

**“CONSIDERACIONES COMPARATIVAS, PRINCIPALMENTE DESDE LA
JURISPRUDENCIA, ENTRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL
CONTRATO LABORAL”**

ISABEL LÓPEZ OSPINA

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD, DERECHO

MEDELLÍN

2015

**“CONSIDERACIONES COMPARATIVAS, PRINCIPALMENTE DESDE LA
JURISPRUDENCIA, ENTRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL
CONTRATO LABORAL”**

Introducción

El Constituyente derivado estableció en el artículo 53 de la Constitución Nacional el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de una relación laboral. Dicha consagración superior, más que desnaturalizar la existencia y usanza del contrato de prestación de servicios, el cual continúa siendo una forma legítima de desarrollar el trabajo, cuando existe independencia por parte del contratista y no se encuentra sometido a la subordinación que ejerce un empleador, lo que hace es proteger a la parte débil de la relación laboral, el trabajador, para que con la fórmula jurídica de las formas contractuales no se lo vaya a vulnerar en sus derechos irrenunciables de orden laboral y una garantía al pago de sus derechos de carácter laboral; condición que presupone necesariamente el que desde lo jurídico, siempre que se acuda a un contrato en el que se encuentre involucrado el trabajo humano, pero que sea por servicios, sea en el sector privado, o en el sector público, mediante la facultad que le asiste a la administración de llevar a cabo esta clase de vinculaciones, exista una verdadera sinceridad y clarividencia en la utilización de esta forma contractual, ya que es innegable que en muchas ocasiones el contrato de prestación de servicios es utilizado para burlar los derechos ciertos e irrenunciables de personas que se desempeñan laboralmente bajo una modalidad subordinada de contrato que hace exigible del empleador el pago de toda la carga prestacional que contiene un vínculo subordinado. Así, siempre que se advierta una legítima y legal finalidad en el uso de este

contrato y no se estén invadiendo en la realidad los terrenos del derecho laboral y los elementos esenciales de una relación de tal carácter, no se estará abusando de la ley ni de su sentido práctico.

Ahora, resulta de gran trascendencia en aras de clarificar el verdadero carácter que le asiste a estas relaciones, el que se determine con precisión la naturaleza de las labores que se encargan a su realización a través de un contrato de prestación de servicios, ya que existen funciones que por su misma naturaleza, constancia en su realización, sometimiento a directrices de carácter directivo y falta de intermitencia y de autonomía para su cumplimiento, requieren ser desarrolladas a través de otras modalidades contractuales. Será este un punto importante a analizar dentro del presente trabajo. Indudablemente que a lo largo del análisis y desarrollo de las normas legales y de la jurisprudencia que sustenta el contenido de estas consideraciones, es evidente que se advierte un amplio desarrollo del derecho laboral, que contrasta con una mínima regulación del contrato de prestación de servicios, contrariando de tal manera la realidad colombiana, en cuanto se constata que son abundantes las formas de aprovechamiento del trabajo humano a través de modalidades contractuales distintas a la laboral.

La tesis que se sostendrá a lo largo de la exposición de este trabajo, además de las consideraciones generales sobre la forma en que se desarrolla el trabajo humano tanto en los contratos laborales como en los de prestación de servicios, pretende indagar el por qué en no pocas ocasiones es la propia administración pública la que a pesar de estar compelida a la aplicación de la ley, y encontrarse regidas todas sus actuaciones por el principio de legalidad, es precisamente quien vulnera la realidad y acude a contrataciones ajenas a la laboral para dar otra apariencia contractual a las vinculaciones de personal. Práctica que en mi criterio, se constituye

en una clara afrenta al principio de legalidad que rige toda la actuación de las autoridades públicas.

Se pretende además ahondar en conceptos propios del contrato de prestación de servicios, partiendo de una conceptualización y caracterización general de este contrato, concretarlo más claramente en la administración pública, y al mismo tiempo hacer una equiparación de muchos principios y postulados proteccionistas de los trabajadores que les pueden ser comunes al contrato de prestación de servicios y al contrato laboral.

Obviamente, cuando es el Estado el sujeto contratante, es preciso revisar las autorizaciones y competencias legales que las entidades públicas pueden tener para celebrar esta clase de contratos y las modalidades o herramientas jurídicocontractuales a través de las cuales se celebran esos actos jurídicos.

En ese sentido entonces, el Estado constitucional y democrático Social de derecho, por tener asignado unos fines, propósitos y cometidos con amplio contenido social, que gozan de una consagración constitucional expresa, manifestada a partir de la función¹ que prestan las entidades públicas, se hace imperioso que la figura de la contratación estatal por servicios permita la realización de dichos principios, valores y derechos constitucionales, por lo que podría pensarse en principio que las entidades públicas no usan los contratos de prestación de servicios para vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores, y en ocasiones, empero el carácter real de la contratación por servicios, de todas maneras vulneran principios o derechos de carácter superior

¹ Aquí el término “función” se toma de la ciencia jurídica anglosajona en el estudio de la estructura del Estado, como una manifestación de la acción del Estado Social de Derecho, más que como estructura, como función.

que son comunes a los contratos laborales y a los contratos en los que hay actividad humana en la prestación del servicio, pero sin subordinación y dependencia.

Incluso, llama la atención cómo en muchas oportunidades es el ente estatal el que, buscando deslaborar su planta de personal y estando claro que es el Congreso de la República a través de la Ley, el que esté facultado para crear las plantas de cargos de las entidades públicas, desconoce y viola los derechos de los servidores públicos, al hacerlos aparecer como contratistas, cuando en realidad son verdaderos sujetos subordinados a la administración pública, que se pueden asimilar a la categoría jurídica de trabajadores oficiales.

El trabajo digno es una realidad desarrollada a través de instrumentos internacionales que regulan el desarrollo del trabajo mundial, independientemente de que se desarrolle en el marco de una relación subordinada de trabajo, o mediante alguna clase de contratación por servicios, que a su vez puede ser pública o privada. Y es necesario que sea así, porque desde el punto de vista del derecho constitucional al mínimo vital y a la satisfacción de las necesidades familiares y sociales que suple el trabajo, para cualquier trabajador, independientemente de que su vinculación lo sea por servicios o de manera subordinada, lo más importante es que existan las condiciones irrenunciable y garantizadas constitucional y legalmente para que el trabajo no se convierta en una herramienta para desconocer su dignidad y las prerrogativas que le asisten como sujeto de derechos.

Y es que ¿Qué institución habrá con más contenido social y humanitario que el trabajo?

Obviamente es una de las formas a partir de las cuales el hombre aspira a concretar la realización de sus aspiraciones mentales, físicas, intelectuales, espirituales, sociales y familiares.

El tema se abordará desde la teoría, algunas prácticas judiciales a nivel local, y con apoyo permanente en la jurisprudencia de las Altas Cortes, especialmente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Los contratos laborales y los contratos de prestación de servicios.

Resulta imperioso iniciar el presente trabajo, partiendo de la importancia que representa en Colombia (un país con una tradición relativamente vinculante del precedente), el citar algunas líneas jurisprudenciales que por estar signadas en una sentencia hito, revisten trascendental importancia para establecer la diferenciación entre los contratos de prestación de servicios en el sector público, como formas válidas de vinculación y los contratos laborales. En líneas generales, y como una pieza jurisprudencial a la cual se remiten gran cantidad de decisiones jurisprudenciales en Colombia, la Sentencia C-154 de 1997 emitida por la Corte Constitucional, se erige por antonomasia en un mecanismo judicial de interpretación constitucional vinculante sobre estas modalidades contractuales.

Aquí, quiero hacer una pequeña crítica antes de continuar, y es que es importante que existan piezas jurídicas producidas por la jurisprudencia, en lo que podríamos llamar la existencia de sentencias hito o las llamadas fundadoras de línea. Sin embargo, es evidente que muchas veces, por acogerse en su integridad esas sentencias, los operadores jurídicos renuncian a su labor y obligación de fundamentar las providencias conforme a las particularidades de los hechos. Hago este comentario a título de crítica, ya que he sido testigo en muchas ocasiones de unas sentencias que dejan mucho que desear en cuanto a su ausencia de argumentación jurídica. Y es que muchas veces, por acoger una postura jurisprudencial, no se hace ningún análisis de fondo, sino que se transcriben abundantes páginas con jurisprudencia hito, y se da la impresión de que las particularidades del caso no fueron analizadas jurídicamente.

Bien, continuando con el tema, sea lo primero referir que la mencionada sentencia, recoge doctrinariamente lo que muchos doctrinantes vienen sosteniendo al respecto. Por la importancia de sus postulados, ha menester recoger en síntesis para delimitar el desarrollo del presente trabajo, las principales diferencias que se resaltan entre las mencionadas modalidades contractuales, lo cual constituye el centro gravitacional que aquí se desarrolla: de la persona, que para los efectos de esta investigación, se entenderá que es una entidad de derecho público, de la cual surge la necesidad de contratar el servicio y que funge como parte contratante, no se deriva ninguna subordinación hacía el contratista, es decir que no tiene la potestad de impartir órdenes durante la ejecución de la actividad contratada. Aspectos como los fines perseguidos por el contrato y la naturaleza del mismo, constituyen ejes centrales a partir de los cuales es fácil marcar una diferencia determinante entre las dos modalidades contractuales mencionadas; en efecto, en el contrato de prestación de servicios, la entidad pública lo que persigue es delegar en el particular que actúa como contratista, la obligación de que le realice una labor que necesita y que se encuentra facultada dentro del marco legal de la administración reglada, facultándole a la entidad de que se trate para que cumpla un menester que es completamente ajeno al giro ordinario de su actividad como entidad estatal. Ya desde aspectos como la naturaleza y el objeto del contrato, se sintetizan en que es interés de la entidad, el que los contratistas, para ningún efecto puedan llegar a ser asimilados a empleados públicos o trabajadores oficiales de los que la misma entidad tenga bajo un vínculo obviamente de carácter subordinado, los primeros bajo una relación legal y reglamentaria, y los segundos bajo un contrato laboral de obras o mantenimiento con la entidad pública. Es decir que lo primero que hay que destacar es que la contratación por servicios en las entidades públicas, funge como una modalidad excepcional y ajena al grueso de su contratación o reglamentación de sus colaboradores.

