

---

## **El contrato realidad como mecanismo para develar el fraudulento uso de los contratos de prestación de servicios en las administraciones públicas.**

### **The reality contract as a mechanism to unveil the fraudulent use of service provision contracts in public administrations.**

---

Autores: Valentina Rolong Escobar<sup>1</sup>

Correspondencia: valentinarol@hotmail.com

#### **RESUMEN**

El artículo de reflexión que expone a continuación, tiene como propositivo central sustentar que es una práctica común en las administraciones públicas y en las diversas entidades de la estructura del estado, celebrar contratos de prestación de servicios para vinculación de personal, desconociendo preceptos constitucionales y legales, además de precedentes jurisprudenciales sobre las condiciones necesarias para la suscripción de esta naturaleza de contratos. Asimismo se sostendrá que las demandas encaminadas a demostrar el contrato realidad es un mecanismo eficaz, cumplidos los condicionamientos probatorios, para evidenciar el uso falaz y anti técnico de los contratos de prestación de servicios.

#### **Palabras Claves**

Contrato de prestación de servicios, contrato realidad, administración pública, contratista, servidor público.

#### **ABSTRACT**

The article of reflection that follows, has as its central proposition to support that it is a common practice in public administrations and in the various entities of the state structure, to conclude contracts for the provision of services for staffing, ignoring constitutional and legal precepts, As well as jurisprudential precedents on the conditions necessary for the subscription of this nature of contracts. Likewise, it will be argued that the demands aimed at demonstrating the reality contract are an effective mechanism, with evidential conditions being fulfilled, in order to evidence the fallacious and anti-technical use of service delivery contracts.

#### **Keywords**

Contract of service provision, contract reality, public administration, contractor, public servant.

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho, con terminación académica de los créditos del programa, integrante junior de los semilleros de investigación de la Universidad Autónoma del Caribe de Barranquilla, con Diplomado en Mecanismos alternativos de solución de conflictos MASC y conciliación extrajudicial en Derecho.

## **Introducción.**

Las administración pública actual en sus niveles central o descentralizado por servicios y territorialmente, para el cumplimiento de sus cometidos constitucionales y legales, requieren la vinculación de personal en su modalidad por carrera administrativa, aquellos que son de libre nombramientos y remoción, los de elección popular, lo que trabajadores oficiales que se incorporan a través de contratos de trabajo, y contratistas por intermedio de contrato de prestación de servicios, unos y otros tienen unos regímenes jurídicos distintos, lo cual quiere decir que no gozan de las mismas garantías y prerrogativas.

Ahora bien, cada entidad pública posee unas dinámicas organizativas, funcionales y de manejo y gestión del talento humano que pueden influir en el orden, pulcritud, cumplimiento de las normativas de vinculación de personal. En ese sentido, la administración pública debe tener presente cual es la modalidad correcta para contratar personas que cumplan funciones en la respectiva entidad. (Wilches & Barrera, 2007)

En la actualidad Colombiana, se observa un crecimiento vertiginoso de la forma de contratación de servicios personales, por medio de formas no laborales en el sector privado y público. En cuanto este último sector, se vienen utilizando la forma de contratación administrativa de prestación por servicios para buscar de alguna forma la colaboración de personas independientes a la administración que no pueden prestar sus servicios en las condiciones o circunstancias de trabajo requeridas por un empleo público (Obando, 2010). Sin embargo, se ha degenerado el uso de estas formas contractuales, ya que se viene haciendo una mala práctica de este modo de contratación pública, teniendo en consideración que las administraciones públicas en general la utilizan para realizar una especie de sometimiento laboral a los contratistas, con el fin de que estos presten un

servicio personal de manera subordinada e dependiente, desbordando las características y elementos de la modalidad de prestación de servicios especializados.

## **Método.**

El presente artículo de reflexión es de corte cualitativo, puesto se analizarán variables adjetivas susceptible de caracterización o cualificación como la necesidad del servicio, motivaciones políticas de vinculación contractual, de organización, funcionamiento, gestión del talento humano.

