

*Configuración de contrato realidad en entidades públicas del país, revisión literaria
sobre sus diferentes aristas*

*Contract configuration reality in public entities of the country, literary review on its
different edges*

Valentina López Hernández
valentina-lopezh@unilibre.edu.co

Resumen

El contrato de prestación de servicios, ha sido una figura realmente polémica dentro del ejercicio de la función administrativa del estado. Situación que ha sido generada por el cumplimiento de ciertas condiciones contractuales y laborales las cuales no son propias de la prestación de servicios.

Dicha desnaturalización deriva en muchos de los casos en el muy conocido “Contrato realidad”. Inicialmente es de conocimiento general que a lo largo del tiempo se han realizado múltiples investigaciones, estudios e incluso se han formulado una serie de recomendaciones y conclusiones desde una óptica no solo jurídica, sino también social e incluso económica de presunta fácil aplicación para el sector público del país.

-
1. Trabajo realizado como opción de grado para optar por el título de especialista en derecho Administrativo
 2. Abogada egresada de la Institución Universitaria de Colombia. Correo valentialopez0527@outlook.com

Es por esta razón que se realiza la presente revisión de literatura, con el principal objetivo de determinar cuáles han sido los principales aspectos que cada autor ha tenido en cuenta al momento de evaluar la configuración del contrato realidad en la aplicación del contrato de prestación de servicios para el cumplimiento de la obligación estatal, de la misma manera, y mediante la revisión realizada se presente determinar si existe algún aspecto que a la fecha no haya sido ampliamente desarrollado por los autores, generando de esta manera una conclusión tendiente a visibilizar la importancia de desarrollar ampliamente dicho aspecto

Palabras Clave: Contrato prestación de servicios, Contrato Realidad, Función pública

Abstract

The contract for the provision of services has been a really controversial figure within the exercise of the administrative function of the state. This situation has been generated by the fulfillment of certain contractual and labor conditions which are not proper to the provision of services.

This denaturalization derives in many cases in the well-known "Reality Contract". Initially, it is of general knowledge that over time there have been multiple investigations, studies and even a series of recommendations and conclusions have been formulated not only from a legal point of view, but also from a social and even economic point of view of presumably easy application for the public sector of the country. It is for this reason that the present literature review is carried out, with the main objective of determining which have been the main aspects that each author has taken into account when evaluating the configuration of the reality contract in the application of the contract for the provision of services for the fulfillment of the state obligation, in the same way, and by means of the review carried out, to determine if

there is any aspect that to date has not been widely developed by the authors, generating in this way a conclusion tending to make visible the importance of widely developing such aspect.

Keywords: Service Contract, Contract Reality, Public function

Introducción

El derecho al trabajo se encuentra estipulado en el artículo 25 constitucional el cual dictamina que el trabajo es un derecho y una obligación social la cual goza de especial protección del estado, haciendo énfasis en la expresión “Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”

Es por ello que al estar estipulada de manera literal dentro de la norma de normas constituye un factor fundamental dentro de la organización social y económica del país.

Si se concibe el trabajo como un derecho ¿Qué es el trabajo?, el derecho laboral lo señala “como cosa personal, voluntaria, dependiente y por cuenta ajena”. El (Código sustantivo del trabajo [CST], 1992) lo define como “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de obra y cualquiera que sea su finalidad, siempre se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”, se deduce de forma directa que para que se garantice la existencia de una relación laboral debe haber un contrato de trabajo.

La norma sustantiva laboral especifica que para que se considere la existencia de un contrato de trabajo deben estar dentro del mismo tres elementos esenciales, los cuales son:

1. Que la actividad encomendada sea realizada por el trabajador de forma personal
2. Que haya un estado constante de subordinación y obediencia a un superior
3. Que exista un salario como retribución de la actividad realizada

Sin embargo, con el paso del tiempo se ha podido evidenciar que en la realidad social y económica del país en muchas ocasiones el contrato no cumple con los requisitos que la norma establece, ello se debe en cierta proporción al hecho de que a lo largo de la historia este contrato ha tenido diferentes cambios, dentro de los cuales se ha propendido por obtener un equilibrio de garantías y derechos entre el empleador y el empleado. 2. Villa- real, Ricardo. Del arco Torres, Miguel Ángel. *Diccionario de términos jurídicos*. P. 540- El término incluye múltiples definiciones razón por la cual se elige la más adecuada al contexto tomado en el texto.

