

ALCANCE DE LA PROBLEMÁTICA DEL CONTRATO REALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA¹

Por: MATEO ZULUAGA ROBLEDO²
HÉCTOR OSWALDO ARÉVALO QUIRAMA³

RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito abordar el alcance de la problemática suscitada por la declaración de la existencia de un contrato realidad en Colombia, de allí que se ofrezcan herramientas para identificar su fundamento a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, su génesis en el contrato laboral y contrato de prestación de servicios, además de las circunstancias que generan la configuración de esta figura jurídica, puntualmente en el ámbito de la administración pública.

Se encontró que el contrato realidad tiene un considerable alcance económico, judicial y laboral que repercute directamente en el Estado, habida cuenta del alto número de procesos judiciales activos y cuantiosas pretensiones en contra de la Nación por configuración del contrato realidad en el último año, sin perjuicio de las condenas ya emitidas en años anteriores.

Así mismo, se halló una serie de incidencias de carácter judicial y laboral, las cuales se expresan en las decisiones que toma el funcionario judicial luego de

¹ Artículo de reflexión. Trabajo de grado de la Especialización en Derecho del Trabajo, Pensiones y Riesgos laborales. Docente asesora: Alexandra Hurtado Maya, Universidad Libre, Seccional Pereira, 2022.

² Abogado egresado de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Estudiante de la Especialización en Derecho del Trabajo, Pensiones y Riesgos Labores. Contacto: mateo-zuluagar@unilibre.edu.co

³ Abogado egresado de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Estudiante de la Especialización en Derecho del Trabajo, Pensiones y Riesgos Labores. Contacto: hectoro-arevaloq@unilibre.edu.co

declarar la existencia del contrato realidad, en cuanto a la calidad del demandante y la forma de repararlo. Igualmente, en la discrecionalidad del órgano disciplinante para sancionar al funcionario que haya propiciado la configuración del contrato realidad.

Palabras clave

Contrato realidad, administración pública, contrato de prestación de servicios, alcance.

ABSTRACT

The purpose of this article is to address the scope of the problems raised by the declaration of the existence of a reality contract in Colombia, hence tools are offered to identify its foundation in the light of the Colombian legal system, its genesis in the labor contract and contract for the provision of services, in addition to the circumstances that generate the configuration of this legal figure, specifically in the field of public administration.

It was found that the reality contract has a considerable economic, judicial and labor scope that directly affects the State, given the high number of active judicial processes and numerous claims against the Nation due to the configuration of the reality contract in the last year, without prejudice to convictions already issued in previous years.

Likewise, a series of incidents of a judicial and labor nature were found, which are expressed in the decisions made by the judicial officer after declaring the existence of the contract a reality, in terms of the quality of the plaintiff and the way to repair it. Likewise, in the discretion of the disciplining body to sanction the official who has led to the configuration of the actual contract.

Keywords

Reality contract, public administration, service provision contract, scope.

INTRODUCCIÓN

En tratándose del fenómeno del contrato realidad se encuentra una figura jurídica de índole laboral, que teleológicamente pretende la declaración de la existencia de un contrato que reúne los tres elementos de una verdadera relación laboral a la luz del Código Sustantivo del Trabajo (1950), esto es: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

La cuestión, más allá de su finalidad, se ciñe a la situación problemática que antecede o configura el contrato realidad, es decir, la apariencia que se le otorga a un contrato de prestación de servicios para ocultar o defraudar una verdadera relación laboral, la cual goza de un riguroso esquema de protección y beneficios laborales.

Reconociendo esta situación, y en procura de evitar el menoscabo de los derechos laborales consagrados en tratados y convenios internacionales sobre el trabajo, la ley laboral colombiana, además de la jurisprudencia y disposiciones que protegen al trabajador, es que se contempla el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, en aras de prevenir el fraude a las garantías laborales, sin importar la denominación que en el papel se le dé al respectivo contrato o vinculación.

Cabe subrayar que la configuración del contrato realidad se presenta principalmente en el ámbito de la administración pública, dada la recurrente utilización del contrato de prestación de servicios como causal de la modalidad

de contratación directa establecida en el Régimen de la Contratación Pública en Colombia.