Este trabajo está orientado bajo un paradigma histórico- hermenéutico en la modalidad de análisis de texto. El método de investigación que se implementa es de carácter deductivo, Puesto que parte de un análisis de problema general que concierne a los fenómenos políticos, sociales, culturales, jurídicos y de las necesidades del servicio de la administración que conllevan a la práctica recurrente de disimular los contratos de trabajo.

## **Resultados y discusión**

Las diferentes entidades públicas que hacen parte de la compleja estructura del Estado, incluyendo municipios y distritos, muchas veces se ven precisadas a acudir a la vinculación de personal por prestación de servicios en aras de cubrir la demanda de funcionalidad que necesitan para poder operar y cumplir con los cometidos estatales, para ejercer su gobernabilidad. Es así como, por ejemplo, apelan a la forma de contratación estatal, mediante prestación de servicios

especializados, logrando con ello vincular a personas naturales, para que éstas dentro de un término rigurosamente necesario, que muchas veces es objeto de prorrogas o con carácter permanente para que ejecuten funciones concernientes a dichas entidades, teniendo en cuenta que no pueden desarrollarlas con los funcionarios adscritos o porque requieren de conocimientos especializados.

La contratación de servicios por parte de entidades estatales es cada vez más frecuente y su dinámica está prevista en la legislación colombiana con criterio temporal y no de permanencia, siendo esa una de las razones por las cuales el decreto 2474 de 2008, permite la vinculación contractual a través de la modalidad de contratación directa, lo cual ha servido para en ocasiones se utilice la contratación de personas naturales a través de un contrato de prestación de servicios, con un sentido clientelista, generando nominas paralelas, y por ende, direccionándose en detrimento de los intereses de los trabajadores, pues por intermedio de esta figura no se les reconoce prestaciones sociales que si benefician a otros colaboradores.(Fierro, 2011)

El motivo dispuesto legalmente en que se debe usar el contrato de prestación de servicio en la administración pública, es con el objeto de evitar que en situaciones especiales no se paralice la administración y se ponga en riesgo el interés general, bien por la carencia de personal suficiente o por la exigencia de conocimientos especiales que el personal de planta no está en condiciones de satisfacer. Pero es conocido que en la práctica generalizada de las administraciones públicas se desconoce flagrantemente estas verdaderas circunstancias a la hora de contratar a través de prestación de servicios, lo cual en innumerables ocasiones genera investigaciones de carácter disciplinario derivadas del inadecuado manejo de este tipo de contratos, así como reiteradas son las acciones que los contratistas promueven ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para las debidas exigencias de sus derechos y prerrogativas de contenido prestacional.

Respecto de los antecedentes de investigación en materia de contrato realidad en el ámbito de la administración pública colombiana, se trae a cuento la Tesis esbozada por Díaz (2012) en su proyecto investigativo el principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública, en el que señala que las formas de contratación no laborales e incluso los laborales sin vocación de permanencia en el tiempo, con las que se contrata servicios personales, vienen siendo utilizados indebidamente y frecuentemente en los sectores públicos y privados. Cabe resaltar que en el ámbito de la contratación estatal, se acentúa con el transcurrir de la vida nacional, como secuela de los procesos de reestructuración de la parte orgánica y burocrática del Estado, que obedecen a las exigencias de los también llamados procesos de globalización y deslaboralización.

Por su parte, Ugarte (2009, p. 3) citando a Agustín Gordillo conceptúa que “Si la Administración no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto está viciado. En efecto, la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes. Un acuerdo de partes sobre los hechos en un proceso es obligatorio para el juez pero no resulta para el administrador, que debe aprobarlos. A la inversa, tampoco puede la decisión administrativa depender de la voluntad del Administrado de no aportar las pruebas del caso; aquella debe ajustarse al Principio de Verdad Material”

Haciendo una focalización hacia la normativa en Colombia sobre el tipo de contrato de prestación de servicios, se puede señalar que desde el anterior estatuto contractual del decreto ley 222 de 1983, la administración pública Colombiana ha utilizado el contrato de prestación de servicios como una modalidad de vinculación a la administración, con el fin señalado en dicho decreto cual era de contratar personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando los mismos no puedan cumplirse con las personas de planta (*art. 163*).

El artículo 167 del derogado estatuto de contratación administrativa advierte que las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios solo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.