Al hablar de la realidad social se plantea una nueva definición de trabajo dada por Marx el cual afirmaba:

El trabajo es en primer término un proceso entre la naturaleza y el hombre, proceso en que éste realiza, regula y controla mediante su propia acción su intercambio de materias con la naturaleza. En este proceso, el hombre se enfrenta como un poder natural con la materia de la naturaleza (Marx, 1981, p.130).

Actualmente en Colombia, la figura natural del contrato de trabajo se ha visto un poco desdibujada por la existencia de nuevas modalidades de laborar, dentro de estas modalidades se puede encontrar la prestación de servicios. Los cuales brindan una facilidad al empleador en lo que respecta a las garantías que debe brindarle a su

empleado, causando de forma inevitable el nacimiento de controversias que versan sobre el asunto, muchas de estas controversias ya han sido resueltas y se encuentran dentro de la jurisprudencia emitida tanto por la corte suprema como por la corte constitucional. Adicionalmente, dicha problemática ha dado lugar a que el presente tema sea objeto de estudio dentro de la academia en el país.

Dentro del presente artículo se entenderá por contrato de prestación de servicios la concepción dada por el consejo de estado en radicado 2016-206-003269-2 es decir, como:

Una modalidad de vinculación con el estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro” ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas no pueden ser ejecutadas por empleados de planta o requieren de algún tipo de conocimiento especializado; vinculación que en ningún caso puede conllevar subordinación. (Consejo de estado, 2016, p.36).

Adicionalmente, autores tales como Arteaga (s.f) indican que dicho contrato no genera relación laboral, se celebra por un término indispensable de forma estricta y tampoco implica el pago de prestaciones sociales.

Ahora bien, dentro de las conceptualizaciones del contrato realidad, Osorio (s.f) indica que “Es aquel que, aunque no se definió inicialmente, ni formalizó, la ley considera que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador” ello mismo conlleva a la configuración de lo que dentro del ordenamiento jurídico colombiano se conoce como Principio de primacía de la realidad sobre las formas, el cual ha permitido que jurisprudencialmente se declare la configuración de contrato realidad en la administración, indicando la corte Constitucional en el año 1993

que el derecho opera en la realidad y debe tener de forma exclusiva hacia la misma, en un sentido similar el conjunto de formalidades no podría obstruir las garantías reales que obtenga el trabajador.

Por otro lado, la función pública es definida por el Departamento Administrativo de la Función pública (DAFP, 2020) como “toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la obtención de sus fines, misma que puede llegar a ser desarrollada por particulares de forma temporal o por expresa delegación legal o por concesión”, es por ello que se evidencia que es dentro del ejercicio de la función pública que se evidencia la configuración del contrato realidad al desnaturalizar la aplicación de la figura de contrato de prestación de servicios profesional.