Conforme a lo anterior, en el presente artículo se pretende determinar el alcance del contrato realidad en el ámbito de la administración pública, identificando, en primer lugar, la consagración normativa del derecho al trabajo en Colombia, así como el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Seguidamente, se distinguirá el contrato de trabajo frente al contrato de prestación de servicios, para proceder a exponer las circunstancias que desnaturalizan este último, y las consecuencias económicas, laborales y judiciales que conlleva para el Estado la declaración de existencia del contrato realidad.

1. CONSAGRACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO AL TRABAJO EN COLOMBIA

La promoción y protección de los derechos laborales en Colombia tienen un amplio abordaje normativo, que inician puntualmente desde la Constitución de 1991, tanto en su Preámbulo, donde se establece asegurar el trabajo a los integrantes de la Nación, así como en el principio fundamental establecido en el artículo 1º, donde se cataloga a Colombia como un Estado social de derecho, fundado, entre otras cosas, en el respeto de la dignidad humana y el trabajo, lo que implica, a juicio de la Corte Constitucional (2014), que *“dentro de la concepción del Estado como social de derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no solo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la carta”* (Sentencia C-593).

Igualmente, el derecho al trabajo se encuentra establecido como un derecho fundamental a la luz del artículo 25 de la Constitución de 1991, el cual dispone que *“el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus*

modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Véase que las condiciones de dignidad del trabajo se establecen como principio constitucional, derecho fundamental y valor fundante del Estado social de derecho, características que se contrastan con las disposiciones jurídicas internacionales sobre el trabajo que refuerzan la garantía de los derechos laborales y su dignificación.

En este orden, la regulación sobre el trabajo también encuentra su cabida en los convenios internacionales ratificados ante la Organización Internacional de Trabajo (OIT) que integran el bloque de constitucionalidad, como quiera que justamente el trabajo se reconoce como un derecho humano, conforme al Artículo 23° de la Declaración de los Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (Asamblea General de la ONU, 1948).

De manera que la interpretación del derecho humano al trabajo prevé ciertas garantías que no buscan otra cosa más que dignificar su ejercicio con igualdad de oportunidades, libertad de asociación, protección social, un ingreso adecuado para obtener sustento y mejorar la calidad de vida del trabajador.

Esta pugna internacional por la dignidad de los trabajadores ha conllevado a que la Organización Internacional del Trabajo desde 1998 adoptara una declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, expresados en convenios que versan sobre la promoción de derechos de libertad y asociación sindical, eliminación del trabajo forzoso e infantil, y eliminación de la discriminación en el trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2009), los cuales han sido ratificados por Colombia.

Ahora, la agenda de la OIT se encuentra orientada hacia el concepto de trabajo decente, como una lucha de la dignidad humana, la cual consiste en *“una estrategia integral de desarrollo que vincule los derechos laborales y el dialogo social con las políticas de empleo y de protección social”* (Somavía, 2014, p. 12).

En suma, la protección de los derechos laborales mediante la adopción de herramientas jurídicas de índole constitucional o supraconstitucional, lo que hacen es garantizar el respeto de los derechos laborales y de la dignidad del trabajo, por considerarse como una actividad vital no solo para bienestar humano, sino también para el desarrollo social y económico colectivo, de allí que se hace necesario la identificación de los desafíos y retos que surgen de los cambios que transforman el mundo del trabajo, y cómo se conciben las relaciones labores, otorgando primacía de la realidad sobre las formas.

2. PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES

En Colombia las relaciones laborales se rigen por una serie de principios constitucionales que tienen como propósito orientar e interpretar los derechos y deberes consagrados normativamente. Uno de estos principios se denomina *primacía de la realidad sobre las formalidades*, de allí que desde la óptica laboral se constituye como una garantía de los trabajadores para evitar que se le de apariencia o se oculte la vinculación laboral que en la realidad tienen, sin miramientos a la denominación de contrato que indique el papel.

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (2006) el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades se determina por cuanto la *“relación de trabajo debe ser guiada por los hechos de lo que realmente fue convenido y llevado a cabo por las partes, y no por la manera como una de las partes o dos partes describen la relación de trabajo”* (p. 24).

Igual posición comparten Menjura et, al. (2014), dado que la formalidad del contrato *“no impide que se reconozca una relación que ha surgido a partir de los hechos que constituyen el desempeño de la tarea laboral, en este caso el cumplimiento de los tres elementos esenciales de un contrato de trabajo”* (p. 73).

Particularmente, en la Constitución de 1991 se encuentra la primacía de la realidad sobre las formalidades como un principio mínimo fundamental del trabajo, al tenor del artículo 53, el cual reza de la siguiente manera:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y

calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (negrita fuera de texto).

