Angarita, 2017). Así, a partir de ese artículo, se reconocen una serie de indicios que permiten establecer la existencia de un contrato de trabajo como la periodicidad de la retribución por las mismas sumas durante meses y la clase de trabajo que se desarrolla (actividades consideradas habituales que exigen cumplimiento de horario, acudir a un lugar fijo para cumplir las labores, etc). Estos autores explican además que lo que distingue esencialmente un contrato de naturaleza civil de un contrato laboral, es el elemento de la subordinación que supone una dependencia del trabajador al empleador.

Según Sánchez, C. (2015), cuando se presente una discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que se observa en documentos o acuerdos, se debe dar preferencia a lo primero, es decir, a los hechos. Es así como se ha consagrado el principio de la primacía de la realidad como uno de los principios fundamentales en el derecho laboral.

Señala Sánchez, C. (2015), que se trata de un principio que no cuenta con una expresa consagración legal pero que se apoya en algunos textos laborales como el Código Sustantivo del Trabajo (CST), en su artículo 13 que establece “No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo”. Este mínimo al que se refiere este artículo es el mínimo de derechos y garantías que se consagran en favor de los trabajadores y sienta el criterio de que lo formal debe subordinarse a lo real, además, el artículo 23, numeral 2 del CST establece que una vez que se reúnen los tres elementos de los cuales trata ese artículo, se entenderá que existe un contrato de trabajo independientemente del nombre que se le dé ni tampoco de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

En cuanto a la consagración jurisprudencial de este principio, se puede encontrar sentencias que abordan el tema como la Sentencia de Casación Laboral de 1 de diciembre de 1981 en donde se reconoce dicho principio como uno de los principios fundamentales en el derecho del trabajo, la sentencia de Casación de 27 de noviembre de 1957 por su parte, estableció que lo que hay que observar es la naturaleza misma de las prestaciones de trabajo ejecutadas y su carácter para definir lo esencial del contrato y no las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas entre otras sentencias.

Contrato administrativo de prestación de servicios

Espinosa, C. (2012) hace referencia al artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que enuncia las características de los contratos administrativos de prestación de servicios (CAPS) como un acuerdo solemne de voluntades nominado que celebran las entidades del Estado con el fin de desarrollar las actividades relacionadas con el funcionamiento o la administración de la entidad que sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no se pueden realizar con personal de planta o para llevarlas a cabo, se requiera de conocimientos especializados. Este artículo añade que estos contratos no generan en ningún caso una relación laboral ni prestaciones sociales y sólo se celebrarán por el término que sea estrictamente indispensable. (Pp. 267-295)

Igualmente, explica el autor que los elementos particulares de este tipo de contrato son:

- a. La prestación de un servicio personal
- b. El servicio va direccionado al funcionamiento de la entidad
- c. Autonomía tácita del contratista en la ejecución de las tareas asignadas que no implican una relación laboral ni prestaciones sociales
- d. Imposibilidad de personas de planta de adelantar las funciones debido a la exigencia de conocimientos especializados
- e. Duración temporal por un tiempo estrictamente necesario

De estos elementos destaca la importancia de la autonomía del contratista como la temporalidad de la prestación de los servicios y la necesidad de los conocimientos especializados. Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado en su sentencia de 19 de diciembre de 1995, expediente 9140 promueve una interpretación más flexible como es el caso de los conocimientos especializados que según este tribunal, se amplía hasta el punto de estar permitido prestar cualquier servicio en la entidad incluyendo los más inherentes a las actividades que desempeñe.

Sobre este tipo de contrato, Apaza, D. (2014) señala que es un contrato administrativo que oculta una verdadera relación laboral y la forma de desmaterializar una verdadera relación laboral es mediante un proceso ordinario (en sede judicial) aplicando la tesis del principio de la primacía de la realidad y convirtiéndolo en un Contrato Realidad y además, que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no se establece como requisito el elemento de la subordinación y dependencia para la prestación de servicios por parte del contratista.

En sede judicial se deberá probar entonces la subordinación o dependencia del contratista con la entidad estatal y será el juez administrativo el que aplicando el principio de primacía de realidad, el que declarará la existencia de un contrato realidad indemnizable.

Régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos de prestación de servicios

El artículo 25 de la Constitución establece el trabajo como un derecho fundamental con una protección especial del Estado y en su artículo 122 establece que no habrá empleo público que no tenga sus funciones detalladas o en la ley o en un reglamento con el fin de proveer los cargos de carácter remunerado que deberán estar contemplados en la planta y previstos dentro del presupuesto correspondiente.

A su vez, el artículo 123 de la Carta Política señala como servidores públicos a aquellos que pertenecen a las corporaciones públicas, los empleados y los trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios y además destaca que estos servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad y deben ejercer sus funciones según se encuentra previsto en la Constitución, la ley y el reglamento, y la ley determinará cuál es el régimen que se le aplica a aquellos particulares que de manera temporal desempeñan funciones públicas y regulará su ejercicio.

Esto significa que la Constitución establece las formas de vinculación laboral de los servidores públicos con el Estado y a su vez da facultad al legislador para que determine el régimen que se les aplica a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas en los casos no contemplados constitucionalmente. (Apaza, D., 2014).

Para Manotas, J. y Gómez, C. (2010) es preciso enmarcar desde el punto de vista sustancial, la diferencia que existe entre un contrato que se encuentra regido por el Código Sustantivo del Trabajo y un contrato que emana del Estatuto General de Contratación. Destacan que aunque inicialmente la relación comenzó como un contrato de prestación de servicios, con factores como el cumplimiento de horarios, la impartición de órdenes, el cumplimiento de la labor, entre otros aspectos, terminan convirtiéndolo en un contrato de trabajo por lo que se termina con una demanda ante la jurisdicción laboral o contencioso administrativa para el reconocimiento de las prerrogativas de un contrato de trabajo en caso de configurarse y probar los elementos de un vínculo contractual que se encuentra regido por el Código Sustantivo de Trabajo.

Contrato de prestación de servicios en empresas privadas

Según pone de manifiesto Rodríguez, L. (2012), a diferencia del derecho público en donde el contrato administrativo de prestación de servicios se encuentra regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), en el derecho privado el Código Sustantivo del Trabajo lo que se regula es el contrato de trabajo, pero no el contrato de prestación de servicios y no existe, por lo tanto, ninguna norma que regule su definición, obligaciones u otros aspectos. Lo único presente en el CST es la solidaridad entre contratista independiente y beneficiario de la obra ante el incumplimiento de las obligaciones laborales.

Debido a lo anterior, las normas que se aplican al contrato de prestación de servicios en el ámbito privado son las del Código Civil y el Código Comercial, aunque en el caso de los conflictos generados dentro del marco de un contrato de prestación de servicios, son de conocimiento de los jueces laborales.

Sentencias relevantes sobre contrato realidad y primacía de la realidad sobre las formalidades

Dentro de la extensa jurisprudencia sobre el contrato realidad y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, se pueden destacar las siguientes:

- **Sentencia T-501 de 2004 de la Corte Constitucional:** En esta sentencia se presenta la tesis que la Corte Constitucional ha estructurado acerca de la declaración de la relación laboral estableciendo que ésta se define a partir de indicios y advierte que si bien los contratos de prestación de servicios excluyen cualquier tipo de relación laboral, en algunas ocasiones este tipo de contrato es utilizado por los empleadores privados y públicos para ocultar la configuración de una verdadera relación laboral y por consiguiente, el pago de las prestaciones que se originan. A su vez, reiteran los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, es decir, el salario, la subordinación y la prestación personal del servicio.

De esta forma, la noción de contrato realidad implica dar primacía a los elementos fundamentales de una relación de trabajo con independencia de la denominación que utilice el empleador para el contrato suscrito con el trabajador.

Se debe pues, establecer en cada caso concreto los supuestos fácticos siendo necesario acudir a indicios que permiten inferir con base en el contrato realidad, la estructuración de una relación laboral.