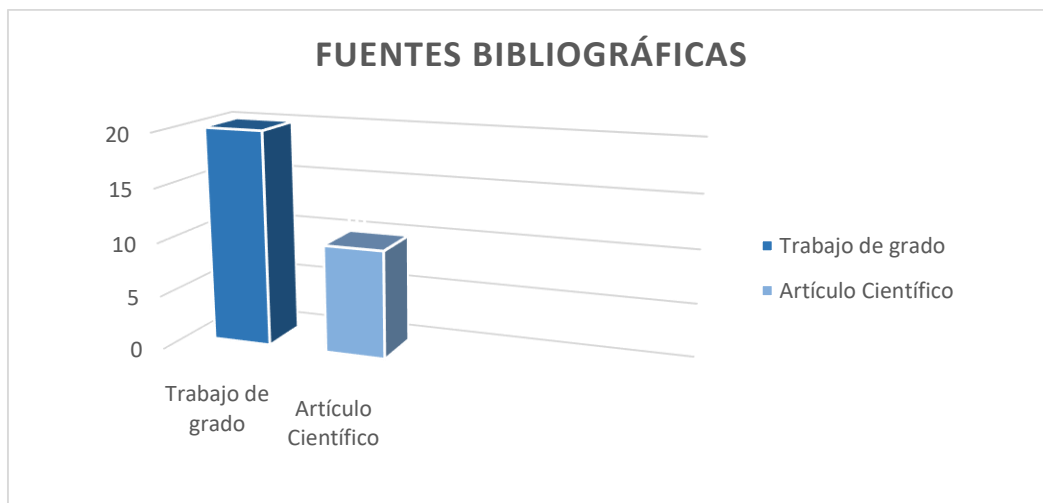
Hallazgos

El desarrollo de los hallazgos de la revisión literaria realizada, será explicado mediante diversas categorías: Partiendo del tipo de producto académico, fuentes, anualidades de producción científica, metodologías utilizadas y siguiendo por enfoque de fondo en categorías tales como Aspectos de análisis jurídico, desnaturalización como problemática central, formulación de soluciones estudios de fondo al respecto.

Categoría 1. Aspectos generales de producción académica

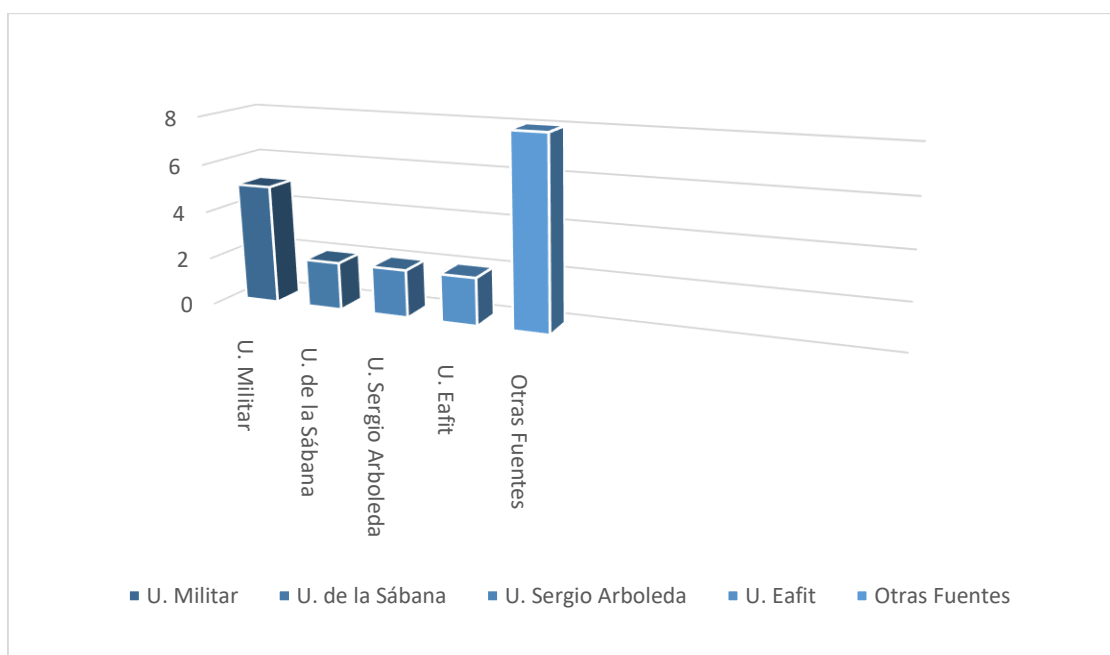
Inicialmente, se realizó la búsqueda de 30 fuentes de información y/o producción científica que permitieran realizar una revisión literaria de fondo, de dichas fuentes se pudo determinar la siguiente naturaleza:

Tipo de documento	Cantidad
Trabajo de grado	20
Artículo científico	10



Para el caso en particular, ha de entenderse el artículo como de producción científica, u opinión jurídica respecto del tema objeto de revisión.