Este principio ha permitido un margen de interpretación constitucional que ha sido ampliamente relevante para la concepción del contrato realidad, así lo sostiene la Corte Constitucional (2018), en sentencia de unificación 040, mediante la cual precisa cuándo procede la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en el caso de la distorsión u ocultamiento de la relación laboral.

La teoría de la primacía de la realidad sobre las formas se aplica en aquellos casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, actuación que implica *“desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral”* (Corte Constitucional, 2018), eventos en los que, para que proceda la declaración de existencia del contrato realidad, el juez constitucional deberá verificar el

cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (1950).

Así las cosas, cuando un contrato reúne los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, que conforme al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (1950) son: subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, se aplica la primacía de la realidad sobre las formalidades, y por consiguiente, a consideración de Hoyos (2019), opera una presunción de un contrato de trabajo, así se haya suscrito, por ejemplo, como un contrato de prestación de servicios, y a esto se le denomina contrato realidad. En consecuencia, en caso de declararse la existencia de un contrato realidad, el empleador será condenado a pagar las prestaciones sociales correspondientes y las indemnizaciones a que haya a lugar a la luz del Código Sustantivo del Trabajo (1950).

En suma, puede colegirse que este principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades lo que hace entonces es aligerar la carga probatoria del demandante, dado su efecto presuntivo para demostrar la existencia de una genuina relación de trabajo, y como resultado se declare judicialmente el reconocimiento de un contrato realidad.

3. CONTRATO LABORAL vs. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En primer lugar, el contrato de trabajo se encuentra descrito en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo (1950), donde *“Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Nótese que en el artículo mencionado anteriormente se enuncian los elementos esenciales del trabajo, que a renglón seguido se encuentran expresados por el Código Sustantivo del Trabajo (1950):

Artículo 23. Elementos esenciales. 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen (negrita fuera de texto).

Así las cosas, este artículo 23 no solo determina en su primer numeral los elementos básicos para la constitución de un contrato de trabajo, sino que también establece una meridiana claridad sobre cuándo se identifica la

existencia de un contrato de trabajo, condensando la finalidad del contrato realidad.

Cabe subrayar que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo (1950) da la estocada final para la configuración del contrato realidad, la protección de las relaciones laborales y la materialización del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como quiera que consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Ahora bien, con respecto al contrato de prestación de servicios, es menester traer a colación al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (1950), el cual consagra que son contratistas independientes:

(...) las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. (...).

Es importante mencionar que, pese a que esta figura del contratista se describe en el Código Sustantivo del Trabajo (1950), no hace parte de esta naturaleza laboral, puesto que solo se habla del contratista independiente, pero no hay que perder de vista que su vinculación se hace por contrato de prestación de servicios cuando se realiza con una entidad privada, el cual se encuentra regulado al tenor del artículo 1495 del Código Civil (1887)

De otro lado, desde el ámbito de la administración pública y del Régimen de Contratación Estatal, encontramos en la Ley 80 de 1993 la regulación del contrato de prestación de servicios:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (art. 32, núm. 3).

Saltan a la vista algunas diferencias entre el contrato laboral y de prestación de servicios a la luz del ordenamiento jurídico; por un lado, el contrato laboral solo puede hacerse con una persona natural, mientras que en la prestación de servicios puede realizarse con persona natural y jurídica. En el contrato laboral existe subordinación, mientras que en la prestación de servicios hay independencia. Así mismo, las controversias entre el contrato laboral las conoce el juez laboral, en tanto que las de prestación de servicios las conoce el juez civil o administrativo.

Bajo el entendido que cada una tiene su distinción, tratamiento y regulación diferente, en la práctica se presentan situaciones que conllevan a ocultar o dar apariencia de contrato de prestación de servicios a lo que en realidad es contrato laboral, por cuanto la normatividad aplicable al contrato laboral se encuentra asociada con un régimen de protección mucho más riguroso, por cuanto se trata de derechos laborales que tienen consagración en la Constitución de 1991, los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia que integran el bloque de constitucionalidad, así como disposiciones normativas y jurisprudenciales que son veladas en su cumplimiento por el Ministerio del Trabajo. Por el contrario, las actividades llevadas a cabo en mérito del contrato de prestación de servicios, desde el régimen de contratación pública, no tiene mayor control y vigilancia dada su connotación de independencia en la prestación personal del servicio.