La diferenciación entre una y otra clase de contrato y la confluencia de elementos que configuren ya el laboral o el de prestación de servicios, tiene consecuencias jurídicas que se generan en el plano de la realidad. En la sentencia de constitucionalidad mencionada se estableció por la Corte Constitucional que *“en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”*².

En realidad, las formas de deslaborización que implementan las entidades u empleadores en general, no puede ser catalogada como una práctica ilegítima o desconocedora de derechos irrenunciables, siempre que se le dé una aplicación ajustada a derecho, ya que si bien el contrato de prestación de servicios no se encuentra ampliamente regulado en la normativa, si es una forma contractual a través de la cual pueden suplirse algunas necesidades de la administración pública.

Incluso, quiero destacar esos casos en los que la contratación por servicios se erige en una buena alternativa para el propio contratista, quien no puede ejecutar su labor bajo modalidades subordinadas de trabajo, ya que al tener muchos clientes, puede celebrar al mismo tiempo multiplicidad de contratos de prestación de servicios, a través de los cuales logra equilibrar sus ingresos y desarrollar fuentes laborales que le permiten ejecutar sus labores con autonomía e independencia. En un marco así, es evidente que no puede decirse que se esté abusando de esta forma de contratación, sino que se estaría desarrollando adecuadamente y en provecho de una persona que ejerce de manera legítima su derecho fundamental al mínimo vital.

² Ramírez (2011). *“Los elementos esenciales del contrato de trabajo”*. Revista Judicial Edición número 18 – Consejo Superior de la Judicatura.

La Constitución de 1991 es consecuente con la protección que debe brindarse al trabajador como parte débil de la relación laboral y establece en línea de principio la garantía que debe dársele a primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral³.

Ese principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral es un postulado que si bien propiamente rige en materia laboral, es un instrumento para que también los trabajadores que lo sean en virtud de un contrato de prestación de servicios con la administración pública puedan obtener unas prestaciones contractuales que sean acordes con la real forma de vinculación que detenten, es decir que si es un contrato de prestación de servicios el que los vincula a la administración pública, esa idea formal se corresponda en la realidad con un verdadero contrato de esa naturaleza y que no sea una etiqueta con la cual se pretenda desconocer un verdadero vínculo laboral a fin de evadir el pago de derechos prestacionales propios de los trabajadores.

Pero no obstante, no es solo el artículo 53 de la Constitución Nacional el que establece entre otros el principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de derecho en la relación laboral, sino que es palpable cómo, a través de diversas disposiciones superiores, incluso que se encuentran en la parte dogmática de la Constitución Política, se evidencia el interés del constituyente por destacar dentro de los fines y razones principales del Estado, el incentivar el desarrollo de relaciones laborales que se desarrollen en el marco de la justicia y de la equidad.

³ Sin embargo, debe decirse que desde la misma Constitución Política de 1886, se entendía la existencia de este principio. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo radicado 10.153 del 11 de diciembre de 1997, reiterada en sentencia 12.960 del 22 de marzo de 2000, MP. Fernando Vásquez Botero y en sentencia del 6 de febrero de 2007, radicado 28.125, MP. Isaura Vargas Díaz, estableció que *“tratándose de relaciones de trabajo, la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral no es una novedad de la actual Constitución Política, sino un principio protector del trabajo humano subordinado, que desde antes de 1991 tenía expresa consagración legal y pleno reconocimiento por parte de la jurisprudencia y doctrina nacionales”*.

Es innegable que en cualquier Estado, sin importar la clase de régimen político y público que detente, es muy importante el desarrollo de las relaciones laborales de manera justa; ello impone que, además de que existan las condiciones fácticas de crecimiento económico para que el sector laboral pueda tener el espacio adecuado para que se desarrolle, y que exista un marco jurídico que sea consecuente con los postulados internacionales del trabajo decente⁴, exista en la legislación y en la jurisprudencia el reconocimiento de formas contractuales que no se presten para que se desconozcan derechos irrenunciables básicos de los trabajadores.

Es innegable que una sociedad que se beneficie de relaciones justas de trabajo, será una sociedad en la cual exista un buen nivel de desarrollo y donde exista una equilibrada redistribución de la riqueza.

Esta condición implica que no sea solo el trabajo que se desarrolla mediante la vinculación subordinada el que sea objeto de una protección constitucional y legal adecuada, sino que toda manifestación del trabajo como traducción humana de la actividad productiva del hombre, sea objeto de protección. El contrato de prestación de servicios, como una modalidad contractual legítima⁵, no es ajeno a la exigencia de que tenga siempre como objeto un trabajo decente y que no se constituya en fuente de desconocimiento de la dignidad de las personas que mediante esa modalidad contractual prestan sus servicios a cualquier persona, y especialmente a las entidades

⁴ La Organización Internacional del Trabajo se ha amparado en la necesidad latente de que el trabajo humano es esencial para el bienestar en general de las personas y de que de él dependen muchos aspectos de todo tipo de la sociedad; y en consecuencia con esa postulado, ha desarrollado el concepto de trabajo decente; categoría jurídica laboral a partir de la cual se entiende que el trabajo, además de generar un ingreso, debe facilitar el progreso social y económico, fortaleciendo a las personas. Sus familias y a la comunidad desde diversos puntos de vista, no solo económicos sino también en todas las esferas de sus vidas. (tomado de <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang-es/index.htm>; página oficial - agencia especializada de las Naciones Unidas – 2014).

⁵ Cuando se habla de modalidad contractual legítima, se pretende significar que cuando el contrato de prestación de servicios no es utilizado para disfrazar verdaderas relaciones de orden laboral con la finalidad de evadir el pago de prestaciones sociales, es una forma adecuada de deslaboralización de la actividad laboral humana.

públicas del Estado⁶, con base a la facultad legal que dichas entidades tienen de contratar bajo esta forma.

Para acercarse a esta concepto de identidad que se presente entre los contratos laborales y los de prestación de servicios en general, resulta acertado entrar a diferenciar la existencia de una relación legal y reglamentaria con la administración pública y los contratos laborales, sean de carácter público, es decir con trabajadores oficiales, y tangencialmente los contratos de prestación de servicios de carácter civil o comercial, con lo que en general constituye una relación de trabajo, concepto genérico dentro del cual se incluye el concepto de la simple prestación de servicios de la que surgen derechos y obligaciones para quien los presta y quien se beneficia de ellos, llámese empleador o parte contratante⁷.

De ahí que la presunción del artículo 24 del CST en el sentido de que se presume de que toda relación de trabajo se encuentra regida por un contrato de trabajo, en general, constituya una presunción de las llamadas “legales”, que por oposición a las llamadas “de derecho”, admite prueba en contrario; pues bien, la prueba en contrario sería, por antonomasia, aquella que muestre que no confluyen los tres elementos propios del contrato de trabajo, sino por ejemplo una contratación ajena al contrato laboral, es decir por servicios. Sin embargo, al tratarse de una entidad pública, es innegable que como sus servidores son por regla general empleados públicos, existe una presunción fuerte en el sentido de que al no estar vinculados por una forma contractual que contenga una relación legal y reglamentaria o un contrato de trabajo por trabajador oficial, es

⁶ Dicha especialidad viene determinada principalmente por el carácter de ente interesado en la promoción del bienestar general y del cumplimiento de los fines establecidos en las normas constitucionales, considerando el interés que le asiste a la organización estatal a través del desarrollo de sus actividades, la utilidad social a todos los niveles y la creación de condiciones que lleven a la generación de prosperidad, desde varios puntos de vista.

⁷ Cadavid & Arenas (2014). *“Cartilla del Trabajo”*. Novena Edición, actualizada y ampliada. Bogotá: Sello Editorial Universidad de Medellín. Pág. 85.

seguramente un contrato por prestación de servicios con la administración pública, sin desconocer que esta modalidad en muchos casos se implementa tanto a nivel público como privado para ocultar verdaderas relaciones subordinadas de trabajo.

La Corte Constitucional en uso de su facultad de control abstracto sobre la legislación⁸, mediante sentencia C-665 de 1998, MP. Hernando Herrera Vergara, al pronunciarse sobre la forma contractual por servicios, la laboral con subordinación y la presunción del artículo 24 del CST, sentó un precedente de orden constitucional contrario a lo que la Ley 50 de 1990 había preceptuado respecto a la presunción contenida en el artículo 24 del CST. Y es que dicha normativa había exceptuado de los efectos de esa norma y la institución presuntiva legal que contenía, a aquellas relaciones que prestaban ciertos profesionales mediante contrataciones por servicios, cuando de por medio se encontraba suscrito un contrato de prestación de servicios formalmente determinado⁹.

En tal aspecto fue consecuente la Corte Constitucional con la idea práctica que se verifica constantemente, en el sentido de que se utiliza la contratación por servicios para encubrir verdaderas relaciones de carácter subordinado, y con el principio del derecho laboral que enseña que prevalece la realidad por encima de las rotulaciones que las partes le den a sus contratos, razón potísima por la cual no había lugar a que mediante la Ley 50 de 1990 se le restara la posibilidad a esas vinculaciones ajenas a la laboral (en forma contractual) a que eventualmente se

⁸ Constitución Nacional, artículo 241 numeral 4º.