La ley 80 de 1993, estatuto de contratación estatal, -vigentes con modificaciones importantes como las realizadas por la ley 1150 de 2007 y el decreto 734 de 2012 (modificado por el Decteto 1510 de 2013)- señala en su artículo 32, numeral 3 que el contrato de prestación de servicios solo podrá celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados como ya reiterado precedentemente.

Las diferentes reformas a la administración pública que se configurado desde la constitución de 1991, impulsadas por nuevas tendencias mundiales de disminución del tamaño del estado, han traído como consecuencia que las entidades públicas descarguen sus responsabilidades en manos de particulares, muchos de los cuales son contratados a través de la figura de prestación especializado de servicios.

Ahora bien, en los tribunales judiciales con relativa frecuencia se expiden providencias mediante las cuales se deja en evidencia que la administración fraudulentamente, le da un ropaje distinto al que deberían tener determinadas relaciones jurídicas. Así muchas formas de descorrer ese velo de la administración es verificar si la entidad contratante imparte directamente ordenes, que dan apariencia de subordinación, fijan horarios frente a las cuales no existe la más mínima flexibilidad, todos estos, son indicios de la existencia de una verdadera relación de dependencia.

Bajo estos parámetros surgen grandes interrogantes relacionados con el funcionamiento o celebración de contratos OPS en la administración pública tendientes a incumplir con lo establecido por la ley; estos interrogantes conllevan a dudar de la legalidad de los contratos que celebra los funcionarios de la administración pública.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar los alcances del mencionado artículo 53 constitucional y en fallos como el C-154 de 1997 determino, entre otros las características del contrato OPS y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que es el elemento de subordinación o dependencia el que.. Determina la diferencia del contrato laboral frente a la prestación de servicio.

Por otra parte, el Consejo de Estado desde año 2003 ha venido edificando la jurisprudencia que concluye que a pesar que se haya contratado a una persona a través de un contrato de prestación de servicios, si en esa relación aparecen probados los elementos constitutivos de un contrato laboral, con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se estaría en un contrato realidad que si bien no puede nunca aparejarse a la vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos, si trae como consecuencia que esta persona contratada bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios le sea reconocida las prestaciones sociales ordinarias o comunes, para lo cual en las sentencias judiciales se señalan condenas que alguna manera golpean con bastante frecuencia el erario público en los niveles central o descentralizado por servicios o por territorio.

Cada administración, de acuerdo con una buena organización, un buen manejo de los recursos, con procedimientos transparentes, esquemas pertinentes de jerarquización funcional o con claridad en la naturaleza de las funciones desarrolladas por sus servidores puede corregir el defecto de contratar a sus

servidores bajo modalidades contractuales inadecuadas. Además cada entidad debe tener una identificación precisa de quienes deben ser empleados de planta, i. Asimismo la identificación de las necesidades del servicio en la organización, el manejo de horarios de la organización, el suministro de herramientas e insumos a los trabajadores, la forma de integración vertical u horizontal en el manejo de personal y obediencia de órdenes.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, podría decirse que uno de los factores que llevan a que la administración pública esté realizando contratos de prestación cuando en realidad correspondía una vinculación legal y reglamentaria o un contrato de trabajo, tienen que ver con aspectos de la organización, funcionamiento y gestión del talento humano, no sin antes anotar, la necesidad del servicio para la gobernabilidad.

En cuanto al tiempo necesario para que un contrato de servicios se convierta o se considere un contrato de trabajo realidad, no existe cuantificación, es decir, no importa el tiempo, este no se considera para estos efectos. En cuanto las condiciones para que un contrato de servicios se considere un contrato de trabajo realidad, es la ocurrencia de los supuestos contemplados por el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, el cual define los elementos del contrato de trabajo. Este artículo es claro en afirmar que cuando en una relación empleado- empleador se da una relación de subordinación, existe una prestación personal del servicio, y hay una remuneración, estamos frente a un contrato de trabajo, sin importar el nombre que se le haya dado al contrato el momento de su firma.

Así, si al ejecutar o desarrollar un contrato de servicio, concurren los tres elementos de que trata el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, indudablemente estamos ante un contrato de trabajo realidad.

