

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 24

SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

NELSON DARÍO POSADA CHAVARRÍA
E-mail: nelson.posada@envigado.gov.co

CINDY MEJÍA OCHOA
E-mail: cindymejia1@hotmail.com

ANA MARÍA ZULETA ZULETA
E-mail: anazule14@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado
2015

Resumen: En toda relación laboral se distinguen una serie de elementos esenciales, que como bien se sabe, corresponden a la prestación personal del servicio, a la remuneración y a una relación de subordinación; sin embargo, dichas relaciones laborales adoptan un matiz diferente cuando éstas discurren en el marco del derecho administrativo laboral, en particular, cuando se ejecutan conforme a los principios y predicamentos de la contratación administrativa. A partir de estos lineamientos se desarrolla el presente artículo, el cual tiene como propósito analizar las características de la subordinación y dependencia en el contrato de prestación de servicios en el marco de la contratación estatal; para ello, se parte del establecimiento de los fundamentos normativos y doctrinales de los contratos de prestación de servicios celebrados en el marco de la contratación administrativa; posteriormente, se identifican las diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios; y finalmente, se determinan los alcances de los elementos esenciales de la relación laboral con el Estado en torno a la contratación administrativa.

Palabras claves: *Contratación estatal, Contrato de prestación de servicios, Subordinación, Dependencia, Contrato realidad, Relación laboral.*

Abstract: Employment across a number of key elements, as is well known, they correspond to the provision of the service staff, remuneration and a relationship of subordination are distinguished; however, such labor relations take a different hue when they run under the administrative labor law, especially when run according to the principles and predicaments of government contracting. Based on these guidelines in this article, which aims to analyze the characteristics of subordination and dependence on contract to provide services under the government procurement takes place; for this, it is part of establishing policy and doctrinal foundations of service delivery contracts concluded in the framework of government contracting; Subsequently, the differences between the employment contract and the contract for the provision of services are identified; and finally, the scope of the essential elements of the employment relationship with the State concerning administrative contracts are determined.

Keywords: *government procurement, contract servicing, Subordination, Unit Contract fact employment.*

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia, la legislación ha tenido siempre la intención de armonizar las

exigencias de la dinámica propia de la manera como funciona el aparato estatal, y para ello se ha valido de diferentes instrumentos legales los cuales han resultado

apropiados para los intereses del Estado, basándose en fundamentos legales y legítimos para su interpretación y aplicación en el marco de la contratación estatal.

Precisamente, tal y como la manifiesta la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas.

Esa búsqueda se encuentra determinada, en gran medida, por el alcance de la autonomía de la voluntad administrativa, la cual, según sostiene la Corte Constitucional, se encuentra limitada rante a las reglas del derecho público; y agrega:

La decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a

un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo. Las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal (Corte Constitucional, 1997).

Y es que como puede verse, el tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, especialmente en el marco de la contratación administrativa, y ello se debe a que aún hoy existen ciertas vicisitudes que no permiten establecer una diferenciación clara entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral; dichas divergencias se centran en la existencia de tres elementos como son: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.

De esta manera lo reitera la Corte Constitucional, en sentencia de C-154 de

1997 al establecer que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Así, en la mencionada sentencia se determinó que debido a lo anterior, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Así mismo que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (artículo 53 Constitución Política). Para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor

público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. Por otra parte, se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan determinados servicios, es válida la suscripción de órdenes de prestación de servicios, en tanto sus servicios se ajusten al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados.

Lo anterior implica la imperiosa necesidad de revisar en cada caso las condiciones bajo

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 24

las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.

De esta manera, como el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, es menester realizar su análisis en el marco propio de la contratación administrativa.

2. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

2.1. DEFINICIÓN DE CONTRATO ESTATAL

De acuerdo con Ospina y Ospina (1994), “el contrato es un consentimiento dirigido a la producción de obligaciones; existe cuando una o varias personas consienten en

obligarse, respecto a otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (p. 38). Agregan los mencionados autores, además, que “las partes contratantes, consienten, declaran su voluntad común dirigida a la producción del efecto jurídico que es la obligación. Es un acto voluntario bilateral, dimanado de la autonomía privada” (p. 39).