Dentro de las instituciones académicas que han realizado producción científica respecto a la implementación de contratos prestación de servicios en el sector público y su posibilidad de verse desnaturalizado, encontramos:



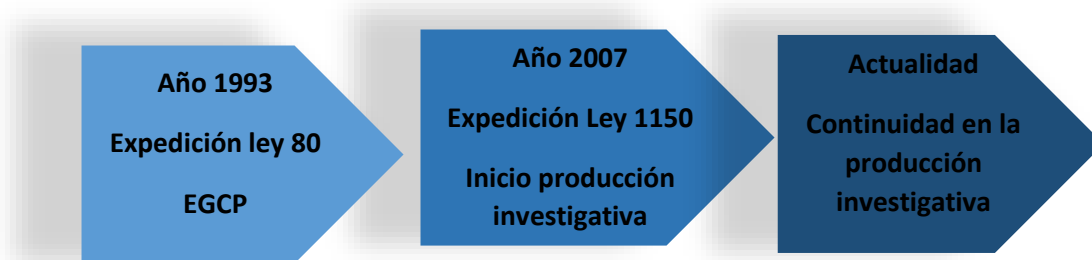
Fuente: Elaboración propia

Institución	Cantidad
Universidad Católica	5
Universidad de la Sábana	2
Universidad Militar	5

Universidad Sergio Arboleda	2
Universidad Libre	6
Universidad EAFIT	2
Otras Instituciones	8

Para el desarrollo de la tabla gráfica se tiene a otras fuentes o instituciones como aquellas universidades con bajo porcentaje de producción científica o jurídica respecto al tema a evaluar, dentro de la revisión desarrollada únicamente se encontró una revista jurídica la cual desarrolló artículo de opinión respecto del mismo.

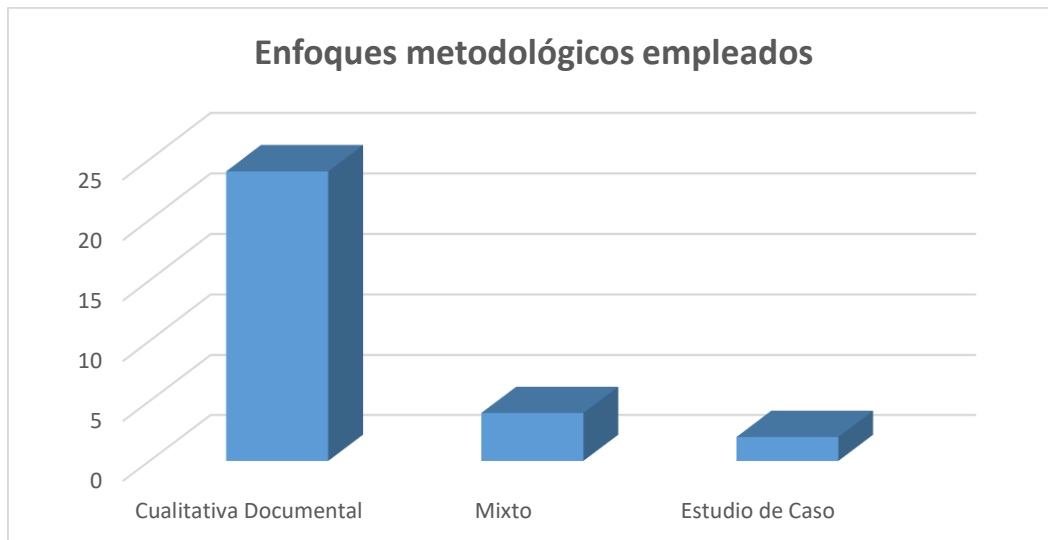
Respecto de la temporalidad de la producción y desarrollo investigativo del tema, pudo evidenciarse que el debate surgió con auge desde la expedición de la ley 1150 de 2007 (Congreso de la república, 2007. Diario Oficial No. 46.691) “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficacia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos públicos”



Fuente: Elaboración Propia

Nota: Las siglas EGCP hacen referencia al Estatuto General de la Contratación Pública

Ahora bien, resulta importante el indicar los enfoques metodológicos que han sido implementados a la fecha para el desarrollo de cada trabajo de grado o artículo del tema objeto de revisión:



Metodología	Cantidad
Cualitativa- Mixta	24
Mixta	4
Estudio de caso	2

La gran mayoría de investigaciones encontradas (24 con exactitud) han optado por emplear una metodología de naturaleza cualitativa con enfoque documental, teniendo en cuenta que todas ellas realizan un análisis de la jurisprudencia de las altas cortes (Consejo de Estado, Corte constitucional y Corte suprema de Justicia) y la normatividad existente a la fecha que regula el ejercicio de la contratación por prestación de servicios en el país. Dentro del informe UNISIST (1971), el término investigación documental se definió como el servicio de información de trazabilidad de un departamento de información, más no como un cúmulo de información actual. La unidad de información debe entenderse como una organización especializada en la recolección, procesamiento y difusión de información científica y técnica.

Adicionalmente, la metodología cualitativa se encuentra ampliamente respaldada por diversos autores, tales como Sampieri (2017) que menciona “Enfoque cualitativo Utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación” (Pág. 7).

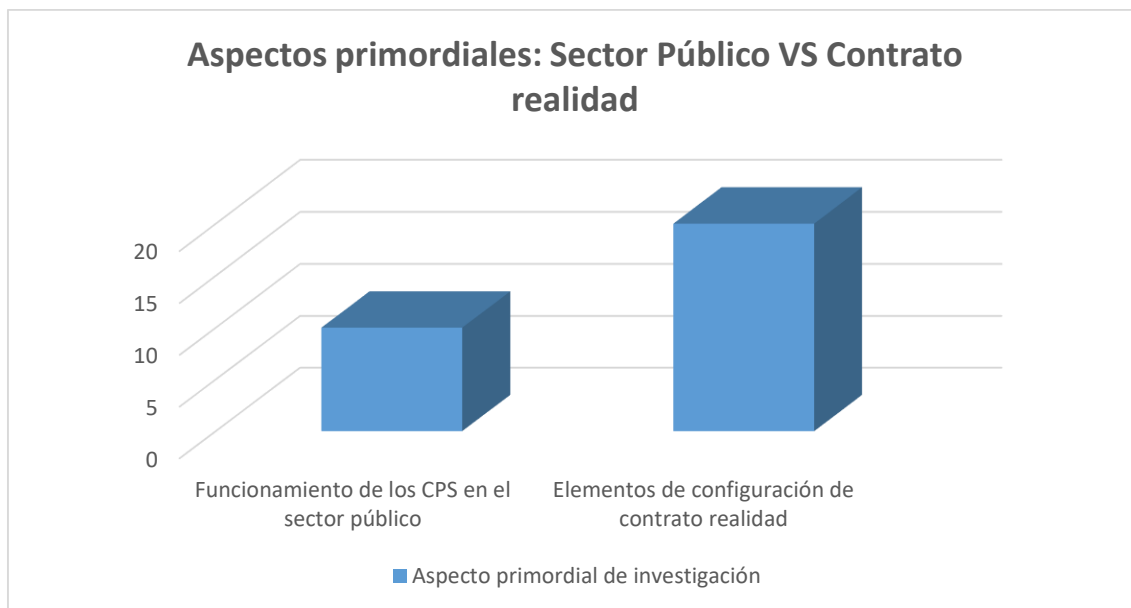
Ahora bien, la metodología mixta representa una minoría dentro de los artículos y trabajos encontrados, los cuales resaltan la premisa principal de:

Los métodos mixtos representan un conjunto de procesos sistemáticos, empíricos y críticos de investigación e implican la recolección y el análisis de datos cuantitativos y cualitativos, así como su integración y discusión conjunta, para realizar inferencias producto de toda la información recabada (metainferencias) y lograr un mayor entendimiento del fenómeno bajo estudio (Mendoza, 2008, p.22).

Ahora bien, tan solo dos de los productos científicos encontrados enfocaron sus trabajos a un estudio de caso sobre el funcionamiento directo de dos entidades públicas de orden departamental en el país, aspecto que resulta importante resaltar puesto que es de entender que cada entidad pese a que se rige bajo normas generales de funcionamiento, posee particularidades en la organización interna de cada una de ellas, resulta importante entonces analizar la posibilidad de desarrollar futuramente más estudios de casos dentro de cada entidad con el fin de optimizar el funcionamiento de cada una de ellas.