En el ámbito de la contratación pública el contrato realidad es recurrente para el caso de los contratos de prestación de servicios derivados de la modalidad de contratación directa. Según González (2020) la prestación de servicios es la que mayor impacto ha tenido en la administración pública a efectos de la declaración del contrato realidad, con motivo al ahorro en los costos de servicios administrativos.

Coinciden con el anterior planteamiento Cuesta y Zota (2018), al afirmar que las entidades estatales en Colombia están dando errada utilización a los contratos de prestación de servicios, considerando que legalmente esta surge de manera temporal para ejercer una labor en la que no esté capacitado el personal de planta, no obstante, en la realidad la actividad del contratista suele ser permanente, lo que implica que su correcta modalidad de vinculación sería por concurso de méritos. A juicio de los autores el riesgo en la práctica desbordada e indebida de la contratación de prestación de servicios está en la creación de nóminas paralelas y, por consiguiente, de condenas al Estado por contrato realidad.

A consideración de Benavides (2010), pese a la distinción nítida que teóricamente hay entre el contrato laboral con el contrato de prestación de servicios por su carácter excepcional, de especialidad y autonomía, en la práctica se complica por la amplitud de las prestaciones del objeto contractual, de suerte que se genere fronteras difusas con otros contratos y con las funciones esenciales de la entidad pública, dando lugar eventualmente al contrato realidad.

Con todo y lo anterior, las causas de que se geste el contrato realidad pueden producirse por erróneos objetos contractuales, ahorros en costos administrativos y evasión de prerrogativas laborales.

Toro (2014) indica que el problema también radica en los modelos de tercerización laboral asociados a una reducción de costos; a juicio de Rolong (2016) otras causas preponderantes son el clientelismo político, falta de organización en la gestión del talento humano y el manejo de nómina, así como falta de claridad entre empleador de planta y contratistas.

Por su parte, Salas y Parra (2017) exponen que la mayoría de los contratos de prestación de servicios se originan por cuotas burocráticas de los políticos, en virtud de los poderes que ostentan en la dirección y administración de entidades públicas.

4. DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO PÚBLICO

La desnaturalización del contrato de prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública en Colombia ha traído una serie de consecuencias que van desde cuantiosas condenas al Estado, hasta el cuestionamiento del menoscabo en las garantías de los contratistas que cumplen con todos los presupuestos para la configuración de una relación laboral, máxime considerando que debería ser el Estado quien más vele por el cumplimiento de los derechos laborales establecidos en la ley.

Una muestra del alcance del problema del contrato realidad en Colombia son las cifras sobre las demandas al Estado por la configuración de este fenómeno; por ejemplo, Camargo (2019) señaló que desde la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se registraban 4.325 procesos activos en contra de la nación por esta situación, alcanzando las pretensiones un valor de 433 mil millones de pesos, es decir, casi medio billón de pesos.

Inclusive, para el término de la vigencia de 2021, de acuerdo con cifras de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la nación ya acumulaba

7.201 procesos judiciales activos por configuración del contrato realidad, en donde las pretensiones alcanzaban aproximadamente la suma de 969 mil millones de pesos, en otras palabras, ya iba alcanzando el billón de pesos, sin perjuicio de los 9.092 procesos que ya habían sido terminados, y condenaron al Estado a pagar una suma cercana a 968 mil millones de pesos (Acosta, 2021).

Adicionalmente, resulta interesante que la entidad con más procesos en su contra por este fenómeno era el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) con 1.237 casos, que acumulaban pretensiones por 216.919 millones de pesos, y en segundo lugar se encuentra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) con 942 procesos en su contra, que suman 99.922 millones de pesos. Otras entidades como la Policía Nacional presentan 548 procesos, el Fondo Nacional del Ahorro 315, Colpensiones 303 y el Ministerio de Salud 294 (Acosta, 2021).

Estas demandas se presentaron principalmente en Bogotá, donde por competencia territorial reposan 1.537 procesos, es decir el 21,3% del total nacional, seguido por Antioquia con 614 casos, Bolívar con 431 y Valle del Cauca con 414 procesos judiciales por contrato realidad (Acosta, 2021).