El Código Civil colombiano establece que “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia” (C.C., art. 1494). Por tanto, la más importante potestad que posee la administración pública es su facultad de obrar unilateralmente y con fundamento en esta facultad realiza la mayoría de sus actos porque no solo ha recibido esa potestad del mismo constituyente sino que, tiene el poder jurídico para imponer sus actos.

Sin perjuicio de lo anterior, la administración pública no sólo actúa de forma unilateral, sino que también puede hacerlo de forma bilateral, es decir, la administración al igual que los particulares tiene la posibilidad de celebrar contratos entre entidades públicas o entre entidades públicas y particulares.

Rodríguez (2001) afirma que la noción básica de contrato es común para los celebrados por los particulares o por la administración, y, “(...) sean contratos administrativos o contratos de derecho privado, la noción básica proviene del derecho civil” (Rodríguez, 2001, p. 328); al respecto, el artículo 1495 del Código Civil establece que “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Considera también Rodríguez (2001) que en la doctrina dos criterios para distinguir los contratos administrativos: un criterio legal y otro criterio jurisprudencial. El criterio legal establece que la ley califica la naturaleza del contrato de la administración al momento de

reglamentarlo; mientras que el jurisprudencial califica la naturaleza del contrato estatal de acuerdo no sólo al régimen establecido para ello, sino que tiene también en cuenta los siguientes elementos:

Partes del contrato: se requiere que al menos una de las partes sea una entidad pública.

Objeto del contrato: son contratos administrativos cuando tienen por objeto la ejecución de un servicio público, es decir, cuando a través de la ejecución de dicho contrato se cumple con los fines esenciales del Estado establecidos por la carta constitucional.

Cláusulas del contrato: es un contrato administrativo cuando tal contrato contiene cláusulas exorbitantes. La cláusula exorbitante es aquella derogatoria del derecho común o, aquellas cláusulas que son extrañas a los contratos entre los particulares (Rodríguez, 2001, p. 328).

El artículo 150 de la Constitución Política en su segundo inciso, consagra la facultad otorgada por el constituyente al Congreso para Expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración Nacional, esto, con el fin de asegurar la uniformidad de tratamiento a nivel de la administración pública de los procesos contractuales, acabando de esa forma con el sinnúmero de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 24

regímenes que estaban vigentes y que generaban ineficacia y corrupción en la administración.

La Ley 80 de 1993 intentó de manera fallida unificar en una sola categoría los contratos celebrados por la administración, eliminando los criterios diferenciadores que contenía el Decreto Ley 222 de 1983. El régimen de contratación de la Ley 80 intenta conciliar dos objetivos fundamentales, el primero es eliminar las confusiones que tenía el Estado en su proceso de contratación, con el fin de que pueda cumplir con su obligación de atender el interés general; el segundo objetivo es hacer que, a través de ese nuevo régimen no se ponga en peligro el patrimonio y los ingresos del Estado y se eviten las desviaciones o irregularidades en el funcionamiento de los procesos contractuales que puede convertirse en una fuente de corrupción.

El régimen de contratación estatal se caracteriza por limitarse a señalar normas y principios generales, al tiempo que hace énfasis en la autonomía de la voluntad de las partes como elemento esencial de los

contratos de la administración, en la inmutabilidad del equilibrio financiero del contrato y en la garantía del mutuo beneficio de las partes. Se aparta de las regulaciones exhaustivas y simplifica los procedimientos y trámites; busca con ello superar sobrecostos y las irregularidades a que han conducido los procedimientos dispendiosos y excesivos que habían venido condicionando la actividad contractual.

Bajo los criterios del estatuto contractual de contratación, en la Ley 80 de 1993 se entiende por contrato estatal todos los actos jurídicos generadores de obligaciones, que celebren las entidades públicas con capacidad para contratar, previstos en el Derecho público o privado, típicos o atípicos y los derivados, en general, de la autonomía de la voluntad.

2.2. EL CONCEPTO DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Son los que celebran las entidades Estatales con el fin de desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad. Sólo pueden celebrarse con personas naturales o jurídicas

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 24

cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Se celebran por el término estrictamente necesario.

Específicamente, el artículo 32 de la mencionada ley señala que:

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.