⁹ La jurisprudencia de la Corte Constitucional en cita, expresó sobre la igualdad que, *“aunque el artículo 13 constitucional prohíbe la discriminación, sin embargo autoriza y justifica el trato diferenciado, cuando éste, y los supuestos de hecho que dan lugar a él, están provistos de una justificación objetiva y razonable, la cual debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado. Pero además de este elemento, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue”*.

alegara la existencia de un verdadero vínculo subordinado, con la existencia de todos los derechos y obligaciones que se derivan de tal modalidad.

En el sector oficial, lo referido a los elementos esenciales del contrato laboral subordinado y la presunción de contrato de trabajo en el sector privado, allí donde existe una relación personalizada de trabajo, se encuentran consagrados en los artículos 1 y 2 del Decreto 2127 de 1945 (norma que se encuentra vigente y que es aplicable a todas las relaciones que en el marco de la administración pública se den entre un trabajador oficial o una persona supuestamente contratada por contrato estatal de servicios, de conformidad a la Ley 80 de 1993, pero que en realidad reúne los elementos propios de la relación subordinada de trabajo), que equivalen a los artículos que en el sector privado regulan todo lo referido al contrato de trabajo en el Título I del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 22 y siguientes de dicho estatuto.

El artículo 1 del Decreto 2127 de 1945 establece que *“se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquel cierta remuneración”*.

Por su parte el artículo 2 del mismo estatuto, preceptúa que *“para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, c. El salario como retribución del servicio”*.

No sobra citar el artículo 3° del Decreto 2127 de 1945 a reglón seguido establece que *“una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera”*¹⁰.

Como puede observarse, no obstante que tanto el sector público como el privado se encuentran regulados en este aspecto por disposiciones normativas distintas, debe decirse que la realidad es la misma: la verificación de la real existencia de relaciones en las que se denote la subordinación, el salario y la actividad personal del trabajador.

A manera de crítica, me llama la atención muchos casos en los que las entidades públicas acuden a contratos de prestación de servicios, y al tiempo que se supone que la contratación es ajena a la laboral, no permiten que el supuesto contratista desarrolle su labor por interpuesta persona, que es una posibilidad válida que permiten esta clase de contratos. Así, incurren en una contradicción evidente estas entidades, que las lleva a quedar en evidencia frente a estos contratos, ya que les interesa que se trate de contratos de prestación de servicios para efectos de marginar al trabajador de las prebendas y beneficios legales y extralegales a los que tienen derecho, pero cuando se trata de que el supuesto contratista ejerza con autonomía e independencia el contrato, y en desarrollo de esas características realice el trabajo por interpuesta persona, ahí sí no les parece. Con estas

¹⁰ Cristancho (2008). *“Prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*. Tomo I. Edición 2. Bogotá: Librería Ediciones del profesional Ltda. Pág. 267.

prácticas, queda evidentemente probado el requisito de la actividad personal, propio de los contratos laborales.

Debe decirse que no toda actividad que sea ajena a la configuración de los tres requisitos que de conformidad al artículo 23 forman una relación de trabajo subordinado, como lo son los contratos de prestación de servicios, entre otros, se encuentra ajena a una actividad personal del servicio; es decir que en el contrato de prestación de servicios, como en el contrato laboral, se presenta la característica común del trabajo humano, que en muchos casos, por no decir que en la mayoría, constituye la fuente de sustento de las personas, a quienes es indiferente, a efectos de percibir una remuneración que garantice su sustento, no así para los derechos irrenunciables, si su vinculación viene dada por una relación o contrato de una u otra clase. En tal perspectiva, es preciso hacerse la pregunta referida a que desde el punto de vista material no ha de existir ninguna razón justificante para que se discrimine al contratista, por no encontrarse adscrito a una modalidad formal y real como lo es el contrato ficto de trabajo con una entidad de carácter público¹¹, cuando están dados los elementos para tenerlo por un trabajador subordinado.

Es preciso reseñar que en los contratos de prestación de servicios, si bien no existe subordinación, no son ajenas dentro de esta modalidad, algunas directrices, direccionamientos e instrucciones que, sin que constituyan ordenes tendientes a la subordinación, si auditan y enfocan en determinado sentido el trabajo, y no pueden ser entendidas como manifestaciones que denoten el que una persona se encuentra subordinada a otra laboralmente.

La posición reciente que ha asumido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al respecto, da cuenta de darle prevalencia a la clase de labor que se está desarrollando. Se trata del

¹¹ Pérez (2012). *“Contratación laboral, intermediación y servicios”*. Primera edición. Bogotá. Legis.

acogimiento de una posición objetiva que, más allá de centrar su análisis en la forma en la que se dan las eventuales órdenes al trabajador, se centra en la naturaleza de la labor.

En sentencia de casación del 19 de octubre de 2011, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en lo laboral, profirió la sentencia con Radicado 42.801, en la que expresamente sostuvo:

“los certificados de retención en la fuente de folios 574 a 577 del expediente, no son suficientes, per se, para desnaturalizar la primacía de la realidad con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrollaba el servicio, máxime que los medios de prueba referidos anteriormente demuestran la subordinación jurídica propia del nexo contractual laboral, pues, se reitera, lo que importa es la realidad de los hechos, y en este caso está demostrada la ejecución de un contrato laboral, en las condiciones reseñadas”.

Esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia del 6 de agosto de 2014, proferida por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, M.P. Gustavo Hernando López Algarra, en la que acogiendo este criterio objetivo, y al analizar la naturaleza del cargo de enfermería, indicó que *“cargo que por su misma denominación denota la falta de autonomía en la ejecución de las labores encomendadas”.*

Quiere decir lo anterior que, a más de las evidencias que puedan surgir del material probatorio y de la forma en que se daban instrucciones, directrices u órdenes a un trabajador o supuesto contratista, surge evidente en la jurisprudencia nacional, el hecho de que la naturaleza de la labor denota en gran medida si la actividad fue o no subordinada.

Asimismo, la sentencia radicado 44.160, MP Jorge Mauricio Burgos Ruíz, de la misma Corporación, mantiene la línea:

“De manera que no resulta atendible por la naturaleza de las labores que debía desempeñar la demandante ni por su duración, la vinculación a través de esa modalidad contractual, cuando surgían signos inequívocos de que se trataba de una relación laboral con todas sus características distintivas como la presencia de la subordinación a que fue sometida en el cumplimiento de sus funciones”.

Anteriormente, la jurisprudencia fincaba su análisis fáctico en otras circunstancias, las cuales consideraba relevantes para establecer si existía o no subordinación. El horario de trabajo fue por muchos años el derrotero que se acogió para establecer si existía o no subordinación. Sin embargo, al advertirse que muchas veces, incluso los contratos de prestación de servicios debían desarrollarse en determinado horario (por ejemplo cuando se contrataba a un contador o revisor fiscal por servicios, resultaba imponiéndosele un horario, más por el hecho de que tuviere acceso a los programas y software contable de la empresa en el horario de funcionamiento, que por tratarse de una subordinación directa; o cuando se contrataba agrónomos por servicios para que realizaran el seguimiento y cultivo de algunos sembrados, resultaba imperioso el que se estableciera un horario que coincidiera con ciertos periodos de sol o tiempo seco, o lluvias en determinados espacios de tiempo), se advirtió que este parámetro no era del todo certero. Ello se confirmó aún más, cuando, al contrario, se encontró que existían contratos de trabajo, en los que no existía claramente un horario determinado.

Esta postura y su revaluación, puede advertirse en la sentencia de Casación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 34.408 del 10 de agosto de 2010, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez:

“Al respecto es de señalar que, si bien esta Sala ha considerado que la existencia en el sector público, de horarios, dentro de los cuales se ha de prestar el servicio personal del obligado, a quien lo contrató, es denotativo de subordinación, (cas. Rad. 27371), procede precisar que dicha circunstancia es predicable de los casos en que es manifiesta la existencia de un servicio, exclusivamente personal (art.20 del Decreto 2127 de 1945), del comprometido a prestarlo, lo cual debe ejecutar dentro del predefinido lapso cronológico que se le haya impuesto contractualmente”.

En esta misma providencia que se viene citando, la alta corporación, a pesar de que encontró la existencia de un horario, no encontró desnaturalizado el vínculo de carácter administrativo, como se expone a continuación:

“En este caso, el horario pactado de prestación de los servicios de telefonía y telegrafía, y demás que la agencia a cargo de aquella tenía que ofrecer, no constituyó más que una circunstancia lógica y propia del contrato administrativo que buscaba garantizar a la comunidad del corregimiento de Tapartó (Andes-Antioquia) un servicio estatal de comunicaciones eficiente, confiado a un particular mediante tal modalidad de vinculación, sin que se advierta que ella, como algunos censurables casos de los que esta Corte se ha ocupado, se erigiera en un ilegal

artilugio administrativo para camuflar una vinculación laboral con el propósito de evadir las consecuencias de la misma”.

Esta postura actual contrasta con la que le precedía como tesis avalada en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que daba un exorbitante efecto al simple hecho de que se cumpliera un horario de trabajo. Para delimitar la línea jurisprudencial sobre la remuneración, a la cual vengo haciendo referencia, me parece oportuno citar la sentencia del 2 de agosto de 2004, Radicado 22.259, M.P. Luis Javier Osorio López, en la que en una demanda que pretendía la declaratoria de la existencia de un contrato realidad por parte de un Médico Coordinador, se concluyó la existencia del vínculo laboral, por la simple verificación de la existencia de un horario de trabajo entre las partes.

