

**LA RELACIÓN LABORAL OCULTA DETRÁS DE UN
CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

**DAVID JORGE E. CRUZ RIASCOS
VERONIKA NATHALY LEGARDA CAICEDO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2005.**

**LA RELACIÓN LABORAL OCULTA DETRÁS DE UN
CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

**DAVID JORGE E. CRUZ RIASCOS
VERONIKA NATHALY LEGARDA CAICEDO**

**Trabajo de investigación para optar
el título de Abogado**

**Asesora:
Dra. MONICA HIDALGO OVIEDO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2005.**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en el informe, son responsabilidad exclusiva de los autores.

Artículo 1 del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966. Emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

San Juan de Pasto, febrero de 2005.

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sentidos agradecimientos:

A la Universidad de Nariño.

A la doctora MONICA HIDALGO OVIEDO, Asesora de nuestra investigación.

A la doctora ISABEL GOYES y la doctora EDILMA ARTEAGA, nuestras jurados y orientadoras hacia un resultado satisfactorio.

A Gilma, nuestra gran amiga en la Facultad de Derecho.

Al Asesor Jurídico del Sindicato del Magisterio de Nariño, señor José Félix Solarte.

Y a todos a quienes de una u otra manera contribuyeron a la realización de este trabajo de investigación.

A Dios y a la vida por la oportunidad y fortaleza...

A mi hijo Anthony, la razón y el amor de mi vida...

A Luis Alexander, por su paciencia y amor...

A mis padres Colón y Fabiola por su gran ejemplo...

A mis hermanos por toda su confianza y apoyo...

Les dedico este triunfo con el convencimiento que siempre contaré con ellos...

Verónica Nathaly Legarda Caicedo.

Le ofrezco este triunfo:

A Dios por su dirección y orientación en mi vida...

A Adriana Lucia y David, mis hijos, por ser mi razón de vivir...

A Ana Lucía, mi esposa por su apoyo incondicional...

A mis padres Blanca y Jorge, a quienes les debo el ser y su interminable apoyo...

A mis hermanos y sus familias, porque son siempre mi compañía...

David Jorge E. Cruz Riascos

CONTENIDO

	Pág.
0. INTRODUCCIÓN	
1. RELACIÓN LABORAL	17
1.1 EVOLUCIÓN HACIA EL CONCEPTO DE RELACIÓN LABORAL	22
1.1.1 Elementos de la Relación Laboral.	23
1.1.2 Definición Jurídica de la Relación Laboral.	25
1.2 RELACIÓN LABORAL SUBORDINADA EN EL SECTOR PUBLICO	25
1.2.1 Elección popular	25
1.2.2 Empleados públicos	25
1.2.3 Trabajadores oficiales	26
1.3 RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DE LOS DOCENTES	26
1.3.1 Régimen Constitucional	26
1.3.2 Régimen legal laboral	30
2. CONTRATACIÓN ESTATAL	33
2.1 RÉGIMEN JURÍDICO	33
2.1.1 Régimen Constitucional	33
2.1.2 Régimen Legal	35
2.1.2.1 Clases de contratos de la ley 80 de 1993	37
3. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	39
3.1 APLICACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL MAGISTERIO	42
3.2 LÍNEAS JURISPRUDENCIALES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	46
3.2.1 Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional	46
3.2.2 Línea jurisprudencial del Consejo de Estado	55
4. DIAGNOSTICO DE VULNERACIÓN DE DERECHOS LABORALES A TRAVÉS DE LAS O.P.S EN LOS EDUCADORES DE LA CIUDAD DE PASTO.	63
4.1 CALCULO DE MUESTRA Y APLICACIÓN DE ENCUESTAS	63
4.2 ANÁLISIS DE RESULTADOS	64
4.2.1 Derechos laborales vulnerados a los educadores	67
4.2.2 Perjuicios materiales causados.	67
5. DESCRIPCIÓN DE ACCIONES LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS.	70
5.1 NULIDAD SIMPLE	70
5.2 CONTRACTUAL	71
5.3 DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	72
6. CONCLUSIONES	75
BIBLIOGRAFÍA	77
ANEXOS	80

GLOSARIO:

RELACIÓN LABORAL: La relación jurídica en sentido amplio incluye todos los vínculos jurídicos que se producen en la prestación de un servicio, tanto con un contenido económico como de carácter formal.