- **Sentencia T-992 de 2005 de la Corte Constitucional:** Esta sentencia la Corte establece que el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales permite determinar la situación real en la cual se encuentra el trabajador respecto al empleador, la realidad de los hechos y cuáles son las situaciones objetivas que surgen entre ambos. Esto es lo que permite afirmar la existencia de un contrato de trabajo y desvirtuar de esta forma, las formas jurídicas a través de las que se pretender encubrir la relación laboral como en el caso de los contratos civiles o comerciales o los contratos de prestación de servicios.
- **Sentencia T- 021 de 2006 de la Corte Constitucional:** La Corte indicó en esta sentencia que de conformidad con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, independientemente de cuál sea la denominación que se le dé al contrato o bien a la relación por la cual una persona le presta sus servicios personales a otra, si se comprueba la existencia de los elementos que definen una relación de trabajo, por lo que será necesario que se concluya que el vínculo existente es de carácter laboral.
- **Sentencia C-960 de 2007 de la Corte Constitucional:** En esta sentencia la Corte reitera el precedente de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades y sostiene además que el rasgo que define la relación laboral es la subordinación en la prestación personal del servicio. La relación laboral no depende de la clasificación que se le dé al contrato celebrado sino a las condiciones reales en las cuales se desarrolla la actividad. En este sentido, si se encuentran los elementos esenciales, se entenderá que existe una relación laboral con

todas las implicaciones. La Corte ha destacado que el elemento determinante y diferenciación de la relación laboral es la subordinación.

- **Sentencia de 21 de febrero de 2002, Sección Segunda del Consejo de Estado:** Según el concepto del Consejo de Estado, puede ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador y surgirá el derecho al pago de las prestaciones sociales al contratista aplicando el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. Al respecto de la modalidad de contrataciones sucesivas mediante el contrato de prestación de servicios para satisfacer las necesidades administrativas permanentes, se trata de una práctica irregular puesto que la función pública no concibe este tipo de contrato para cumplir los objetivos del Estado en aquellas áreas que son permanentes e inherentes a éste.
- **Sentencia de 3 de julio de 2003, Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado:** Según lo señalado por el Consejo de Estado, el contrato de prestación de servicios no se puede constituir como un instrumento para desconocer los derechos laborales y con el fin de evitar que se oculte la relación laboral mediante el uso de las formas, se debe acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la Constitución que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades con el cual se podrá exigir la especial protección del derecho para aquellos que realizan la misma función de los servidores públicos. Esto significa que al ser irrenunciables los derechos laborales, no pueden ser menoscabados por acuerdos de voluntades que buscan disfrazar la relación laboral.

Resultados

A partir de los documentos y de la investigación realizada, se tienen los siguientes resultados:

- Con la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades y con el cumplimiento de los elementos integrantes del contrato de trabajo, se desprende que se configura una relación de trabajo y el contrato celebrado no deja de ser un contrato de trabajo con independencia del nombre que se le dé o la modalidad que haya sido designada, el tipo de remuneración que se haya pactado, etc. de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias como la C-023 de 1994 en donde señala que lo real siempre tiene primicia pues de no ser así, no se concretarían jamás las libertades del hombre en el mundo jurídico. Igualmente, que no es posible que las formalidades obstruyan los beneficios para el trabajador y la realidad del derecho al trabajo.
- Al tenor del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, habrá contrato de trabajo cuando concurren los elementos esenciales de actividad personal, continuada subordinación o dependencia a un empleador y un salario como retribución por el servicio.
- Con la configuración de estos elementos y bajo la óptica protecciónista de la Constitución en el Estado Social de Derecho, surgen los derechos sociales que son irrenunciables del trabajador que cuentan además con un amparo de presunción legal.
- Los rasgos distintivos entre un contrato de prestación de servicios y un contrato de trabajo son:
 - a.) El contrato de prestación de servicios implica la realización de una actividad independiente que puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica mientras que el contrato de trabajo implica la prestación personal del servicio, subordinación laboral y una remuneración como contraprestación por el servicio.
 - b.) En el caso del contrato administrativo de prestación de servicios, la ejecución de la actividad independiente se deriva del principio de la contratación estatal en donde el

contratista con cierto grado de autonomía, ejecuta el objeto del contrato. Por otra parte, en el contrato de trabajo el trabajador no cuenta con una absoluta independencia para la ejecución de su labor, sino que está sometido a una continua supervisión.