Categoría 2. Aspectos de Análisis Jurídico

Dentro del desarrollo de cada uno de los trabajos, logró establecerse que cada uno de ellos tiene diversos enfoques, algunos más enfocados al estudio de los elementos esenciales para la configuración del contrato realidad, y otros mayormente guiados al ejercicio de la prestación de servicios dentro de la administración, distribuidos de la siguiente forma:



Fuente: Elaboración propia

Enfoques temáticos de investigación	Cantidad
Funcionamiento de los CPS dentro de la administración	10
Elementos de configuración de contrato realidad	20

Los datos anteriormente dados, nos permiten evidenciar, que en la gran mayoría de los procesos investigativos en materia de contratos de prestación de servicios en Colombia, se han centrado en desarrollar normativa y jurisprudencialmente los elementos mediante los cuales se configura un contrato realidad.

CONCLUSIONES

Con la realización de esta revisión bibliográfica han podido llegarse a diferentes conclusiones, una de ellas es que, desde la aparición de este tipo contractual en el ordenamiento jurídico, han sido múltiples los estudios realizados en torno a la aplicación de la misma, siendo incluso reiterativa en la generación de recomendaciones para la administración.

Sin embargo, pudieron encontrarse las causales reales por las cuales se generan estas irregularidades, dentro de las entidades públicas ya es innegable la situación que se vive, pues pese a la estipulación de la norma en el carácter excepcional que debe tener este tipo de contratación dentro de las entidades, la realidad es que en su mayoría las personas vinculadas se encuentran bajo esta figura.

Pero el verdadero inconveniente no radica en la implementación de la figura de contrato de prestación de servicios, sino en la desnaturalización de la misma y la configuración del contrato realidad que por ende se da.

Todos los documentos analizados permiten evidenciar que resulta ilógico que se dé la posibilidad de configurar una subordinación técnica cuya aplicación no implica la configuración del contrato realidad, evidentemente se da una vulneración a los particulares en sus garantías constitucionales que en materia laboral poseen frente al contratante que para el objeto de estudio era una entidad pública, puesto que es bien sabido que frente a este tipo de situaciones uno de los posibles extremos procesales que llegasen a encontrarse dentro de una futura controversia se encontraría ante una indefensión manifiesta. Además, que, dentro de un ordenamiento jurídico regido por la importancia de la institucionalidad y el cumplimiento de las normas, sean las mismas instituciones encargadas de dar cumplimiento a los fines que por mandato constitucional

se establecen sean las mismas que quebrantan esa institucionalidad vulnerando a los miembros de las mismas en sus garantías laborales y por ende, menoscabando incluso su dignidad y honra. Sin embargo, el desarrollo de este estudio permitió verificar que lo que en un primer momento era ilógico lamentablemente es la realidad que dentro del ordenamiento jurídico se vive.

La desnaturalización del contrato de prestación de servicios dentro de las entidades del sector público de la ciudad de Bogotá es una realidad la cual permite ser analizada desde diferentes aristas tales como: social y jurídica, aristas las cuales fueron abarcadas de forma amplia dentro del presente estudio.

REFERENCIAS

- Marx, C, (1981). *El capital: crítica de la economía política*. Vol. 1. Bogotá; Fondo de cultura económica, 1981.
- Naranjo Mesa, V, (1990). *Teoría constitucional e instituciones Políticas*. Tercera edición. Editorial TEMIS S.A. Bogotá D.C. 1990.
- Carnelutti, F, (1994). *Cómo nace el derecho*. Tercera edición. Editorial TEMIS S.A. Bogotá D.C. 1997
- Gómez, F. (1991). *Constitución Política de Colombia ANOTADA*. Trigésima segunda edición. Bogotá D.C: Editorial Leyer, 2014.
- Villa-Real, R., Del arco, M (1999). *Diccionario de términos jurídicos*. Granada: Editorial COMARES, 2006.

Hernández Sampieri. R. (2006). *Metodología de la investigación*. Editorial: McGraw-Hill Interamericana. Bogotá D.C. (2006).