En sentido estricto, es aquella relación jurídica, establecida en la ley, por la que se confiere a una persona natural o jurídica que es el empleador, un derecho de crédito, para la utilización de la fuerza laboral de otra persona natural.

ORDEN: Podemos definir la «orden» desde el punto de vista más general como toda prescripción imperativa, verbal o escrita, de ejecutar u omitir una determinada acción cualquiera que sea su naturaleza.

Toda orden, en consecuencia, supone una manifestación de voluntad dirigida de modo imperativo por el superior jerárquico al subordinado y que exige de éste una acción u omisión consecuente con el contenido del mandato recibido. La orden ha de ser tal, es decir, imperativa; no es un consejo ni la manifestación de una opinión; ha de tratarse de una manifestación de voluntad que exija una acción, prestación o abstención de parte del subordinado.

La orden ha de ser concreta y personal. Toda orden es un precepto dado en una concreta contingencia y en forma personal y directa a uno o varios subordinados; no se trata de prevenciones generales, de carácter permanente y dirigidas a la universalidad, sino de prevenciones especiales, concretas y personales. Sin embargo, como apunta QUE ROL, la contingencia y destino personal de la orden no exige que el mandato se haya dado en la ocasión misma en que se demanda la consecuente conducta, ni que se destine de modo singular a la persona del inferior que ha de cumplirla, y así puede constituir desobediencia el incumplimiento de una orden general para un servicio concreto.

El segundo elemento de toda orden para que de ella derive la obligatoriedad de su acatamiento es su vigor y legitimidad. La orden para ser tal ha de versar sobre materias relativas al servicio, ser de posible cumplimiento y estar lo mandado dentro de las atribuciones legítimas del superior.¹

PRESTACIÓN: Hace referencia a la cosa o servicio que una persona debe en favor de otra, en razón de una obligación estipulada en virtud de: la ley, una convención, o un cuasicontrato.

¹ Editorial Espasa Calpe, S.A. Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, 2001.

SERVICIO: Es la función que desempeña una persona o una organización en beneficio de otra persona o de una entidad.

ORDEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: La ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral 3, define las ordenes de prestación de servicios como un contrato que celebran las entidades estatales, con personas naturales para que esta última se desempeñe en el funcionamiento o administración de dicha entidad. Dicha contratación debe realizarse en el caso de que la entidad contratante no cuente con el personal de planta necesario para el desempeño de dicha labor, está necesidad surge bien porque no se cuenta con el número de personas suficiente, o bien porque se requieran unos conocimientos especializados en alguna materia, Esta clase de contratos deben estipularse por el término estrictamente indispensable para la culminación de la labor encomendada.²

SALARIO: Se define el salario como la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.

Las percepciones económicas por el trabajo realizado pueden ser «en dinero» (moneda de curso legal o mediante pesos u otra modalidad de pago a través de entidades de crédito), o «en especie» (es decir, en un bien distinto del dinero), si bien las segundas no pueden superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, a excepción de algún supuesto como el de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, en el que dicho porcentaje puede alcanzar hasta el 50% del salario total. Además, según el Convenio 95 de la O.I.T. relativo a la protección del salario, las retribuciones en especie han de ser apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y debe atribuírseles un valor que sea justo y equitativo.

El salario, por tanto, comprende todas las percepciones que el trabajador recibe como contraprestación de su actividad laboral por cuenta ajena, incluyéndose en dicha contraprestación tanto el trabajo efectivo como aquellos periodos de descanso computables, según el ordenamiento laboral, como de trabajo (descanso semanal, festivos oficiales, permisos retribuidos, e interrupciones de la actividad ajenas a la voluntad del trabajador que deban ser retribuidas conforme a precepto legal o pactado).