Dichas cifras presentadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado son dicientes en la problemática que está representando para el Estado a través de sus entidades públicas la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, con el fin de defraudar una relación laboral que en la práctica acoge los tres elementos esenciales del trabajo: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

5. CONFIGURACIÓN E IMPLICACIONES DEL CONTRATO REALIDAD

Es importante señalar la connotación propia del contrato de prestación de servicios, que reúne una serie de elementos que lo identifican inequívocamente:

- i) excepcionalidad, toda vez que no pueden ser realizados por personal de planta o requieren un conocimiento especializado; ii) temporalidad, como quiera que su duración será solo por el tiempo que dure la actividad contratada; iii) autonomía, puesto que cumple las actividades a su discreción y conforme a sus conocimientos, y iv) remuneración la cual se constituye a través de los honorarios (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2018, p. 5).

Cabe subrayar que el contratista, a diferencia del trabajador, debe pagar la totalidad de su seguridad social para poder percibir los honorarios, además de que carece de prerrogativas vacacionales, bonificaciones, primas de servicio, cesantías, etc.

Sin embargo, las falencias en la realidad fáctica, que a la postre configuran el contrato realidad, se evidencian en que el contrato de prestación de servicios en la mayoría de las entidades públicas no es la excepción, sino la regla general, además que su temporalidad se prorroga indefinidamente en el tiempo, por lo que adquiere una vocación de permanencia en el tiempo. Igualmente, con respecto a la autonomía, puede señalarse que muchas veces se ve frustrada con el recibimiento de órdenes jerárquicas y la exigencia de un horario estricto o de tiempo completo.

Conforme a lo anterior, el contratista encuentra que el objeto de su contrato en la práctica varió, por lo que cumple con los requisitos para la configuración de

un contrato realidad, por consiguiente, deberá demandar mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

A juicio de Rincón (2020) los medios de prueba más idóneos para demostrar el contrato realidad son: la declaración de parte rendida por el empleador como demandado, testimonios de terceros, indicios de la prestación personal del servicio, pruebas documentales que muestren la subordinación, e igualmente expone que los medios de prueba deben demostrar que el empleador tenía potestad disciplinaria, la labor tenía vocación de permanencia, se exigía dedicación horaria y no había libertad contractual.

De acuerdo con Camargo (2019) la subordinación es un elemento determinante para establecer la verdadera naturaleza de la relación, señalando como hechos indicadores de la subordinación, los siguientes:

- (i) que la labor encargada sea permanente; (ii) que se renueve el mismo objeto contractual respecto de la misma persona; (iii) se desempeñen actividades relacionadas con el objeto social de la entidad; o (iv) se asignen actividades iguales, equivalentes o similares a las personas vinculadas por una relación legal y reglamentaria o por un contrato laboral (p. 1).

Así las cosas, de demostrarse el elemento de la subordinación en la relación contractual, probablemente procede la declaración judicial de la existencia del contrato realidad, en virtud del cual el demandante tiene derecho, según Sánchez (2018), a que se le pague no solo las prestaciones dejadas de pagar, sino también una indemnización por terminación de la relación laboral:

Recibir a la finalización de la relación laboral de hecho, la totalidad de las prestaciones no sufragadas y una indemnización por la imposibilidad de reintegrarlo o reubicarlo, la cual se asemejará a la

que debe recibir un empleado público cuando es retirado del servicio (p. 121).

Sobre lo anterior, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2018) señala que la configuración del contrato realidad tiene 3 implicaciones precisas: la primera es definir si el trabajador adquiere la calidad de empleado público, la segunda es determinar la forma de reparación, y la tercera establecer la responsabilidad de la entidad contratante.

Con respecto a la adquisición de la calidad de empleado público se presentan dos escenarios:

(...) si es un particular quien busca la declaratoria de una relación laboral, el juez declarará la existencia de este hecho, pero no adquiere la calidad de empleado público. Sin embargo, si quien lo solicita es un particular que busca se le reconozca la calidad de trabajador oficial, sí habrá lugar a declarar tal condición (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2018, p. 22-23).

En segundo lugar, con relación a la forma de reparación la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado (citada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2018), señala que a título de restablecimiento de derecho se debe reconocer las prestaciones sociales, mientras que también puede ordenarse una indemnización.

En este sentido, se plantea que se paga en su proporción las prestaciones sociales de igual manera como se las hubieran pagado al empleado público, y que por lo tanto la indemnización solo procede cuando no es posible restablecer el derecho, además se podrá ordenar el pago de la indemnización moratoria, siempre y cuando se demuestre la mala fe del empleador en la falta del pago de las acreencias laborales.