Según la Ley 80 de 1993, el contrato de prestación de servicios en la contratación estatal es un acto jurídico generador de obligaciones que celebre la entidad estatal, previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales o que se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

2.3. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

A propósito del contrato administrativo de prestación de servicios; la Corte Constitucional ha sido clara en establecer lo siguiente:

La legislación en materia contractual pretende armonizar las exigencias de la dinámica propia del funcionamiento del Estado en su nueva concepción, con los instrumentos legales apropiados para el mismo, partiendo de parámetros generales para su interpretación y aplicación en la contratación estatal, sustancialmente diversos del régimen contractual anterior (Corte Constitucional, 1997, C-154).

Sin embargo, celebrar un contrato administrativo de prestación de servicios no significa que el mismo pueda ejecutarse con desapego a la ley; por el contrario, dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas.

Agrega la Corte Constitucional que el contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 8 de 24

función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen características tales como: la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales; la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

A propósito, señala la Corte:

No es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al

pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Corte Constitucional, 1997, C-154).

Según explica Villegas (2013), después de admitir la necesidad y por tanto, la sujeción a la ley en la celebración contratos de prestación de servicios en algunos casos, advierte que sobre la misma preceptiva legal se edificó la excesiva contratación de servicios personales, modalidad que implica deterioro de los derechos reconocidos por la ley a favor de la actividad laboral tanto en el sector privado como en el público. Pasa luego a examinar cuáles fueron las condiciones socio-políticas que hicieron posible tal situación:

La tendencia neoliberal, neoclientelista y el proceso de desmoralización del trabajo concurren a estimular la práctica del abuso del derecho; han puesto de los CAPS y los han convertido en una política gubernamental expandiendo su celebración violatoria del orden constitucional y legal, con el pretexto de las formas”. “La extensión de esta modalidad de vinculación, pronto adquirió una dimensión significativa, como lo atestigua el primer censo de maestros y funcionarios del sector educativo que ya en 1991, de un total de 243.393 empleados, indicaba que 21.920 tenían carácter de contratistas (p. 214).

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

De acuerdo con Bohórquez y Conrado (2009), si de algo se diferencia el contrato administrativo de prestación de servicios del de trabajo, es en cuanto a su estructura.

Por su parte, Manotas y Gómez (2010), al hacer referencia a las más destacadas diferencias entre un contrato de prestación de servicios y un contrato de trabajo, lo establecieron de la siguiente manera de acuerdo al orden que sigue:

1) El contrato de prestación de servicios supone una actividad independiente que puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, mientras que el trabajador, está caracterizado por la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación de la misma (p. 82).

Explican Manotas y Gómez (2010), que en el contrato de prestación de servicios, la ejecución de la actividad independiente es un desarrollo del principio propio de la

contratación estatal, como es el de responsabilidad, donde el contratista en cumplimiento de lo pactado, ejecuta el objeto del contrato con cierto grado de autonomía. En tanto, en el contrato de trabajo, si bien existe el conocimiento de la labor a ejecutar por parte del trabajador, bajo la continuada subordinación, no cuenta con la absoluta independencia para su ejecución, ya que debe estar sometido a la continua supervisión del empleador.

2) El contratista prestador de servicios tiene autonomía e independencia, lo cual supone un margen de discrecionalidad para disponer del tiempo en la ejecución del contrato, mientras que el trabajador está por naturaleza subordinado y, por ende, sometido a las órdenes de sus superiores (Manotas y Gómez, 2010, p. 82).

Es de resaltar que en el contrato de trabajo, el empleador o contratante maneja desde su perspectiva u objeto social un interés particular y mercantil, en razón de la búsqueda del lucro de dicha actividad comercial, lo que lo obliga y autoriza a ejercer continua y permanente vigilancia sobre el servicio contratado, lo que emerge en la legalidad como subordinación que le

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 10 de 24

brinda al empleador la facultad de exigir rendimiento.

3) La autonomía del contratista prestador de servicios le permite ejecutar simultáneamente otros contratos de prestación de servicios, mientras que el trabajador, salvo circunstancias especiales, tiene dedicación exclusiva haciendo incompatible el desempeño de otros contratos (Manotas y Gómez, 2010, p. 82)

La autonomía en el contrato estatal, aleja al contratista de la subordinación, lo que le otorga una mayor amplitud o libertad para seguir contratando con terceros, diferencia esta que se tiene frente al contrato de trabajo, que de manera general tiende a abarcar el total del tiempo del trabajador, quien no contará al final de la jornada con la disponibilidad ni fuerza física para ejecutar otro contrato de trabajo.