Es más, el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, establece una presunción muy importante que nos ayudará a dilucidar situaciones en las que no se tiene seguridad en cuanto si efectivamente lo que existe es un contrato de servicios o un contrato de trabajo.

Consagra este artículo: "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Esta presunción general, asume que todo trabajo ejecutado de forma personal está regido por un contrato de trabajo, de modo que de entrada, cuando una persona desarrolla un trabajo para otra, la ley está presumiendo la existencia de un contrato de trabajo. Esta presunción se vuelve una realidad, en el momento que se configuren los elementos contemplados por el artículo 23 del código sustantivo del trabajo.

Así, cuando se firma un contrato de servicios, hay que asegurarse de que en su ejecución no exista una subordinación del contratista frente al contratante, ni que exista una exigencia expresa en el sentido de que el contrato de servicios deba ser ejecutado exclusivamente por el contratista, puesto que se estaría configurando el primer elemento del contrato de trabajo.

Si al ejecutar un contrato de servicios, se presenta una subordinación, por ejemplo, el contrato de servicios perderá su naturaleza y se convertirá en un contrato realidad. Básicamente, la subordinación es la que entra a definir si lo que existe es un contrato de servicios o realidad. En este documento se exponen las razones de tal afirmación.

Un contrato de trabajo puede ser verbal o escrito, y en cualquier caso tiene la misma validez ante la ley. Pero en algunos casos, entre el trabajador y el

empresario no se acuerda ningún contrato de trabajo, ni verbal ni escrito, sino que se recurre a otro tipo de figura como el contrato de servicios.

Pero independientemente de la figura que se utilice, si en el fondo del asunto, en la realidad, se dan las condiciones propias de un contrato de trabajo, primará la realidad de la relación contractual frente a cualquier formalidad acordada entre las partes; de allí la denominación de contrato realidad. No importa como se ha llamado el contrato, pero si la realidad indica que es un contrato de trabajo, así será considerado por la ley. El contrato realidad se origina en la misma ley laboral, más exactamente en el artículo 24 del código sustantivo que reza lo siguiente:

Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. También el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, en su numeral 2 hace referencia al contrato realidad cuando expresa:

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

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

---

## **Conclusiones**

Resulta un poco paradójico que la administración pública que debe ser modelo de cumplimiento a la ley y de garantía a los derechos, celebre contratos que de cierta forma burlen las disposiciones jurídicas vinculantes en materia de vinculación de personal, y peor aún con detrimento de derechos prestaciones a salariales de las personas que prestan personalmente sus servicios.

Se puede señalar en forma sintética que los factores más preponderantes para vincular personal por prestación de servicios cuando en la práctica procedía una relación legal o reglamentaria son por clientelismo político, Para evitar el pago de prestaciones sociales a trabajadores, Por la falta de organización en la gestión del talento humano y el manejo de nómina, Por falta de claridad de la naturaleza de las funciones, falta de claridad entre empleados de planta y contratistas, o para devolver un favor político o electoral.

De igual forma, existen razones que tienen más estrecha relación con las necesidades del servicio de la administración, que también son un factor preponderante para que la ésta realice el tipo de contrataciones a que se viene haciendo referencias. Entre las razones por necesidad del servicio que se identificaron en esta investigación están aquellas circunstancias en que la administración tiene urgencia para satisfacer una necesidad administrativa que requería personal en el menor tiempo, o porque quiere evitar realizar modalidades contractuales como concurso públicos de méritos, Evitar realizar los trámites y presupuestos administrativos para la vinculación a través de relación legal y reglamentaria, o por ser una actividad especializada que no pueden desarrollar el personal de planta o por una vacancia temporal.