Las cantidades que el empresario abona al trabajador con ocasión del trabajo pero que no retribuyen directamente los servicios laborales de éste, no tienen la consideración de salario. Son las denominadas percepciones extrasalariales, compuestas por las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones o

² Ley 80 de 1993

indemnizaciones de la Seguridad Social, y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

En todo caso, la naturaleza extrasalarial de lo percibido por el trabajador dependerá de que efectivamente responda a los conceptos antedichos, y no de que las partes le hayan dado la denominación de partida extrasalarial.

CONTRATO: "Contrato o convención es un acto por el cual una partes se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas"³

"El Derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (*consensus*) que creaba un vínculo (*iurisvinculo*) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la *causa civilis*. Pero la importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo triunfo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple *convenio* o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y que se erige absoluta en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley.

En el plano filosófico, el iusnaturalismo racionalista elevaría el contrato a fuente u origen de la sociedad (HOBBS, ROUSSEAU), al concurrir dos tradiciones: la idea del estado de naturaleza como fase previa al estado social, y la problemática de justificar el poder del monarca absoluto por el recurso a legitimar sus poderes en una primigenia transmisión de los mismos por el pueblo al soberano (y ya fuese concebido como un *pactum unionis* o como un *pactum subiectionis*). La época subsiguiente usó y abusó del concepto de contrato, tanto para justificar y garantizar ciertas libertades individuales, que la burguesía ascendente deseaba asegurar, como para justificar el monarca la sujeción contra aquellas libertades que se le reclamaban. Y, aunque ya KANT llamó la atención sobre el mero valor dialéctico de tales posiciones, la doctrina imperante aceptó con posterioridad el contrato como realidad palpable, usando su concepto para explicar y justificar cualquier situación. En el Derecho político, el contrato se manifiesta en la Constitución; en el penal, la sanción será la «contraprestación» al delito; en el internacional, el contrato o tratado se erige en fuente única del Derecho; en el civil, el contrato explica y subsume todas las instituciones (matrimonio, relaciones paterno-familiares, adopción, sociedad, etc.)"⁴.

PLANTA DE PERSONAL: Es un instrumento para la gestión de recursos humanos en el ámbito de una organización. Tiene por objeto valorar los puestos de trabajo necesarios en cada organización, los perfiles profesionales y los requisitos y formas de provisión. Como efecto fundamental es el instrumento que fija los

³ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 1494. Ediciones LEYER. 2.001.

⁴ LLINARES, Gimeno. Del Concepto del Contrato. RGLJ. 1930.

complementos retributivos ligados al puesto de trabajo, concretamente el complemento de destino y, sobre todo, el complemento específico. Se realizan únicamente en el ámbito de los funcionarios y se aprueban por un órgano centralizado compuesto por los departamentos de administraciones públicas y de gastos de personal.

CONTRATACIÓN PÚBLICA: Es la contratación por las Administraciones Públicas de servicios que necesiten.

En materia de contratación pública existe un derecho procesal que sirve para establecer una regulación de los procedimientos de adjudicación de los que se deriven derechos para los licitadores, mediante cauces procesales a través de los cuáles puedan exigir la efectividad de sus derechos.

SUBORDINACIÓN: Es la facultad que la ley laboral le otorga al empleador para que dentro de una relación laboral, éste imponga al trabajador sus reglamentos, políticas y lo someta a sus órdenes.

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO: Obligación irrenunciable que el trabajador asume frente al empleador para utilizar su propia fuerza de trabajo en el desarrollo de las funciones que el empleador le asigne.

TUITIVIDAD: Es una facultad ejercida por Estado a través de la ley mediante la cual se equilibran las condiciones tanto del empleador como del trabajador durante una relación laboral.

PRIMACÍA DE LA REALIDAD: Principio constitucional que el Juzgador laboral debe aplicar dentro del análisis de los hechos fácticos y los actos jurídicos que se dan dentro de la relación laboral para conceder o negar los derechos emanados de ella.

CONTRATANTE: Es la persona que paga para recibir un servicio.

CONTRATISTA: Es la persona que se compromete con el contratante para cumplir una obligación y recibir una contraprestación.