Con respecto a las responsabilidades de la entidad contratante se encuentra en el Código General Disciplinario (2019), en su artículo 54 numeral 1, que se constituye como una falta gravísima aquella relacionada con la contratación pública en cuanto a *“Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”* (Ley 1952), por lo tanto, el funcionario contratante puede verse inmerso en las sanciones establecidas en el artículo 49 de la misma ley, tales como la destitución e inhabilidad de 10 a 20 años si la falta fue realizada con dolo, o de 8 a 10 años si se realizó culpa gravísima.

Es importante mencionar que, en aras de tomar medidas para evitar la configuración excesiva del contrato realidad en la administración pública, el Consejo de Estado (2021), mediante la sentencia de unificación de septiembre 9, precisa la expresión *“término estrictamente indispensable”* que establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 sobre las condiciones de temporalidad o duración de los contratos de la prestación de servicios.

De esta manera, se plantea la regla de que en fase precontractual debe estimarse el tiempo máximo que se considera estrictamente indispensable para ejecutar el contrato, lo que se fundamenta entonces desde la elaboración de los estudios previos, sin perjuicio de otras circunstancias que impliquen la prórroga del contrato (Tovar, 2021).

Por consiguiente, se fijó en 30 días hábiles el término para determinar la interrupción o solución de continuidad, con el fin de establecer la prescripción de los derechos en caso de declararse la existencia del contrato realidad. En otras palabras, si no se supera el lapso de 30 días entre dos contratos sucesivos, entonces se entenderá que no hay solución de continuidad, y por lo tanto, tampoco habrá unidad del vínculo contractual (Tovar, 2021).

6. RESULTADOS

El contrato realidad en Colombia ha propiciado una problemática que tiene largo alcance en las finanzas y estructura de la administración pública; así se evidenció no solo desde la perspectiva pecuniaria con respecto a las altas condenas contra el Estado por la configuración de este fenómeno, las cuales alcanzan una cifra aproximada a un billón de pesos, sino también por la desnaturalización de una modalidad esencial de la contratación directa como el contrato de prestación de servicios, lo que conlleva negativamente al menoscabo de las garantías laborales de los contratistas en las entidades públicas relevantes, como por ejemplo el SENA o el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde cursan más procesos por contratos realidad.

Por consiguiente, la trascendencia del contrato realidad en Colombia se ha convertido en un desafío contemporáneo para las garantías laborales de las personas que fungen como contratistas en la administración pública, para los cuales se oculta la vinculación que en realidad tienen, suscitando así un fraude a sus derechos laborales reconocidos por el ordenamiento jurídico, y, en suma, restándoles la dignificación que deberían gozar por su trabajo, componente que ha sido la bandera de las disposiciones internacionales sobre el trabajo.

Resulta paradójico que sea el mismo Estado, principalmente en las entidades de la rama ejecutiva, quien tergiversa, oculte y menoscabe los derechos de los trabajadores bajo la apariencia de contratistas por prestación de servicios, sin embargo, esto se explica en el modelo de mando político que actualmente tienen las administraciones de muchas entidades públicas.

En consecuencia, se hace indispensable una reforma en la vinculación de las personas en la administración pública para evitar el contrato realidad, toda vez que se halla que el problema no está en el contrato de prestación de servicios, por cuanto esta causal de la contratación directa es clara y necesaria, de cara

a necesidades puntuales de la contratación pública. La cuestión está entonces en su indebida utilización con el fin de defraudar un régimen de protección laboral riguroso, ahorrar costos de servicios, o incluso generar nóminas paralelas, de suerte que su extralimitación se materializa en variaciones prácticas en cuanto al objeto del contrato, acciones de subordinación, dedicación horaria, vocación de permanencia, e incluso sujeción disciplinaria.

CONCLUSIONES

En primer lugar, se afirma que el contrato realidad en la administración pública tiene un amplio alcance en materia judicial y pecuniaria, dado el número de demandas en contra del Estado colombiano, las cuales, como se enunció anteriormente, en 2021, de acuerdo con cifras de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la nación ya acumulaba 7.201 procesos judiciales activos por configuración del contrato realidad, aunado a que las pretensiones alcanzaban la suma aproximada de un billón de pesos.

Se evidenció que es mediante el inadecuado manejo del contrato de prestación de servicios donde se encuentra el origen del contrato realidad, toda vez que se desnaturaliza la excepcionalidad, temporalidad y autonomía del primero, para ajustarlo en un objeto contractual que tiene funciones del personal de planta, con una duración indefinida y con un cumplimiento no solo horario, sino también de órdenes, de allí que, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, es donde opera la presunción de los elementos esenciales del contrato.