En esta misma sentencia se dio el salvamento de voto del Magistrado Eduardo López Villegas, quien no estuvo de acuerdo en que por la simple existencia de un horario de trabajo, se declarara la existencia de un vínculo de carácter laboral. Considero importante citar un pequeño apartado de dicho salvamento de voto, ya que el mismo puede ser considerado como uno de los primeros avances que posteriormente llevarían a toda la Corporación a acoger esa postura y a cambiar la línea jurisprudencial. En ese salvamento de voto, tal vez anticipando el Dr. López Villegas lo que sería la tesis que ahora actualmente sostiene la Alta Corporación, expresó:

“El horario pactado para quien deba atender los usuarios de la entidad contratante no puede ser tomado como elemento unívoco de subordinación; cuando aquel se pacta puede serlo como circunstancia de coordinación entre quien ha de prestar el servicio y quien lo ha de recibir”.

En las entidades públicas se vive una etapa en la que por razones de eficiencia y optimización de recursos, se ha propendido por implementar otras formas de trabajo y proceder a desvincular a las personas de las autoridades públicas, acudiendo a la tercerización de muchas actividades que en el pasado solo se concebían a través de una vinculación laboral o legal y reglamentaria, en clara contravía de los derechos irrenunciables de orden constitucional que les asiste a los trabajadores en Colombia, en desarrollo de la garantía prestacional que se encuentra consagrada en muchos instrumentos internacionales protectores del trabajo y la dignidad que lo ha de caracterizar en su desarrollo.

El contrato de prestación de servicios hace parte de la categoría de actuales formas contractuales denominadas “nuevas formas de trabajo”. La característica principal de esas nuevas modalidades, se determina principalmente por ser ajenas a la existencia de una relación laboral suscrita en el marco de contratos de trabajo en los cuales sea evidente la subordinación del trabajador al patrono, sin que por ello se las incluya dentro de las categorías alternativas a través de las cuales puede también desarrollarse el trabajo de manera legítima y dentro de los parámetros de la ley; así el contrato de prestación de servicios en dicho contexto, se entiende doctrinariamente como trabajo sin vínculo laboral. En tal contexto se ha flexibilizado el tema de la remuneración de las personas, mutando las entidades públicas de efectuar pagos en cascada, en los que se incluían un amplio rubro de conceptos salariales y prestacionales, incluso de carácter convencional, a efectuar un simple pago, ya no de salario ni remuneración básica, sino bajo la modalidad de un simple precio que permite a las personas subsistir ajustadamente, sin que exista una proyección de ahorro o de consolidación de conceptos prestacionales que lleven a las familias de estas personas a poder consolidar su patrimonio y asegurar de manera más definida sus ingresos y el aseguramiento de un derecho al mínimo vital de manera cabal.

Incluso, desde un concepto más amplio y omnicompreensivo, sin que sea un tema directamente relacionado con lo que se está tratando en este trabajo, pero con la finalidad de citar a guisa de ejemplo lo que constituyen las nuevas formas de trabajo que son flexibles y que no hacen parte de una relación subordinada que genere el pago de prestaciones sociales, se encuentra el contrato de aprendizaje, el cual fue uno de los temas de reforma al Código Sustantivo del Trabajo introducida a través de la Ley 789 de 2002, el cual en virtud de esta ley dejó de ser una especialidad del contrato de trabajo y se convirtió en una forma especial dentro del derecho laboral a través del cual se llega a configurar una relación de trabajo que no se rige por el contrato de trabajo sino que tiene un tratamiento especial dentro de las instituciones jurídicas que comprenden el derecho laboral en general.

Volviendo al tema del contrato de trabajo subordinado y los contratos de prestación de servicios con la administración pública, al tiempo que en muchos casos es utilizada la modalidad contractual de prestación de servicios, para hacer más indigno el trabajo y para ocultar verdaderas relaciones de trabajo, también se erige esta modalidad contractual cuando es bien utilizada, en una valiosa alternativa a través de la cual las personas naturales y jurídicas, pero de una manera especial, las entidades públicas, pueden hacer viables sus recursos, aplicar criterios de eficiencia y crear nuevas fuentes de trabajo que redunden en un mejoramiento colectivo de la sociedad¹²; obviamente sin que su implementación se erija en una forma de crear una regla innecesaria e ilegal de desigualdad, al asignar a los contratistas el desarrollo de labores propias de la entidad pública, delimitadas en el giro ordinario de sus actividades y respecto de las cuales se advierta con claridad que se encuentran signadas a empleados públicos o trabajadores oficiales.

¹² Dentro de la categoría de modalidades de trabajo sin vínculo laboral, se encuentran, además de las relaciones que se dan a través de un contrato de prestación de servicios, aquellas relaciones que se gestan cuando se desarrolla el trabajo a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado y mediante empresas asociativas de trabajo.

Es decir que la irregularidad no se encuentra tanto en la existencia de los contratos de prestación de servicios con las entidades públicas y otras figuras como por ejemplo el outsourcing o la tercerización o deslaboralización de los actos jurídicos, como si en la inadecuada e irregular forma en la que se utiliza estas modalidades, cuando es evidente que en su sustrato material subyacen verdaderas relaciones de trabajo que deben llevar aparejado todo el respeto y acatamiento de las normas constitucionales y legales que consagran derechos en favor de los trabajadores.

En Colombia, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de mayo de 2013, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, en una demanda instaurada por el señor Lizardo Antonio Restrepo Puerta, al desatar un conflicto sobre la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho que llevara a la declaratoria de un contrato realidad, se conceptuó que *“el vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley”*. Incluso en esta misma providencia, estableció que máximo tribunal de lo contencioso administrativo que *“no existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales”*.

Al respecto, es pertinente precisar que al existir en el sector público la diferenciación entre trabajadores oficiales y empleados públicos, las cuales conforman una categoría más genérica denominada de servidores públicos, es preciso tener presente que siempre que se alegue la existencia de una relación contractual en el sector público en virtud del contrato realidad, cuando

de por medio existe una vinculación contractual por servicios en desarrollo de un contrato de carácter administrativo, no necesariamente debe entenderse que la declaratoria de contrato realidad que se busca, ha de asimilarse a una relación legal y reglamentaria como la derivada de un vínculo que detente un empleado público de la misma entidad; incluso sin que importe que al hacer una comparación, se encuentre que ambos desarrollan idéntica labor al servicio de la entidad pública contratante, como se indicó en precedencia. Al respecto, resulta oportuno citar lo indicado por el Consejo de Estado, cuando sostuvo: *“no existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario”*¹³. Lógicamente habrá de analizarse cada caso en concreto, ya que como bien es sabido, en derecho los casos concretos deben ser estudiados en el marco de su especificidad, pues es evidente que en ocasiones confluyen ciertas circunstancias que singularizan de una u otra forma algunos eventos prácticos y los hacen distintos de otros donde inicialmente se pueda pensar que es dado que se asuma la misma consecuencia jurídica.

Debe decirse al respecto que, la anterior conclusión resulta acertada y lógica, si se tiene en cuenta que en línea de principio, el contrato de trabajo con la administración pública, solo tiene cabida cuando se trata de la construcción y el mantenimiento de obras públicas que se encuentran a cargo de la entidad contratante y que no se encuentra referido a funciones reglamentarias que desarrollan mediante un tipo de vinculación que es propia de la categoría subjetiva de servidor público.

¹³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2003, expediente IJ-0039.

Asimismo, en nuestro país no existe de manera cabal un conjunto de normas jurídicas que con criterio de especialidad regulen el contrato de prestación de servicios, razón por la cual no existen requisitos formales determinados, de carácter *ad sustanciam actus* para que se forme el contrato, como si lo existe para el nacimiento a la vida jurídica de otras modalidades contractuales (por ejemplo, el contrato laboral a término fijo, el cual exige que su celebración que se haga por escrito), por lo que en cuanto a su modalidad y nacimiento a la esfera jurídica, puede ser verbal o escrito, con la precisión de que a efectos de preconstituir la prueba, sea recomendable que el mismo se celebre por escrito (sobre todo si se tiene en cuenta que al ser el contrato de prestación de servicios una modalidad contractual que se caracteriza por la determinación específica de las labores a desarrollar, resulta preciso que esas funciones y labores se encuentran cabal y ampliamente detalladas en el documento escrito que soporte la existencia del contrato).

Por definición doctrinal, se entiende que el contrato de prestación de servicios es aquel por medio del cual una persona natural o jurídica llamada contratista, presta sus servicios a otra persona natural o jurídica llamada contratante, con independencia y autonomía técnica y directiva sobre la actividad realizada, a cambio del pago de un precio¹⁴. Existe como presupuesto en los contratos de prestación de servicios la obligación en cabeza del contratista de hacerse cargo del pago de las cotizaciones a la seguridad social, y será una obligación de la parte contratante el auditar que esa circunstancia se cubra en cabeza de la parte obligada a ello.