- c.) En un contrato de prestación de servicios (no administrativo), el contratista tiene autonomía e independencia mientras que el trabajador se encuentra subordinado y sometido a órdenes.
- d.) Debido a su autonomía, el contratista independiente puede prestar sus servicios de manera simultánea mediante varios contratos de prestación de servicios mientras el trabajador tiene una dedicación exclusiva a su empleo por lo que de manera general tienen a abarcar todo su tiempo salvo que se presenten circunstancias especiales.
- e.) En el contrato de prestación de servicios, el servicio que se presta es temporal mientras que al trabajador lo ampara un régimen de estabilidad laboral.
- f.) El contratista recibe a cambio de sus servicios, el pago de unos honorarios como contraprestación sin tener derecho a prestaciones sociales. Por su parte, el trabajador recibe un salario con prestaciones amparadas por las normas laborales.
- g.) En el caso de contratistas de la administración pública, sus obligaciones y derechos se encuentran regulados por el Estatuto General de la Contratación Administrativa y normas que regulan esta materia mientras que, en el caso de los trabajadores, sus derechos y obligaciones tienen una regulación propia en el Código Sustantivo del Trabajo y los estatutos de las empresas.
- h.) Dependiendo de si se trata de un contrato administrativo de prestación de servicios o un contrato de prestación de servicios no administrativo o un contrato de trabajo, los conflictos que se originen serán conocidos por un juez contencioso administrativo

(Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo-CAPS) o un juez laboral (Artículo 2º de la Ley 712 de 2001 para el caso de los trabajadores oficiales y privados).

- i.) A partir de las sentencias relacionadas anteriormente tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, se puede evidenciar la amplia protección jurisprudencial de los derechos laborales con la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Conclusiones

Ante la necesidad de nuevas modalidades de contratación de personal para realizar actividades con una duración corta o con un carácter temporal, surge entre otros el contrato de prestación de servicios que no implica una relación laboral entre trabajador (contratista independiente) y el empleador por lo que no surge la obligación del segundo de pagar prestaciones sociales al primero. Ahora bien, en determinadas ocasiones esta modalidad contractual es empleada como se ha podido comprobar, para camuflar la existencia de un contrato de trabajo.

Esto sin duda se debe a la intención del empleador de defraudar los derechos del trabajador y evitar el reconocimiento de más derechos como horas extras, recargos, seguridad social, entre otros, y evitar el reconocimiento de la relación laboral y, por ende, evitar más costos.

Es así como surge la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y el contrato de trabajo realidad que tiene origen en presunciones en favor del trabajador. Una presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo que establece la presunción de existencia de un contrato de trabajo en toda relación de trabajo personal y del artículo 23 del mismo código que presume la existencia de un contrato de trabajo siempre que se cumplan los elementos esenciales.

Así pues, el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo presentan diferencias desde su origen jurídico hasta el tratamiento procesal que tienen y sin embargo, son ejecutados en un mismo escenario, es decir, en la administración pública con contratos administrativos de prestación de servicios y contratos de prestación de servicios y contrato de trabajo en el ámbito privado.

La coincidencia de elementos como la prestación del servicio y una retribución en contraprestación por el mismo, ha llevado a una confusión de estas dos modalidades de contratos que tiene igualmente consecuencias en el ámbito de la administración de justicia al respecto de si se está en ocasiones frente a un verdadero contrato de prestación de servicios o si se configuran todos los elementos esenciales (incluyendo una continuada subordinación) para estar al frente de una relación laboral con un contrato de trabajo.

De la jurisprudencia por su parte, se desprende una amplia protección de los derechos de los trabajadores con la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades con el que se declara la existencia de un contrato realidad cuando se evidencia la presencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo (prestación personal del servicio, continuada subordinación del trabajador frente al empleador y retribución como contraprestación a los servicios prestados) con independencia de la denominación empleada.