El contrato de trabajo, cuando se ejecuta en tiempo menor, es decir, en un horario inferior a las ocho horas diarias, su remuneración se ve afectada en la misma proporción a su disminución, lo que se traduce en una desmejora para el trabajador, quien se ve obligado a pactar tiempos completos.

4) El contratista prestador de servicios está obligado en virtud del contrato al cumplimiento de una prestación inmaterial, determinada y precisa, luego, el servicio que presta es de naturaleza temporal, mientras que el trabajador hace parte del andamiaje de la empresa y, por ende, lo ampara un régimen de estabilidad (Manotas y Gómez, 2010, p. 83).

En cuanto a la prestación del servicio inmaterial, determinada y precisa, es reflejo de la función administrativa que involucra a los contratos de prestación de servicios administrativos, conforme al numeral 3° del Artículo 32 de la Ley 80 de 1990, en el sentido que la temporalidad se circunscribe a la función propia de la Rama Ejecutiva.

La temporalidad en el campo del contrato de trabajo, está amparada en el principio de la estabilidad en el empleo, conforme al Artículo 53 de la Carta Magna, en el sentido que es ajena a las políticas del Poder Ejecutivo y se mira desde la pertinencia propia del desarrollo del objeto social de la empresa, que se regula transparentemente en los términos de los contratos.

5) El contratista prestador de servicios recibe como contraprestación el pago de honorarios sin derecho a prestaciones

sociales, mientras que el trabajador recibe un salario cuyas prestaciones ampara el régimen laboral (Manotas y Gómez, 2010, p. 83).

El numeral 3° del Artículo 32 de la Ley 80 de 1990, reguló la imposibilidad de generar derechos sociales como son los de cesantías, primas de servicios e intereses sobre cesantías, al establecer que en ningún caso los contratos estatales generan relación laboral, ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable; siendo así, los contratistas de los contratos de prestación de servicios estatales, no quedan amparados por prestaciones sociales. En cambio, el trabajador oficial o empleado público, en el caso de los contratos de trabajo o vinculación legal y reglamentaria respectivamente, están amparados por una vasta gama de derechos sociales (asistenciales y económicos), inmersas en un garantismo que viene dado desde la Constitución, en su Artículo 1°, al decir que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto al derecho al trabajo; también cuando se hace referencia a los fines del Estado, garantizando la efectividad de los principios, Artículo 2°; además configurando al trabajo y a la

seguridad social como una obligación social que goza de la protección del Estado; y el Artículo 53 que relaciona toda una serie de principios garantistas que regularán las relaciones de trabajo.

6) Las obligaciones y los derechos del contratista de la administración pública están regulados por el Estatuto General de la Contratación Administrativa y demás disposiciones que sean pertinentes, mientras que los derechos y las obligaciones del trabajador tienen regulación propia en las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo (Manotas y Gómez, 2010, p. 84).

Las relaciones contractuales, tanto la administrativa o de servicio, como la de trabajo, tienen sus propios estatutos. Los puntos que los identifican, son el servicio y la contraprestación, llamada remuneración (honorarios-salarios), pero igualmente tienen elementos diferenciales que los distancian considerablemente como son: la subordinación y la independencia. Estos estatutos también tienen una connotación diferencial como es la jurisdicción que atiende a cada uno de ellos. Las relaciones de trabajo, reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo, se ha de resaltar, que goza de otras disposiciones garantistas y protectoras

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 12 de 24

de nivel supranacional, como son los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, que se hacen de obligatoria integración a la legislación nacional. Y las relaciones de los contratos de prestación de servicios estatales no cuentan con la garantía supranacional.

7) Los conflictos derivados del contrato estatal de prestación de servicios tiene a la jurisdicción de lo contencioso administrativo como juez natural, mientras que toda controversia originada en un contrato de trabajo debe ventilarse ante el juez laboral del Circuito (Manotas y Gómez, 2010, p. 87).

Conforme al Artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad:

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo

y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley (Ley 1437 de 2011, art. 141).