Es importante destacar que en la actualidad existe una tendencia definida a que todos los sujetos sean protegidos de manera integral frente a los riesgos de la vida, independientemente de que las vinculaciones que se den sean mediante relaciones subordinadas y con vinculación o no. Es así

¹⁴ Jáuregui (2008). *“Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral”*. Valencia – España: Ediciones Imer. Pág. 139.

entonces como el escenario de la deslaborización del personal en las entidades públicas no resulta ajeno a que se adelanten acciones tendientes a la protección de los trabajadores en general; así, las entidades públicas contratantes, si bien no se encuentran obligadas a realizar pagos de la seguridad social del contratista, si se ha incrementado últimamente la obligación que le asiste, en el sentido de controlar, vigilar y hacer seguimiento al hecho de que el contratista se afilie a las entidades de previsión social correspondientes. En tal medida, sin importar la calidad del sujeto que desarrolla la actividad y las modalidades contractuales adoptadas, será obligación el que se trate con un mismo rasero a todo el personal, por ejemplo de impartirles capacitación en cuanto al cuidado, medidas de protección y en general todas las obligaciones que se encuentren relacionadas con la protección de la persona humana que entrega su fuerza de trabajo a una entidad de derecho público.

Bajo la misma dinámica con la que se afirma que en el contrato laboral, la parte débil de dicha relación lo es el trabajador, cuando es evidente que en materia laboral existe la garantía legal del pago de muchas prestaciones y beneficios laborales; ha de afirmarse que tratándose del contrato de prestación de servicios y la política de la deslaborización, el contratista por lo general, puede llegar a erigirse en una parte incluso más débil que el propio trabajador en una relación laboral. Ello hace que la mirada que en el presente trabajo se le dé a la modalidad de la contratación por servicios, se haga bajo la óptica de la protección que ha de representar para el contratista, represente una toma de conciencia para las entidades que implementan la modalidad ajena a la laboral, a fin de que cuando se acuda a la celebración de esta clase de contratos, sustancialmente en realidad el objeto de esas vinculaciones obedezca a la forma contractual de prestación de servicios, donde si bien es cierto que debe existir un direccionamiento e interposición de pautas

para la elaboración de la labor, concurren principalmente las circunstancias de autonomía técnica, administrativa, técnica y patrimonial para el desarrollo de la labor.

En primer lugar debe decirse que el contrato de prestación de servicios no puede ser ajeno a una estabilidad y continuidad en el ingreso que requiere el trabajador, sea independiente o vinculado. Es innegable que cuando un trabajador que soporta sus ingresos familiares en el trabajo, es decir que es asalariado, cuando suscribe una forma de vinculación diferente a la laboral, no pretende mutar su condición de asalariado, en el sentido de que por ser civil, comercial o administrativa su vinculación, no vaya a tener la misma condición debiendo destinar sus ingresos, llámese salario o precio del contrato a la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su grupo familiar. Desde ese punto de vista, si bien jurídicamente existen diferencias sustanciales entre uno y otro contrato, desde el punto de vista económico y social, el ingreso está cumpliendo la misma finalidad de subsistencia y de mínimo vital.

Quiere significar lo dicho, que tanto en el contrato de trabajo como en el contrato de prestación de servicios, lo que se encuentra involucrado es el desarrollo de la actividad humana la cual es digna de protección, por lo cual existe una identidad de competencia en cuanto al funcionario legalmente facultado para decidir los conflictos jurídicos y económicos que se deriven de una u otra modalidad contractual, ya que al tratarse del mismo sustrato ontológico, cual no es otro que el trabajo de las personas que fungen por lo general como partes débiles de sus respectivas relaciones contractuales, el producto de su actividad se encuentra directamente relacionado con la obtención de recursos que garantizan el mínimo vital y la subsistencia familiar. Es allí entonces donde precisamente el legislador procedimental conectó ese fuero de protección e hizo imperiosa la necesidad de la protección legal y conflictual que se llegare a presentar en el marco de estas

relaciones jurídicas¹⁵. Aspectos que pueden verificarse en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, cuando el legislador procedimental laboral, dentro de los aspectos que son competencia del juez del trabajo, incluyó los conflictos relativos a la remuneración de los servicios que se dan en el marco de estas relaciones contractuales.

La razón por la cual dentro de la competencia que la ley le asigna al juez del trabajo y de la seguridad social se encuentra el conocimiento de *“los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive”*, obedece a que es común a los contratos laborales y de prestación de servicios, el que ambos tienen como juez natural¹⁶ a este juez. No es producto de una simple anécdota legislativa el que así sea, pues tras esa identidad de juez competente, más allá que tratándose del contrato de prestación de servicios, se limita a los conflictos originados en el pago de honorarios¹⁷, pero que involucra indirectamente otros aspectos, lo que existe es una garantía establecida por el Legislador para que asuma el juez más especializado y que pueda brindar mayores garantías y respeto a los derechos que se relacionan con el trabajo en general, ya que se trata de impartir condiciones de justicia y equidad en relaciones que tienen como elemento característico el trabajo humano digno y productivo.

Debe anotarse que en el contrato de prestación de servicios en el sector público, muta la naturaleza civil o comercial de esta clase de contratos y lo convierte en un contrato de carácter estatal o administrativo, por la especial cualificación del sujeto que funge como parte contratante. Esta modalidad contractual se encuentra desarrollada en la Ley 80 de 1993 y se constituye en una

¹⁵ Pereira & Otros (2013). *“Compendio Teórico Práctico del derecho del trabajo”*. - Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia. Bogotá. Legis. Pág. 63.

¹⁶ Artículo 29 de la Constitución Política.

¹⁷ Ávila & Otros (2013). *“Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia”*. Bogotá: Legis. Pág. 18.

modalidad útil a la administración pública para poder cumplir de manera eficiente con sus cometidos, siempre que se trate del desarrollo de actividades transitorias y temporales que deba implementar la administración pública en el cumplimiento de su actividad. Quiere ello significar que el contrato estatal por servicios está concebido como una modalidad contractual con arraigo legislativo idóneo, útil, práctico, tendiente a la satisfacción de necesidades de la administración pública que no hacen imperiosa una vinculación de mayor envergadura y cumplimiento de requisitos como el vínculo laboral subordinado.

No obstante, debe decirse que, cuando en una entidad pública se advierte que se están implementando contratos de prestación de servicios para el cumplimiento de tareas que se encuentran relacionadas con la actividad que desempeñan otras personas adscritas a la misma entidad bajo un vínculo laboral de carácter legal o reglamentario, surge una duda grande en cuanto a esclarecer si dicha entidad si está utilizando de manera correcta y acorde a la ley el contrato de prestación de servicios. Y es que se estaría configurando un indicio de que la entidad pública podría estar eventualmente incurriendo en una regla de discriminación, al implementar el contrato de prestación de servicios para que se desarrollen tareas que otras personas vinculadas a la misma entidad bajo la calidad de servidores públicos vinculados, tienen a cargo. En dicha hipótesis, podría ser evidente que se esté haciendo uso del contrato de prestación de servicios para simplemente evadir el pago de las prestaciones sociales y las obligaciones en general que se derivan de un verdadero contrato de trabajo, lo cual justificaría que judicialmente el juez del trabajo entre a verificar si se cumplen los supuestos configurantes de una verdadera relación que acarree el pago de prestaciones sociales propias de los trabajadores vinculados.

Circunstancia justificante para que el principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, se imponga tanto en el sector privado, como en el público¹⁸, ya que podría tratarse de la misma gravedad de la trasgresión a los derechos irrenunciables de quien destina su fuerza de trabajo al servicio de un tercero, independientemente de que se trate de una persona natural o jurídica, pública o privada¹⁹, con las anotaciones que se han hecho en cuanto a considerar que cuando es la entidad pública la que está incurriendo en esa tergiversación de la realidad jurídica, se denota una vulneración que puede incluso revestir una mayor gravedad por los fines constitucionales del Estado, por la importancia del trabajo y por la promoción de la igualdad a que el Estado está llamado a concretar.

Es la anterior una de las razones por la cual el operador jurídico, cuando se trata de contratos de prestación de servicios celebrado por una entidad pública y un contratista, debe realizar un examen más exhaustivo para determinar si esa forma específica de deslaboralización se utilizó ajustada a derecho, es decir si se corresponde a una labor que pueda ser desarrollada mediante el contrato de prestación de servicios, o si por el contrario se está utilizando dicha modalidad contractual para burlar derechos irrenunciables e indisponibles del trabajador. Ello por cuanto, el hecho de que la ley se refiera a que la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, no faculta a la administración pública para que se utilice el contrato administrativo de prestación de servicios como una modalidad de vinculación laboral, que perfectamente pueda ser realizada o cumplida a través de otra modalidad contractual

¹⁸ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2013), al respecto ha reseñado: *“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)”*.

¹⁹ Pereira & Otros (2013). *“Compendio Teórico Práctico del derecho del trabajo”*. - Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia. Bogotá. Legis. Pág. 84.

o reglamentaria. En esta tarea investigativa del juez, resulta de gran aporte el que se revise la forma objetiva en que normalmente se desarrolla la labor de que se trata, identificando si es una labor de las que por su misma esencia y naturaleza es de aquellas que se pueden desarrollar con autonomía técnica, financiera y administrativa, o si por el contrario no lo es.