Fierro, J. (2011). *¿El contrato de prestación de servicios genera relación laboral?* Universidad de la Sabana.

García, T. (Ed). (2012). *El pequeño Larousse*. México, D.F: Editorial Larousse

Anaya, B., & Andrade, D. (2014). *EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA*. Repositorio Universidad Sergio Arboleda.

Real academia española, (2014). *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo tercera edición. Madrid, España. Editorial Real Academia española (2014).

Mantilla, H. (2014). *La primacía de la realidad en el contrato de prestación de servicios en Colombia*. Universidad militar Nueva Granada.

Dirección Jurídica, Departamento administrativo de la función pública.

Concepto marco 07 de 2017. Única edición. Bogotá D.C. 2017.

Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales. Universidad Nacional de Colombia. *La jurisprudencia sobre el vínculo laboral realidad que subyace del contrato de prestación de servicios en las empresas sociales del estado. de Bogotá: desconocimiento parcial de la constitución política y los instrumentos internacionales del trabajo*. Bogotá D.C. 2017

Ministerio del trabajo MINTRABAJO (2018). *Concepto 32106*. Única edición. Bogotá D.C. 2018

Hernández Sampieri, R. (Ed.). (2014–2018). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN* (6.^a ed., Vol. 6). Mc Graw Hill.

Camacho, L. A. (2018). *LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN COLOMBIA Y EL ANÁLISIS DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL*. Universidad Libre.

Losada, R. (2019). *El estado y la constitución una necesidad de todos*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2019.

Buitrago, A., & Florez, B. (2019, junio). *EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CARA AL CONCEPTO DE TRABAJO DECENTE DE LA OIT EN COLOMBIA*. Documentos de trabajo EILAT.

Gonzales, A. (s. f.). *El contrato de prestación de servicios y el principio de estabilidad laboral constitucional en Colombia*. Repositorio Universidad Católica. Recuperado 5 de abril de 2020.

Arteaga, C (s.f). *Análisis crítico del contrato por prestación de servicios frente al contrato laboral en la Administración pública*. Universidad Católica de Colombia.

Osorio, H (s.f) *Contrato realidad: Factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo*. Universidad Sergio Arboleda.

Webgrafía

Gallardo, Y. (s. f.). *Recolección de la información* (3.^a ed., Vol. 3). ICFES.

<http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/images/CEUL/mod3recoleccioninform.pdf>

Procuraduría general de la nación. (2019). *Objetivos y funciones*. Editado y tomado de la página web www.procuraduria.gov.co/portal/objetivos-y-funciones.page

Contraloría general de la nación (2020). *Comunicado de prensa No. 063*. Editado y tomado de la página web: https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-de-prensa-2020/-/asset_publisher/9IOzepbPkrRW/content/presuntos-sobrecostos-en-contratacion-de-emergencia-por-covid-19-contraloria-abre-proceso-de-responsabilidad-fiscal-por-1-050-millonescontragobe?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.contraloria.gov.co%3A443%2Fcontraloria%2Fsala-de-prensa%2Fboletines-de-prensa%2Fboletines-de-prensa-2020%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9IOzepbPkrRW%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3D_118_INSTANCE_Uixr_mF0fHuSj_column-1%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2

Arrieta, D., & Laverde, S. (2017). SUBORDINACIÓN LABORAL COMO ELEMENTO ESENCIAL DE UN CONTRATO DE TRABAJO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL. *Repositorio universidad EAFIT*, 1(1).

https://drive.google.com/drive/u/5/folders/1oLth_83xHdnhgRJqhVpWbPuOXSA6aPsi

Departamento Administrativo de la Función Pública (2020) *Concepto 469331*

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=146698#:~:text=La%20funci%C3%B3n%20p%C3%ABlica%20es%20toda,de%20prerrogativas%20propias%20del%20poder>

Anexo 1: Repositorio de información encontrada

<https://docs.google.com/spreadsheets/d/1q1hm7ZUakjKKffKFAd8fe4UzRHht1V-3/edit?usp=sharing&ouid=114718898006694611005&rtpof=true&sd=true>