Y las controversias que se gesten desde los contratos de trabajo, la jurisdicción es la ordinaria laboral, conforme el Artículo 2° de la Ley 712 de 2001, para el caso de los trabajadores oficiales y privados. En el evento de las controversias entre empleados públicos, es decir, los de libre nombramiento y remoción, que tienen una relación legal y reglamentaria, la jurisdicción es la contencioso administrativa conforme al Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), toda persona (empleado público) que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica (derecho social), podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.

Así mismo, se observa la prevención que el Artículo 30 del Estatuto General de Contratación Estatal contenido en la Ley 80

de 1993, hace al definir el contrato de prestación de servicios, pretendiendo establecer una tajante diferencia frente a los contratos de trabajo, al redactar en su inciso final, que “en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Aspectos predominantes a la hora de entablar un juicio en aras de determinar cuándo se está en una relación de trabajo o en una relación meramente administrativa. La salvedad que impone la norma contractualista, en vez de dar claridad en las relaciones labores, el efecto se traduce en lo contrario. Se da entender, que todos los contratos de prestación de servicio administrativos, dándole cualquier tratamiento por el administrador de turno, aun rayando con las características del contrato realidad, no generan prestaciones sociales, lo que se constituye en terreno fértil para una de las manifestaciones o matices del abuso del derecho.

Dentro de las bondades del contrato de trabajo, se observa que resulta más favorable

que el contrato administrativo; su razón de ser se explica por la finalidad perseguida con la implementación de dicho contrato. Bien dice el Artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que “son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, lo que no trae una estabilidad ni laboral, ni de trabajo.

Pero, su característica más significativa radica en el desarrollo de las actividades propias de la administración que en realidad no puedan ser ejecutadas por el personal que labora en la planta, sea por sobrecarga laboral o por la necesidad de conocimientos especializados; circunstancias determinantes para la procedencia y existencia del contrato administrativo de prestación de servicios.

No hay duda, que bajo los ideales o principios, de la función administrativa y el del buen servicio, hay que darle cabida al contrato de prestación de servicios, inmersos en la dinámica propia de la gobernabilidad de un ente estatal, que debe también tener de presente la lealtad con principios de orden

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 14 de 24

constitucional y legal que limitan la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Es necesario aclarar, que desde un punto de vista hermenéutico es imposible el paralelismo entre los dos tipos de contratos, sin embargo, desde el punto de vista técnico la existencia o la transformación de un contrato en otro da lugar a discusión. Por su parte, la Corte Constitucional ha estipulado las diferencias habidas y por haber de ambos contratos hasta el punto de inferir que sus elementos son inconfundibles, en Sentencia C-154 de 1997 señaló:

El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. Para que aquel se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada (Corte Constitucional, 1997, C-154).

Atendiendo la interpretación de la Corte Constitucional, se infiere que en efecto no

hay asidero jurídico para que en un momento dado coexistan ambos contratos, puesto que su naturaleza, su esencia e inclusive la divergencia de los estatutos que los autoriza no dan lugar a equívocos. Sin embargo, es al interior del vínculo contractual, el escenario que permite identificar si determinada labor se ajusta o no al contrato de prestación de servicios.

Es allí donde se analiza si la labor encomendada requiere de subordinación para su ejecución, la necesidad de cumplir horarios, órdenes, reglamento interno, tiempo de ejecución de labores y demás particularidades que van acorde con la naturaleza del contrato realidad, que si bien, pueden llevar inmerso el espíritu de un contrato de prestación de servicios, mediante cláusulas o similares en su escrito, pueden muy a pesar del valor probatorio que tiene la carga documental ser desestimadas por el principio consagrado en el Artículo 53 de la Carta Política. En razón de ello, en la relación contractual que se genera entre empleador-servidor público, se halla en el razonar del juez cuando autoriza el reconocimiento de los derechos

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 15 de 24

irrenunciables, y el pago de las indemnizaciones que corresponde una vez se determine que bajo el disfraz de un contrato de prestación de servicios subsistía un contrato de trabajo.

De lo hasta aquí visto, se deduce que el acercamiento entre los contratos de prestación de servicios y los de trabajo, está circunscrito esencialmente en el objeto del contrato o la actividad personal, que se unifica en el servicio personal que se ejecuta.

4. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN LABORAL CON EL ESTADO EN TORNO A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

4.1. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL

Antes de abordar el tema de los elementos esenciales de la relación laboral (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) consideramos útil mencionar el fundamento normativo de la misma. Así, diremos que la expresión contrato laboral se utilizó por primera vez en nuestro

ordenamiento jurídico en 1934 con ocasión de la Ley 10 del mismo año. En 1935, con el Decreto 652, se define la expresión “empleado” como aquel que se obliga a prestar un servicio y, por lo tanto, a obedecer órdenes, también se establecen algunas consecuencias de la relación de trabajo como: obligaciones del empleado, cuantía, forma y periodo de pago, y en 1938 con el Decreto 1632 se define la expresión “patrono” como aquel que utiliza los servicios del trabajador y los remunera; en 1944 con el Decreto 2350 se establece una presunción de celebración de contrato laboral entre quien presta el servicio (empleado) y quien se beneficia (patrono), pero sólo fue hasta 1945 cuando con la Ley 6 del mismo año, actual artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, se define el fenómeno del contrato de trabajo como:

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

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 16 de 24

Así las cosas, el contrato de trabajo o contrato laboral actualmente encuentra su consagración legal en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual, en su definición, hace alusión a tres elementos, a saber: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, elementos éstos que adquieren el carácter de esenciales por la disposición del artículo 23 C.S.T., según el cual, para que exista relación de trabajo, se requiere que concurran los tres elementos y agrega que, una vez reunidos, la relación de trabajo que los mismos forman no dejará de serlo por la denominación que se le dé.

Son entonces los artículos 22 y 23 C.S.T. los que actualmente sirven de soporte del contrato de trabajo, contrato que es autónomo, bilateral, conmutativo, de tracto sucesivo, consensual, oneroso y que además goza de especial protección jurídica y constitucional, pues el artículo 25 de nuestra Carta Política establece que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene

derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

4.1.1. Prestación personal del servicio

El elemento *intuitu personae* es característica sobresaliente del contrato de trabajo. Así se desprende de la redacción del artículo 23 C.S.T. cuando exige que la labor sea ejecutada personalmente por el empleado, sin dar lugar a la intervención de terceros en esta posición. Para el empleado, el contrato de trabajo implica la utilización de la capacidad laboral de otra persona con un fin determinado, este contrato se celebra atendiendo especialmente las cualidades personales del trabajador y es por ello que no resulta admisible que la ejecución la realice persona diferente, por persona cuyas cualidades personales sean desconocidas por el beneficiario de la labor, el patrono o empleador, “(...) el dador del trabajo puede tener múltiples motivos para exigir que el servicio sea prestado únicamente por el deudor del trabajo y no otros” (Freedland, 2007, p. 39).

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 17 de 24

4.1.2. Remuneración

Integra este elemento, en asocio de la potestad subordinadora, el consentimiento del empleador, la remuneración, la cual es la contraprestación que obtiene o debiera obtener el trabajador por su actividad y, a su vez, es lo que permite afirmar que el contrato laboral es bilateral, conmutativo y oneroso; el trabajo se presta bajo expectativa de una contraprestación económica y ejercicio de la mera liberalidad del sujeto.

4.1.3. Subordinación

La subordinación resulta ser el elemento más controversial de la relación laboral. Los dos elementos anteriores: prestación personal del servicio y remuneración, generalmente se verifican con bastante facilidad, entre otras razones, porque concurren aun, con mucha frecuencia, en aquellas relaciones de trabajo independientes, no así el elemento subordinación que, dicho lo anterior, resulta ser el más característico de la relación laboral o relación de trabajo dependiente.

Cabanellas (1949), define el elemento subordinación como:

(...) El estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que origina la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mayor beneficio de la empresa (p. 43).

La subordinación jurídico-laboral, es una característica especial de la relación laboral porque es mediante la verificación de ésta que catalogamos de laboral ciertos tipos de relación de trabajo. Este elemento consiste en la posibilidad que tiene el empleador de dirigir el proceso productivo, en virtud de lo cual establece las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ha de ejecutarse la labor, impone reglamentos, inspecciona la cantidad y calidad del trabajo, impone sanciones; la subordinación es la potestad del empleador para direccionar el proceso económico de la empresa dentro de criterios de dignidad humana, respeto al mínimo de derechos y garantías de los trabajadores, equidad, y los demás principios rectores del derecho laboral colombiano.