Toda esta protección es consecuencia del proteccionismo propio del Estado Social de Derecho y de la necesidad de garantizar los derechos de los trabajadores dentro del marco de la protección al derecho fundamental al trabajo. En caso de declararse la existencia de un contrato de trabajo realidad, el empleador adeudará al trabajador todos los conceptos que se derivan del Código Laboral del Trabajo como las prestaciones sociales y las indemnizaciones correspondientes.

Referencias bibliográficas

Apaza, D. (2014). *El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) visto desde los escenarios jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Una interpretación Ficta de la Administración Pública.* [Tesis de grado de Maestría]. Universidad Externado de Colombia.

Ávila, R., (2018). *Uso indiscriminado del contrato prestación de servicios.* Recuperado de: <https://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/uso-indiscriminado-contrato-prestacion-de-servicios-por-raul-avila/260456>

Colombia Legal Corporation (2018). Contrato de Prestación de Servicios: ¿Cuál es su Naturaleza Jurídica? [Blog]. Recuperado de: <https://www.colombialegalcorp.com/blog/contrato-de-prestacion-de-servicios/>

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 19 de diciembre de 1995, expediente 9140

Consejo de Estado, Sección Segunda (21 de febrero de 2002). Sentencia Radicado 204588541001-23-31-000-1997-09827-013530-01 [M.P. Jesús María Lemos]

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B (3 de julio de 2003).

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión (20 de mayo de 2004). Sentencia T-501. [M.P. Clara Inés Vargas].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (29 de septiembre de 2005). Sentencia T-992. [M.P. Humberto Antonio Sierra].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (25 de enero de 2006). Sentencia T-021. [M.P. Rodrigo Escobar].

Corte Constitucional, Sala Plena (14 de noviembre de 2007). Sentencia C-960 [M.P. Manuel José Cepeda].

Cuesta, H., y Zota, E., s.f.). Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo. Recuperado de:

<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/752/Contrato%20realidad%20%20factor%20de%20vulneraci%C3%B3n%20de%20acceso%20a%20los%20elementos%20del%20derecho%20fundamental%20al%20trabajo%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Espinosa, C. (2012). *Contrato administrativo de prestación de servicios y relación de trabajo: una visión ius laboralista.* Pp. 267-295

Ferrara, F. (1931). *La simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos)*5^a ed. Pp. 59-121. Madrid. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5509530.pdf>

González, C, Castaño, F. y Castaño, P. (2007). El principio de primacía de la realidad en el sector público. [Trabajo de grado]. Recuperado de:

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16514/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20PRIMAC%C3%8CA.pdf?sequence=1>

Manotas, J. y Gómez, C. (2010). *Los contratos administrativos de prestación de servicios y su estrecha relación con el contrato de trabajo en la administración pública.* Universidad Simón Bolívar. Recuperado de: https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3781/Prestaci%C3%B3n_servicios_entidades_p%C3%BAblicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ministerio de Protección Social (2008). Concepto 287067, Precisiones sobre la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios para diferenciarlo de lo laboral, civil o comercial. Recuperado de: <https://accounter.co/normatividad/conceptos/precisiones-sobre-la-naturaleza-juridica-del-contrato-de-prestacion-de-servicios-para-diferenciarlo-de-lo-laboral-civil-o-comercial.html>

Orjuela, L., Segura, D., y Tovar, S. (2012). *El principio de primacía de la realidad y las figuras de fraude a la ley y simulación en material laboral.* Pp. 18-38. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

El contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia

Porto Solano, A., & Angarita Álvarez L. (2017). Estructuras organizacionales: nuevas tendencias.

Revista ADGNOSIS, 6(6), 77–83. <https://doi.org/10.21803/adnogsis.v6i6.192>

Real Academia de la Lengua Española-RAE (s.f.). Diccionario de la Lengua Española. Ed:

Vigésimo Segunda.

Rodríguez, L. (2012). *Tercerización: el contratista independiente y el contrato de prestación de servicios. Derecho del Trabajo actual.* Pp. 151-161. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Sánchez, C. (2015). Contrato de trabajo realidad en el sector privado. [Trabajo de grado]. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2637/1/CONTRATO%20DE%20TRABAJO%20REALIDAD%20EN%20EL%20SECTOR%20PRIVADO.pdf>