## Referencias.

- Anderson, M. (2013). Testimonios de mujeres cubanas: Feminismo y afro-cubanidad en tres textos de Daisy Rubiera Castillo. Cuadernos de Literatura del Caribe e Hispanoamérica, N°. 17.
- Agudelo Ibáñez, S., & Calderón Ortega, M. (2016). Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por actos de reforma constitucional. Justicia, 21(29), 99-118. <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1236>
- Arrieta, L. (2013). 'La Construcción del Ethos en el Discurso Político: un Caso de Legitimación y Poder', en: Cuadernos de Literatura del Caribe e Hispanoamérica, No.19. Pp.13-35. [http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/cuadernos\\_literatura/article/view/1248/874](http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/cuadernos_literatura/article/view/1248/874)
- Balcarce, F. I. (2014). DERECHO PENAL Y NEUROCIENCIA: APROXIMACIONES. Revista LEGEM, 2(1), 81–93. Retrieved from <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/legin/article/view/1172>
- Berrocal Durán, J. (2016). Igualdad material de las partes en el proceso laboral: audiencias, conciliación y primera de trámite. Justicia, 21(30), 122-131. <https://doi.org/10.17081/just.21.30.1354>
- Caicedo Pérez, R. (2015). El derecho a huelga en Colombia: un sofisma. Legem, vol 2. Num 2., 87-100.
- Carbonell, E. (2015). Apuntes de derecho concursal latinoamericano Colombia, Perú, México y Brasil. Revista LEGEM, 2(2), 11-35.

Díaz Vargas, Jaime Alejandro, El principio de la primacía De la realidad en las relaciones laborales de la administración pública. Universidad Sergio Arboleda, Colombia, 2012.

Díez, Adriano (2014). El estudio de la migración internacional del retorno en Colombia. Una revisión bibliográfica sobre el estado actual. Revista Amauta. N° 24: 23- 39. Recuperado de:<http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/Amauta/article/view/1065>

Fandiño Barrios, Y. (2014). La otredad y la discriminación de géneros. *Advocatus*, 23, 49-57.

Fierro Castro, José Agustín, ¿El contrato de prestación de servicios genera relación laboral. Universidad de la Sabana, Colombia, 2011.

Galettini, A. (2013). Más allá de la paradoja espacial: Otra manera de pensar la diáspora. Análisis de *The Fat Black Woman's Poems*, de Grace Nichols. *Cuadernos de Literatura del Caribe e Hispanoamérica*, N°. 17.

Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. La defensa del Usuario y del Administrado. 5ta Edición y 1ra Edición Peruana, Lima Ara Editores FD.A. 2003

La ley 80 de 1993, Congreso de la Republica de Colombia.

Ley 1150 de 2007, Congreso de la Republica de Colombia.

Mosquera Rentería, J. (2015). Derechos de las minorías sexuales: retos contemporáneos de la resocialización. *Justicia*, 20(28), 121-138. <https://doi.org/10.17081/just.20.28.1044>

Obando Garrido. José María Tratado de Derecho Administrativo Laboral, Doctrina y Ley. 3a. Ed. Bogotá, 2010

Orfale, R. N. (2014). Descentralización, participación ciudadana y gobierno local en Colombia. *Advocatus*, 22(22), 25-40.

Osorio Gutiérrez, M. (2015). Establecimiento de comercio en relación con los hosting web. *Advocatus*, (24), 67-77. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.984>

Pórtela, J. (2015). Construcción del consenso moral del consenso y ley natural. *Justicia*, 20(28), 32-55. <https://doi.org/10.17081/just.20.28.1033>

Reales Vega, R., de Castro Marriaga, D., & Arcón, D. (2014). Percepción del agua como derecho fundamental: los efectos producidos por la prestación del servicio de agua potable en los habitantes del municipio de santa lucían, atlántico. *Justicia*, 19(26), 69-80. <https://doi.org/10.17081/just.19.26.825>

Rinvera García, Christian Geovany y Mondéjar Rodríguez, Juan. (2014): "La lectura crítica como habilidad investigativa en estudiantes universitarios". En: *Revista Amauta*. No.23, p.163-176.

Sentencia C-154 de 1997, Corte Constitucional Colombiana.

Soto, D. P. (2015). Francis Bacon y la Calumnia de America. Amauta, 1 - 16.

Ugarte González, Yenny, El principio de primacía de la realidad. Actualidad Empresarial, N° 182 – Primera Quincena de Mayo 2009.

Vega Arrieta, H. (2015). Aspectos dogmáticos y políticos criminales de la estructura general del delito en el sistema penal colombiano. Justicia, 20(27), 42-72.  
<https://doi.org/10.17081/just.20.27.806>

Wilches, Claudia Janeth, Barrera, María Lucía., Derecho Laboral Individual., Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1a. Ed., Bogotá dic.2007.