La potestad subordinante existe en beneficio del empleador, independientemente de que éste la utilice o no. Dicha potestad

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 18 de 24

implica para el trabajador el deber de acatar las directrices de su empleador, cumplir con las metas que éste le determine, incluso acatar con respeto las sanciones que el mismo le imponga dentro del marco de la Constitución y la ley. Así, vemos que la potestad subordinadora no se verifica en una sola línea, además, finca su concurrencia en la realidad de los hechos, en la realidad fáctica que presenta la relación de trabajo y no en la formalidad del contrato.

La subordinación jurídico-laboral presenta tres variables: la económica, la técnica y la jurídica. Se define la primera, como la necesidad que tiene el trabajador de ganarse un salario para su subsistencia y se concreta o materializa en la prohibición establecida en el artículo 28 C.S.T.: que el empleado participe de las pérdidas de la empresa; en virtud de la segunda, el empleador tiene la facultad de dirigir la energía del trabajador del modo que más se ajuste a sus propósitos o los de la empresa; la tercera consiste en el derecho del empleador de dar órdenes o trazar directrices a sus empleados y el deber de éstos de obedecerle, todo por virtud de la ley o del contrato.

4.2. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES

La Carta Política vigente en nuestro país desde el 01 de julio de 1991 trajo consigo una serie de normas para la protección del derecho al trabajo (artículo 25); y los derechos del trabajador mismo, al incorporar el trabajo y el derecho de asociación sindical (artículo 39) como derechos fundamentales, y reforzarlos con normas contenidas en los denominados Derechos Sociales, Económicos y Culturales; de los cuales, en aplicación y complementación al derecho al trabajo, podemos mencionar el Derecho a la seguridad social (artículo 48), la remuneración mínima vital y móvil (artículo 53), el derecho a la negociación colectiva y a la huelga, (artículos 55 y 56); todos, que en su momento por conexidad se constituyen en verdaderos derechos fundamentales de los trabajadores.

Pero especial trascendencia tiene el artículo 53 de la Carta Magna, por cuanto ordena la legislador expedir una Ley Estatutaria para regular las relaciones, contratos y demás formas de vinculación

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 24

laboral; imponiendo unas directrices específicas que deben ser tenidas en cuenta para la creación de la ley y que procuran una protección especial del trabajador. Aún cuando han transcurrido más de dos décadas años de vigencia de nuestra Constitución y el Congreso de la República aún no ha desarrollado la ley estatutaria que le encomendó el constituyente, los trabajadores han encontrado en ese artículo 53 el mejor argumento para la defensa de sus intereses, pues la Administración de Justicia del Estado en su Jurisdicción Constitucional, Contencioso Administrativa y la Ordinaria en su rama Laboral, ha venido realizando en sus fallos y decisiones una aplicación directa de la Constitución; con el uso del principio Constitucional de la Primacía de la Realidad Sobre las formalidades, principio este que se ha convertido en una verdadera institución sustantiva laboral y que gracias al gran número de sentencias sobre derechos similares, se ha convertido en una doctrina constitucional y laboral orientadora de los operadores jurídicos.

Este principio tiene su principal apoyo jurídico para su aplicación procesal en el

artículo 4° de la Carta Política; según el cual la Constitución es norma de normas y que cualquier contrariedad entre la norma y la Constitución, es de obligatoria y preferente aplicación el canon superior; y en el artículo 13 ibidem que consagra el derecho fundamental a la igualdad, tenido en cuenta en la administración de justicia para dar validez a la realidad en que el trabajador desempeña sus funciones; por encima del acto jurídico, contrato, convención o acuerdo que haya consentido con su empleador, pues la filosofía y el fin de esa norma es la protección especial del trabajador como la parte “más débil” dentro de una relación laboral.

Al respecto la Corte Constitucional se ha referido de la siguiente manera:

(...) 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. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un

contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica (Corte Constitucional, 1998).

A partir de las consideraciones de la Corte Constitucional, y aún consagrado en la normatividad anterior, surgió un término dentro de la doctrina laboral, al cual se le denomina “Contrato Realidad”, éste es de gran importancia en el desarrollo de este trabajo; por cuanto de él se desprende el reconocimiento del contrato o relación laboral cuando se desarrolla bajo las modalidades de prestación de servicios, bastándole sólo al interesado demandar por la vía judicial la existencia de la relación laboral con todos sus componentes: prestación personal del servicio, subordinación, remuneración o salario.