Ahora, debe tenerse mucho cuidado por parte del operador jurídico, al realizar la labor de identificación de la confluencia de los tres elementos que configuran la relación laboral, ya que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha decantado el criterio preciso a través del cual deben determinarse esas circunstancias. Lo primero que hay que decir es que frente a la subordinación, como elemento clave a partir del cual se identifica con mayor claridad la existencia de un vínculo subordinado, lo cual resulta relevante en orden a establecer la existencia de los elementos configurantes, no toda identidad existente entre la vinculación de carácter legal o reglamentaria o de un trabajador oficial adscrito a la entidad pública de que se trate, puede asimilárselo a la forma o identidad con respecto a esas actividades, que puedan advertirse en el contratista. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de noviembre de 2003, proferida por la Sala Plena de la alta corporación, expuso:

“Si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de esta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas

encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación, lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

Un buen baremo para determinar si la labor que se presta al servicio de la administración pública por parte del supuesto contratista constituye o no una subordinación, es analizar si en el día a día de la labor prestada, se deben atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde determinar en qué forma, horario y dependencia se debe desarrollar el servicio²⁰, precisando al respecto que este proceso de indagación debe llevarse con cuidado, ya que incluso existen relaciones por servicios en las que eventualmente se presta un horario, ya que hay casos en los que ese desarrollo del servicio no puede realizarse por fuera de la sede de la entidad en los precisos y determinados horarios que la misma tenga establecida para el cumplimiento de sus fines misionales. Al respecto debe decirse que no todo cumplimiento de un horario necesariamente lleva a que se considere que existe una relación laboral de carácter subordinado, pero que toda relación como está última se caracteriza principalmente por el tener que cumplir el trabajador un horario de trabajo, en el cual estrictamente desarrolla las tareas que se le asignan.

²⁰ González (2004). “Derecho Laboral Colombiano – Relaciones Individuales”. – Literatura Jurídica. Bogotá: Legis. Pág. 101.

Resulta también de colosal importancia el que se evalúe la forma en la que se desarrolla la actividad contratada, ya que cuando de por medio se verifica que la entidad pública en calidad de contratante, ha dotado al supuesto contratista de todas las herramientas con las que puede desarrollar su trabajo, se configura ampliamente un indicio de vínculo laboral, ya que cuando existe un verdadero contrato de prestación de servicios, es por lo general en cabeza del contratista, quien dispone de autonomía técnica, administrativa y patrimonial, en quien se radica la propiedad de los medios de trabajo implementados para el cabal cumplimiento de la función contratada, lo que quiere significar que también la propiedad de los medios y herramientas de trabajo se erige en un aspecto importante para esclarecer de que vinculación se trata.

En similar sentido, por ejemplo cuando se le asigna al contratista la asunción de responsabilidades relativas a la conservación y manejo de bienes y herramientas de propiedad de la entidad pública, puede aparecer clara una relación de trabajo, sin desconocer que ello debe siempre ser analizado de manera cuidadosa, ya que pueden existir verdaderas relaciones de prestación de servicios, que en su ejecutividad y forma de desarrollarse pueden asimilarse a contratos laborales, pero que en esencia no pierden su naturaleza por más que se acerquen a la modalidad contractual que le es contraria u opuesta, y teniendo en cuenta también que puede existir un deber general de cuidado de las herramientas y medios de trabajo, independientemente de que sean asignadas por el patrono para realizar el trabajo, o se trate de herramientas o medios que sean de propiedad del contratista y los implemente autónomamente para el desarrollo de su labor.

En cuanto al aspecto subjetivo, cuando el contratista dispone de conocimientos técnicos, profesionales y científicos con base a los cuales constituye la esencia por la cual se lo contrató, proveyendo un conocimiento o técnicas del saber que resultan ser el núcleo esencial por el cual se

le asignaron las tareas a cumplir mediante el contrato, y que de todas maneras constituye labores que resultan ser ajenas al objeto primordial que tiene a cargo la entidad pública, puede considerarse que se trata de un verdadero contrato de prestación de servicios.

La Corte Constitucional recientemente en sentencia de constitucionalidad C-171 del 7 de marzo 2012, en la cual adelantó la decisión como magistrado sustanciador Luís Ernesto Vargas Silva, desarrollando una demanda en contra del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, aunque trató un tema en particular, al desarrollar el de las entidades públicas en general, adujo que la prerrogativa de las entidades públicas de contratar por servicios se ajusta a derecho cuando no se trate de funciones permanentes o de la naturaleza y finalidad de la existencia de la entidad.

El Decreto 222 de 1983, en una amplia clasificación que estableció acerca de los contratos administrativos y de derecho privado con la administración, consagró en su artículo 16, numeral 3º a los contratos de prestación de servicios como una categoría de dichos contratos. Sin embargo dicha normativa, en su artículo 24, bajo una modalidad de cláusula benéfica a la entidad pública, estableció que *“cuando surgieren discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas del contrato que puedan traer su parálisis o perturbar la ejecución del mismo, la entidad pública convocará al contratista y le expondrá su criterio sobre la mejor manera de adelantar el cumplimiento del contrato”*.

En mi criterio, este tipo de normas, si bien se corresponden con el carácter soberano del Estado, y con la preferencia que tienen las prerrogativas de que disponen las entidades públicas frente a los particulares, en tanto la realización de los objetos de esta clase de vinculaciones se encuentran relacionadas con el interés general, con la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales y con los fines que el Estado tiene, no puede perderse de vista que precisamente

dentro de esos fines y objetivos que el Estado tienen y dentro de la misma Carta Política, se resalta el trabajo, la dignidad humana y el mínimo vital de la persona como esenciales finalidades a realizar por parte de la organización estatal. Si se da una mirada al preámbulo constitucional, se puede advertir que el trabajo y la justicia son postulados que el Estado se propone realizar; en igual sentido, el artículo 1º funda el Estado, entre otros valores y derechos, en el trabajo.

Si bien no puede perderse de vista que el Estado como ente público, general y abstracto, ha de estar dotado de algunas prerrogativas frente a los particulares, las cuales han de servir para facilitar el ejercicio estatal y la búsqueda y concreción de los fines constitucionales que la organización estatal tiene fijados frente a los asociados en general, considero que tratándose del contrato realidad y de la definición de sus efectos jurídicos, no deben existir esas prerrogativas favorables a la administración pública, ya que por encima de la actividad del Estado y de su actuar legítimo, se encuentran los principios constitucionales de los trabajadores, que gozan de una consagración superior en la carta política a través del artículo 53. Y una cosa si debe ser clara, y es que frente a los efectos del contrato realidad y a la garantía prestacional que se deriva de tal institución en favor de los trabajadores, tanto los particulares como la administración pública deben estar revestidos de buena fe para la celebración de esta clase de contratos.

El trabajo goza en Colombia de una protección especial, de la cual se derivan los demás derechos y principios de los trabajadores, que deben hacerse efectivos en el marco del Estado Social de Derecho. El artículo 25 de la Constitución Nacional establece que el trabajo debe gozar de la especial protección del Estado y que toda persona tiene derecho a un empleo en condiciones dignas y justas. Tal postulado no diferencia si la protección al trabajo es para aquellas relaciones contractuales que se desarrollan a través de un contrato laboral, o si se trata de proteger el trabajo humano en todas sus manifestaciones. La palabra “empleo” no necesariamente debe interpretarse

como una modalidad referida exclusivamente al contrato laboral subordinado, sino que comprende todo aquello que constituya una fuente legítima de ingresos para la persona que pone a su disposición su fuerza de trabajo para que otra persona natural o jurídica, de derecho público o privado, cumpla sus objetivos productivos.

Pues bien, por la misma razón por la cual el legislador consideró que el Juez del Trabajo y de la seguridad social podía conocer de los conflictos laborales que se presentaran en desarrollo de un contrato laboral y de los conflictos por honorarios que se originaran en un contrato de prestación de servicios, cuando trata de las profesionales liberales; es la misma razón por la cual la protección constitucional de que goza el trabajo, se hace extensiva a todas las formas de trabajo que se realicen por las personas²¹.

Está claro que existe una diferencia muy tajante entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral en cuanto a la subordinación; sin embargo, no puede desconocerse que ambas modalidades se rigen por principios y valores que fundamentan el trabajo. El concepto del trabajo que utiliza la Constitución de 1991 en varias partes de la Constitución Política, abarca mucho más que el simple contrato laboral, como centro de toda la actividad de trabajo que el ser humano desarrolla en la sociedad. Esta idea compagina perfectamente con lo tratado en precedencia referido a las nuevas modalidades contractuales de trabajo que operan en Colombia, haciendo eco de la flexibilización en el trabajo y de los pronunciamientos de algunos organismos internacionales competentes en la materia.

Debo hacer manifiesta una inquietud que me ha surgido a lo largo del desarrollo de los presentes contenidos; y es que el gran porcentaje de relaciones de trabajo que se enmarcan formalmente en

²¹ Régimen Laboral Colombiano (Julio 2004 – Julio 2005). *“Jurisprudencia, doctrina, comentarios y concordancias”*. Bogotá: Legis. Pág. 33.

contratos de prestación de servicios, no es directamente proporcional a la existencia de premisas normativas que regenten la implementación de esta clase de contratos, lo cual innegablemente constituye un vacío legal. Y llama aún más la atención, el que esos problemas de lagunas legales y atipicidad sobre estas formas contractuales, se presenten en un país como Colombia, abiertamente caracterizado por su culto al orden y un marcado voluntarismo jurídico representado en la copiosa expedición de normas jurídicas²².

Desde el preámbulo de la Carta Política se viene haciendo referencia al trabajo como valor superior; la parte dogmática y carta de derechos contiene también de manera especial la consagración del trabajo en el artículo 25 superior; se reafirma con artículos, como por ejemplo el 20, que consagra la libertad de opinión, prensa e información; se concreta ampliamente en el artículo 26 superior, que establece que existe en Colombia libertad de profesión y oficio; se manifiesta igualmente en el artículo 27, incluso en el 28; se encuentra tácitamente incluido en los artículos 38 al 40 de nuestra Constitución Política; es desarrollada mediante los artículos 48 y 49 de la Carta, que tratan en general el tema de la seguridad social como derecho irrenunciable y se concreta más claramente en el artículo 53 referido al Estatuto del Trabajo. Y a partir de allí, finalizando la parte dogmática, e incluso en la orgánica, se encuentra dentro del sentido y expresión de muchas disposiciones.