Se identificó el alcance de las consecuencias jurídicas del reconocimiento del contrato realidad por parte de un juez de la república, el cual condensa tres circunstancias precisas: en primer lugar, en cuanto a la naturaleza de la vinculación del demandante, es decir, si ostenta la calidad de empleado público; la segunda implicación versa sobre las condenas, o sea, si se paga

las prestaciones sociales dejadas de pagar, una eventual indemnización o incluso, podrá ordenarse pago de la sanción moratoria si se prueba la mala fe del empleador, y la tercera consecuencia es la discrecionalidad frente a una sanción disciplinaria en contra del funcionario que haya celebrado el contrato de prestación de servicios, que devino en contrato realidad, según el artículo 54 numeral 1 de la Ley 1952 de 2019.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, A.C. (2021). Los procesos judiciales por contrato realidad contra la nación suman casi \$1 billón. *Asuntos Legales*. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/los-procesos-judiciales-por-contrato-de-realidad-contra-la-nacion-suman-casi-1-billon-3278305>

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (2018). Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional a cerca de la configuración del contrato realidad. *Comunidad Jurídica del Conocimiento*. Disponible en: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/wp-content/uploads/2018/11/Contrato-Realidad.pdf>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Diciembre 10. Disponible en: <https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html>

BENAVIDES, J.L. (2010). Contrato de prestación de servicios; difícil delimitación frente al contrato realidad. *Rev. Derecho del Estado*. 25(85).

CAMARGO, J.J. (2019). Demandas por contrato realidad, una causa prevenible. *Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*. Disponible en: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/demandas-contrato-realidad-una-causa-prevenible/>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1993). Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Imprenta Nacional.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2019). Ley 1952. Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario. Bogotá: Imprenta Nacional.

CORTE CONSTITUCIONAL (2018). Sentencia SU-040. M.P.: Cristina Pardo. Bogotá, Colombia.

CUESTA O, H. & ZOTA C., E. (2016). *Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

GONZÁLEZ R., J.C. (2020). *Contrato realidad como principio del derecho al trabajo y frente al contrato de prestación de servicios en Colombia*. Bogotá: Universidad Politécnico Grancolombiano.

HOYOS Y., J. P. (2020). El contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. *Derectum*. 5(1). 107-13.

MENJURA, D.; GUERRERO, M.V.; SILVA, A.L. & WITT A., S.A. (2014). *Contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. Tratamiento Jurisprudencial 2011 a 2014*. Bogotá: Universidad Libre.

MINISTERIO DEL TRABAJO (1950). Decreto Ley 2663. Por medio del cual se expide el Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá: Imprenta Nacional.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). 95ª Conferencia Internacional sobre el Trabajo. Informe 5: La relación del Trabajo. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf#page=1>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). *Conocer los derechos fundamentales en el trabajo*. 1ª ed. Costa Rica. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-san_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf#page=2

RINCÓN M., I.F.D. (2020). *La prueba del contrato realidad en Colombia*. Doctoral Dissertation. Cali: Universidad Santiago de Cali.

ROLONG, V.E. (2016). El contrato realidad como mecanismo para develar el fraudulento uso de los contratos de prestación de servicios en las administraciones públicas. *Revista jurídica Erg@omnes*. 8.

SALAS A., D.O. & PARRA A., O.J. (2017). *Contrato realidad en las entidades públicas colombianas*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

SÁNCHEZ C., A.A. (2018). Contrato realidad en la prestación de servicios personales en Colombia. *lux Praxis*. 2(2). 115-125.

SOMAVÍA, J. (2014) El trabajo decente: una lucha por la dignidad humana. Oficina Internacional del Trabajo. 1ª ed. Santiago de Chile. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-santiago/documents/publication/wcms_380833.pdf#page=5

TORO H., A.H. (2014). *Terceización del recurso humano y contrato realidad en el sector salud en Colombia*. Pereira: Universidad Libre.

TOVAR, S.L (2021). *Unificación de reglas en la teoría del contrato realidad: la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado*. Disponible en: https://derlaboral.uexternado.edu.co/uncategorized/unificacion-de-reglas-en-la-teoria-del-contrato-realidad-la-reciente-jurisprudencia-del-consejo-de-estado/#_ftn1