5. CONCLUSIONES

En el presente ejercicio escritural se ha procurado el abordaje de la diferenciación

existente entre un contrato regido por el Código Sustantivo de Trabajo y otro de tipo administrativo emanado del estatuto general de contratación. Sin embargo, factores como horarios, impartición de órdenes, cumplimiento de deberes ajenos a la labor encomendada, y el tema de la subordinación, entre otros, hacen que la relación que en un principio comienza como un contrato de prestación de servicios, termine por convertirse en un contrato de trabajo; que en múltiples ocasiones llega a ser objeto de demanda ante la jurisdicción laboral o contencioso administrativa; bajo la pretensión que se le reconozcan las prerrogativas que tiene un contrato de trabajo, que se llegare a configurar y probar ante el juez los elementos sine cune de un vínculo contractual regido por el Código Sustantivo de Trabajo.

Es por ello que ha resultado imperativo aclarar que el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicio administrativo son convenios que presentan una variedad de diferencias, con génesis jurídicas propias, con tratamiento procesal disímiles, pero que se ejecutan en un mismo

escenario, como es la función administrativa o administración pública; que se identifican en una interacción entre una actividad personal y la prestación de un servicio. Y es esta actividad personal o de prestación del servicio, la que genera en la ejecución de la actividad, confusión en estos contratos, creando serias dificultades para la Administración de Justicia, cuando entra a definir luego del cumplimiento del objeto contractual, si estamos frente al contrato de prestación de servicio administrativo o el contrato de trabajo de trabajador oficial o una vinculación legal y reglamentaria, apoyado en el principio de la primacía sobre las formalidades.

Las similitudes entre estas dos vinculaciones son varias, pero la que tiene mayor preponderancia es el “servicio” o la actividad ejecutada en el avance del objeto contractual. Es allí, donde la ejecución transcurre entre los estadios administrativos o de trabajo.

Según el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se le ha dado al tema, el elemento de subordinación o dependencia es

el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

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. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto,

en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

REFERENCIAS

- Benavides, J. (2004). *El contrato Estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bohórquez, C. & Conrado, R. (2009). *El contrato de prestación de servicios de*

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 23 de 24

- la administración pública.* Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Cabanellas, G. (1949). *Tratado de derecho laboral, el contrato de trabajo.* Buenos Aires: El Gráfico.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* Bogotá: Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.
- Congreso de la República. (2007). *Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.* Bogotá: Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.
- Corte Constitucional. (1997): *Sentencia C-154.* Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (1998): *Sentencia C-665.* Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Flórez E., L. (2005). *Por una contratación pública transparente y competitiva.* Bogotá: Foro de lanzamiento del Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública.
- Freedland, M. (2007). Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, 16(1), 15-39.
- Gómez S., F. (2012). *Constitución Política de Colombia: básica.* Bogotá: Leyer.
- Manotas C., J., y Gómez L., C. (2010). Los contratos administrativos de prestación de servicios y su estrecha relación con el contrato de trabajo en la administración pública. *Justicia*, (18), 80-90.
- Ospina F., G. y Ospina A., E. (1994). *Teoría general de los demás actos o negocios jurídicos.* Bogotá: Temis.
- Palacio H., J. (2005). *La contratación de las entidades estatales.* Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.
- Rodríguez, L. (2001). *Derecho Administrativo.* Bogotá: Temis.
- Suárez B., G. (2007). *Apuntes sobre el proceso de modernización de la Ley 80 de 1993. Contratación Estatal: aspectos controversiales.* Bogotá: Universidad de los Andes.
- Vega de H., M. (2007). El contrato estatal de prestación de servicios: su incidencia en la función pública. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, 10(19), 15-34.
- Villegas A., J. (2013). *Derecho Administrativo Laboral.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CURRICULUM VITAE

Nelson Darío Posada Chavarría:
Estudiante de último año de derecho de la
Institución Universitaria de Envigado,

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 24 de 24

asistente al diplomado en profundidad de Contratación Estatal y coautor del presente artículo.

Cindy Mejía Ochoa: Estudiante de último año de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado en profundidad de Contratación Estatal y coautor del presente artículo.

Ana María Zuleta Zuleta: Estudiante de último año de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado en profundidad de Contratación Estatal y coautor del presente artículo.