Siendo común a la empresa y al estado el obtener una utilidad, más económica en el primer caso, y más social en el segundo, El eje central constitucional que desarrolla los postulados del trabajo humano a nivel normativo, lo constituye el artículo 53 de la Constitución Política. A partir de dicha norma superior, puede caracterizarse toda la dinámica garantista que debe adoptar el

²² Valencia (2010). *"Cartas de Batalla"*. Bogotá: Editorial Panamericana. Pág. 34.

trabajo, sin perder de vista las finalidades esencialmente especuladoras que caracterizan la actividad productiva, con el mejor aprovechamiento de los recursos y la búsqueda y concreción de la eficacia en todas las operaciones que el estado adelante a través de sus entidades.

Desde el punto de vista social, la fuerza de trabajo constituye para el Estado un motor que dinamiza las relaciones industriales, comerciales y de crecimiento de la sociedad. Esa importancia es uno de los factores por los cuales el trabajo goza de una constitucionalización en Colombia y de unos principios que rigen toda la actividad laboral de las personas que venden su fuerza de trabajo a los intereses comerciales, industriales y productivos de carácter legítimo.

Precisamente la Constitución Política de 1991, respecto a la de 1886, se erigió en una herramienta de carácter superior a través de la cual los principios del derecho del trabajo se convirtieron en regla obligatoria de interpretación para todas las relaciones jurídicolaborales, y en general para todas las relaciones jurídicas en las que se encuentre el trabajo humano presente.

Resulta importante traer a colación, lo que en una de sus sentencias de constitucionalidad ha establecido la Corte Constitucional:

“El origen de la prestación del trabajo, en las diversas formas que puede revestir, es necesaria para la formación y nacimiento de la relación jurídica. Pero una vez que ha nacido la relación del trabajo se rige por principios propios que no pueden ser modificados por la voluntad de los autores de la relación, así dicha voluntad aparezca en el contrato original”²³.

Para dar aplicación a los principios constitucionales que consagra la carta política, referidos al trabajo humano, debe partirse de un carácter eminentemente normativista de la Constitución

²³ Tomado de la sentencia de constitucionalidad C-016 de 1998 de la Corte Constitucional, del 4 de febrero de 1998, MP. Fabio Morón Díaz.

Política, ya que solo a partir de una tesis jurídica que no conciba a la Constitución como simple retórica o estructura vacía de contenido sustancial, es que se hace posible resaltar su carácter de exigibilidad y de operancia en todos los casos de la vida práctica. Bajo tal entendido, es que se resalta que uno de los aspectos más importantes de la Constitución Política de 1991, es que le dio rango constitucional a todas las disposiciones relacionadas con el trabajo humano.

El primer principio que ha de regir integralmente en común cualquier clase de relación jurídica en la que se contrate el trabajo humano; sea que se trate de un vínculo laboral subordinado o una relación en la que se le pone un precio al trabajo independiente y autónomo, a través del contrato de prestación de servicios, es que siempre se imponga la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral. En efecto, precisamente el criterio que ha de imponerse para deslindar una forma de vinculación respecto a otras y por esa vía determinar con certeza la naturaleza del vínculo judicial, es el principio del contrato realidad. Postulado que actúa a la inversa en cada una de las clases de relaciones jurídicas mencionadas: en el vínculo donde se configuran los elementos para dar nacimiento a una relación laboral, opera de manera negativa, llevando a que se descarten cualquier rotulación que las partes den a su unión contractual, cuando de por medio se encuentran acreditados las características de remuneración, actividad personal y el pago de un salario; a su vez, cuando se trata de un supuesto contrato de prestación de servicios, civil, comercial o de carácter administrativo, opera de forma positiva, dando prevalencia, validez y efectos jurídicos a lo que pasa en la realidad, para de dicha constatación, derivar sin impedimento alguno, si han confluído los elementos de remuneración,

subordinación y actividad personal desarrollada, para hablar sin lugar a dudas de un vínculo de carácter laboral subordinado con los particulares o con cualquier entidad pública²⁴.

Los jueces como actores de la efectividad real de los derechos y como eje central de la convivencia social en el estado de Derecho, no pueden desconocer el contenido pragmático orientador de estos principios.

Otro aspecto que se destaca desde lo constitucional, es la equiparación de derechos y garantías tanto a los trabajadores del sector privado, como a los del sector público. En efecto, Colombia viene de la tradición jurídica que separaba en compartimentos separados y estancos el derecho público y el derecho privado, circunstancia que en el ámbito de los derechos y garantías del derecho humano, separaba tajantemente y de manera absoluta, el derecho administrativo y el derecho laboral, circunscribiendo solamente a este último la existencia de derechos laborales. Sin embargo tal concepto empezó a mutar desde la implementación de las principales tesis de la globalización.

La globalización, sumada a otros factores de índole mundial, como la cuestión demográfica y su incidencia en el trabajo de la humanidad, la implementación de nuevos sistemas de creación de empleos, la incidencia del trabajo decente en el medio ambiente y la calidad de vida de las generaciones venideras ha cambiado el paradigma. En criterio de la OIT, las fuerzas que están cambiando el rumbo del trabajo humano en general son i) la repercusión del cambio demográfico, ii) la transición hacia la sostenibilidad ambiental, iii) el progreso tecnológico, iv) los nuevos

²⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda

perfiles de la pobreza y de la prosperidad, v) el aumento de la desigualdad como una seria amenaza para la justicia social, el reequilibrio la convergencia y el empleo, entre otros²⁵.

En Colombia, se ha venido acrecentando la idea de que el trabajo, tanto el desarrollado en el marco de la vinculación subordinada, como el que se ejerce con independencia a través de contratos diversos, son susceptibles de protección.

La Ley 1562 de 2012, nueva ley de riesgos laborales en Colombia, que viene a sumarse a las disposiciones normativas vigentes contenidas en el Decreto 1295 de 1994, definió en su artículo 2 los trabajadores o contratistas independientes, en el marco de una ley que siempre se había creído que cobijaba solo a los trabajadores vinculados, les dio el status jurídico asimilable a los trabajadores vinculados laboralmente, al establecer que trabajador independiente es toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral²⁶. Esta mención a las distintas disciplinas civil, comercial o administrativo obedecen a la identidad que existe respecto de cualquiera de esas formas contractuales en cuanto a la protección que uniformemente existe en cuanto a todas, de lo cual es dable concluir que independientemente de que se trate de entidades públicas o modalidades civiles o comerciales de contratos de prestación de servicios, existe en todas ellas el común denominador de que el legislador extendió la protección a todas esas relaciones contractuales, independientemente de que exista de por medio una relación legal, reglamentaria o laboral de carácter subordinada. Ello deja entrever que, conforme a los postulados del trabajo, la seguridad, la salud y la protección derivados de la órbita

²⁵ Revista Corte Suprema (2009). año 15, número 32. Oficina de comunicación y prensa de la Corte Suprema de Justicia. Pág. 62.

²⁶ Cortes (2012). *“Régimen de los riesgos laborales en Colombia”*. Primera Edición. Bogotá: Legis. Pág. 80.

constitucional, es el trabajador como manifestación del trabajo humano y como digno en sí, sujeto de especial protección.

Es importante destacar que hasta antes de la Ley 1562 de 2012, la afiliación de los contratistas al sistema general de riesgos laborales operaba de manera voluntaria a través del contratante, tratándose de una entidad pública o privada, lo cual significaba que dentro de las prioridades que el legislador tenía no se encontraba la obligatoriedad de esa obligación, lo cual en mi criterio podría crear una situación que para los tiempos anteriores a la vigencia de la Ley 1562 de 2012, si establecía una diferencia significativa entre una vinculación laboral y una por servicios, en este aspecto.

Así, tanto los infortunios que puedan ocurrir a un trabajador o a un contratista en el desarrollo de su actividad humana, generados por los riesgos inherentes al trabajo, son uniformemente objeto de protección por parte del legislador a través de las normas referidas a los riesgos laborales²⁷.

Y es que desde ningún punto de vista se justifica el que un trabajador, que en esencia es la persona que desarrolla una actividad laboral para poder obtener el sustento para su hogar, se vea compelida a soportar consecuencias graves en su integridad por el solo hecho de encontrarse laborando al servicio de un particular o de una entidad pública. Esa es la razón principal por la cual ha de existir en común una protección a todos los trabajadores al servicio de un patrono o de un contratista.

Corolario de lo anterior, es que la declaratoria de un contrato realidad no resulta ser un aspecto trascendental para establecer si a consecuencia de la existencia de un verdadero vínculo laboral

²⁷ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con Radicado 31.076 del 22 de abril de 2008, MP. Isaura Vargas Díaz.

existe o no derecho a que se obtengan los beneficios que brinda el sistema general de riesgos laborales, ya que al implementarse por el legislador la afiliación a dicho sistema de los contratistas, es un beneficio común a quienes se vinculan a desarrollar una actividad humana laboral, sea que ello se haga a través de contrato de carácter laboral o contrato de prestación de servicios.

Algunas entidades públicas estilan en su operatividad el acudir a formas contractuales de carácter administrativo ajenas a la laboral para contratar personal destinado a desempeñar funciones que son propias de un vínculo laboral. Por ejemplo, a nivel territorial, y sin que esta posición vaya más allá de la simple identificación de un criterio práctico que se analiza con fines estrictamente académicos, el Municipio de Medellín ha incurrido en esta práctica en varios de sus frentes operativos. Por mencionar a efectos de las tesis jurisprudenciales que se han desarrollado en este trabajo, resulta oportuno mencionar sus vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios para personal de vigilancia de las instituciones educativas de la ciudad de Medellín.

Resulta curioso el que a pesar de que según la normatividad laboral sustantiva, son las condiciones reales que confluyan en el desarrollo de una relación en la que se encuentre de por medio la actividad humana laboral de una persona al servicio de otra, las que determinan si en efecto hay o no un contrato laboral o de otra naturaleza diversa. Empero, existe en Colombia precedente jurisprudencial que resalta la posibilidad y casi la exigencia jurisprudencial de que cierta clase de vinculaciones deben hacerse mediante determinada forma contractual. Se trata de la providencia que profirió la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, quien explicó que si una persona presta servicios como vigilante celador, no significa que realice actividades temporales e independientes, ya que por definición esa actividad exige que se brinde el servicio de seguridad y vigilancia en forma

permanente a efectos de que pueda cumplirse con la finalidad de brindar tranquilidad a la entidad a la que se preste el servicio.

La anterior posición jurisprudencial ya se había empezado a gestar a partir de la sentencia del Consejo de Estado del 12 de febrero de 2009, en la que se empezó a configurar esta postura, sosteniendo que por estar desvirtuados los elementos esenciales de un contrato de prestación de servicios, surge en estos eventos una relación laboral de carácter público en la que no existía diferencia con otras circulaciones de la entidad en calidad de empleados públicos.

Y es que es la misma naturaleza de la labor intrínseca a muchas actividades, la que va a significar si la actividad que se desarrolla es propia de un vínculo laboral subordinado, o permite la posibilidad de que pueda desarrollarse por contrato de prestación de servicios. Por ejemplo, actividades como la que desarrolla una secretaria, un mensajero, un trabajador de planta en las entidades públicas, presuponen que se han de desarrollar mediante contratos, formas de vinculación, relaciones, o nombramientos de carácter subordinado y con los efectos del contrato laboral, dependiendo del carácter que se adopte en la vinculación con la entidad pública de que se trate. Resulta inútil entonces que se le dé el rótulo de contrato de prestación de servicios a una vinculación con la entidad pública, ya que no es lo que el contrato diga sino la forma en que se presta el servicio, lo que va a ser determinante para establecer la verdadera naturaleza de la relación que se desarrolla. Es por ello por lo cual en la providencia citada, el Consejo de Estado partió de entender que las labores que desarrolla un vigilante al servicio de una entidad, por ejemplo el municipio de Medellín, por su misma naturaleza es subordinada y completamente ajena al contrato por servicios de carácter administrativo contemplado en la Ley 80 de 1993, ya que sus elementos esenciales a partir de los cuales se desarrolla son netamente de carácter subordinado y dependiente.

Aunque como se anotó en precedencia, no necesariamente la posibilidad de que los vinculados por contrato de prestación de servicios realicen las mismas labores de los vinculados laboralmente como trabajadores oficiales o empleados públicos, estos últimos en virtud de una relación legal y reglamentaria, deban ser asimilados completamente a una misma modalidad de vinculación reglamentaria, existen muchos casos en los que esa identidad de labor del contratista y del empleado público, no ha de llevar a consecuencia distinta a la configuración del vínculo equivalente para sustituir la supuesta forma de contratación administrativa por servicios. Así se sostuvo por el Consejo de Estado hasta la sentencia del 18 de noviembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del máximo tribunal de esta jurisdicción, mutando y encontrándose vigente actualmente el criterio de que no existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato con la situación legal de los empleados públicos.

Conclusiones

- En Colombia, si bien con base a distintas fuentes de derecho, son comunes las prerrogativas que les asiste a los particulares (con base al criterio de la autonomía de la voluntad) y a la administración pública (con fundamento en la Ley 80 de 1993), de celebrar contratos de prestación de servicios para suplir necesidades que sean propias de esta modalidad contractual, de lo cual se deduce que los contratos de prestación de servicios pueden ser de carácter civil, comercial o administrativo.
- En Colombia, existiendo un desarrollo práctico doctrinal y jurisprudencial sobre nuevas formas de trabajo que se desarrollan de una manera independiente, debe decirse que tanto en las tradicionales formas contractuales subordinadas, de la cual es manifestación principal el contrato laboral, como en las formas autónomas de trabajo humano, deben destacarse los principios constitucionales y legales que rigen el trabajo humano.
- Desde el punto de vista sustancial no existen grandes diferencias en cuanto a lo que para un trabajador resulta prestar sus servicios. Normalmente desde el punto de vista del trabajador, los ingresos que percibe son para su sustento y acceso al mínimo vital, independientemente de que se originen bajo una relación subordinada de trabajo, caso en el cual adoptaran la forma de salario, o que se trate del pago de un precio en el marco de una relación por servicios. Ambas modalidades son un ingreso del cual deriva su sustento y el de su familia.
- Existen aspectos comunes en los contratos laborales subordinados y en los contratos por prestación de servicios que hacen que el Juez Laboral del trabajo se erija en el juez natural de muchas controversias en este sentido, lo cual funge como garantía del debido proceso

en procura de salvaguardar los derechos de los trabajadores, independientemente de la fuente contractual de la cual derivan los derechos y las obligaciones.

- Considero de amplia relevancia el que los linderos fácticos que diferencian el contrato de prestación de servicios del contrato laboral, sean cada vez más precisos e identificados en la práctica jurídica. En esta tarea juega un gran papel la jurisprudencia y el análisis particularizado que se dé a cada caso en concreto. Resultan útiles entonces, tanto el método deductivo (yendo de lo general (jurisprudencia) a lo particular (el caso concreto), y el método inductivo (yendo de lo particular (el caso concreto) a lo general (la jurisprudencia)).
- En la Constitución Política de Colombia existen variados artículos que sustentan los derechos de los trabajadores y el carácter de valor, principio y derecho que adopta el trabajo en esas normas superiores. Carácter superior que no puede interpretarse restrictivamente solo frente a las relaciones subordinadas, sino que comprende toda manifestación de trabajo humano.
- Me gustaría dejar planteada una crítica respecto a la manera tajante en que la jurisprudencia nacional se inclina por acoger uno u otro aspecto fáctico de manera radical para erigirlo en criterio determinante de la subordinación. Al respecto, me parece más sano e interesante desde el punto de vista sustancial, el que no se demarque una línea jurisprudencial tan férrea respecto a un solo criterio. Si bien el horario a cumplir en una relación contractual no es siempre determinante e indicativo de que exista una relación laboral subordinada, tampoco puede irse al extremo de desechar tal criterio como indicador de la existencia de la misma. Asimismo, si bien la naturaleza de la función puede significar que la labor debió desarrollarse de manera subordinada por parte de

quien presta el servicio, tampoco se puede ser tan extremista de considerar que la simple naturaleza de la relación va a determinar de manera tajante y certera el carácter subordinado de una relación contractual. Ambas modalidades deben tenerse en cuenta; y lo más importante, debe analizarse cada caso en concreto, de acuerdo a sus particularidades.

- Indudablemente que la ley está dirigida a todos. Ese adagio popular que dice que “la ley es para los de ruana” es una clara muestra de la incultura de muchas sociedades y de la falta de aceptación de los procesos democráticos que caracterizan a las sociedades modernas. Bajo esta óptica, considero que las entidades públicas son las primeras llamadas a mantener el ejemplo de acatamiento y respeto a las instituciones y a la ley como reguladora de la sociedad y de búsqueda de un orden justo. Tratándose de la suscripción de contratos en los que se tenga por objeto el obtener el beneficio de la actividad humana, las autoridades públicas, entendiéndose por tal, cualquier entidad de derecho público, deben ser consecuentes con las normas legales que regulan esas modalidades contractuales, en aras de que la justicia, la equidad el imperio del derecho, sea una condición que empiece desde la actividad de los mismos órganos del poder.

BIBLIOGRAFÍA

Ávila & Otros (2013). “*Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia*”. Bogotá: Legis. Pág. 18.

Cadauid & Arenas (2014). “*Cartilla del Trabajo*”. Novena Edición, actualizada y ampliada. Bogotá: Sello Editorial Universidad de Medellín. Pág. 85.

Cortes (2012). “*Régimen de los riesgos laborales en Colombia*”. Primera Edición. Bogotá: Legis. Pág. 80.

Cristancho (2008). “*Prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”. Tomo I. Edición 2. Bogotá: Librería Ediciones del profesional Ltda. Pág. 267.

González (2004). “*Derecho Laboral Colombiano – Relaciones Individuales*”. – Literatura Jurídica. Bogotá: Legis. Pág. 101.

Jáuregui (2008). “*Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*”. Valencia – España: Ediciones Imer. Pág. 139.

Pereira & Otros (2013). “*Compendio Teórico Práctico del derecho del trabajo*”. - Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia. Bogotá. Legis. Pág. 63.

Pérez (2012). “*Contratación laboral, intermediación y servicios*”. Primera edición. Bogotá. Legis.

Ramírez (2011). “*Los elementos esenciales del contrato de trabajo*”. Revista Judicial Edición número 18 – Consejo Superior de la Judicatura.

Revista Corte Suprema (2009). Año 15, número 32. Oficina de comunicación y prensa de la Corte Suprema de Justicia. Pág. 62.

Valencia (2010). *“Cartas de Batalla”*. Bogotá: Editorial Panamericana. Pág. 34.

Sentencias:

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2003, expediente IJ-0039.

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-016 de 1998.

Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral Radicado 22.259 del 2 de agosto de 2004.

Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral Radicado 31.076 del 22 de abril de 2008.

Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral Radicado 34.408 del 10 de agosto de 2010.

Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral Radicado 42.801 del 19 de octubre de 2011.