AUTONOMÍA DEL CONTRATISTA: Capacidad que tiene el contratista para disponer de los recursos económicos y del tiempo dentro del plazo otorgado por el contratista para el cumplimiento del objeto del contrato.

RESUMEN

La evolución histórica del derecho laboral ha dado como resultado la creación del concepto de relación laboral que corresponde a la realidad fáctica laboral y es independiente del vínculo jurídico establecido por las partes. La clarificación de este concepto ha servido para que a través de normas constitucionales y legales se proteja de manera efectiva los derechos laborales de los trabajadores, es así que existen principios tan fundamentales como el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades dentro del vínculo laboral.

En nuestro país se viene presentando en el sector público la violación del principio constitucional de primacía de la realidad, de la legislación laboral e inclusive de la misma legislación contractual, cuando a través de la utilización indebida de contratos administrativos de prestación de servicios, se ocultan verdaderas relaciones laborales y se desconocen las prerrogativas que de ella se derivan en beneficio de los trabajadores. Uno de los sectores más afectados es el sector docente, en el cual un gran número de educadores se encuentran vinculados bajo esta forma irregular de contratación.

El trabajo jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en referencia a los “maestros contratistas”, se ha encaminado a brindarles una protección relativa de sus derechos laborales por cuanto reconocen la violación del ordenamiento jurídico con la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios y reconoce la existencia de la relación laboral, pero en materia económica han adoptado una posición contradictoria basada en la ilegalidad del vínculo de estos docentes, razón por la cual no se les reconoce plenamente sus derechos laborales, causándoles un perjuicio económico cuantificable y que por el agotamiento de la vía judicial no puede ser resarcido.

A esta situación le sumamos la inseguridad jurídica respecto a cuál es la acción indicada que debe interponer el docente afectado para el resarcimiento adecuado de sus perjuicios, generada por la controversia desatada al interior del Consejo de Estado.

Estas falencias presentadas por parte de los juzgadores, y los perjuicios causados con sus fallos, serán objeto de análisis de la presente investigación.

ABSTRACT

The historical evolution of the labor right has given the creation of the concept of labor relationship that corresponds to the reality labor practical as a result and it is independent of the juridical bond settled down by the parts. The clarification of this concept has served so that through constitutional and legal norms it is protected in an effective way the labor rights of the workers, it is so principles so fundamental they exist as the constitutional principle of primacy of the reality about the formalities inside the labor bond.

In our country one comes presenting in the public sector the violation of the constitutional principle of primacy of the reality, of the labor legislation and inclusive of the same contractual legislation, when through the undue use of administrative contracts of benefit of services, they hide true labor relationships and the prerogatives are ignored that are derived in the workers' benefit of her. One of the affected sectors is the educational sector, in which a great number of educators is linked I lower this irregular form of recruiting.

The work jurisprudential of the Constitutional Court and the Council of State in reference to those "teachers contractors", he/she has headed to offer them a relative protection of their labor rights since they recognize the violation of the juridical classification with the denaturalization of the contracts of benefit of services and it recognizes the existence of the labor relationship, but in economic matter they have adopted a contradictory position based on the illegality of the bond of these educational ones, reason for which are not recognized their labor rights fully, causing them a damage economic quantifiable and that for the exhaustion of the judicial road it cannot be recouped.

To this situation we added him the artificial insecurity regarding which it is the suitable action that should interpose the educational one affected for the appropriate indemnity of their damages, generated by the controversy loosened to the interior of the Council of State.

These flaws presented on the part of the judges, and the damages caused with their sentences, will be object of analysis of the present investigation.

1. RELACIÓN LABORAL

El Derecho Laboral surgió a finales del siglo XIX como consecuencia de la aparición de hechos coyunturales como son:

a) La Revolución Industrial, que trae consigo una transformación en el modelo económico, al pasar de un medio de producción artesanal y agrícola en el sistema feudal a un medio de producción industrializado en el sistema capitalista; este nuevo modelo económico ocasionó muchos cambios en el desempeño laboral de las personas, cambios que debían traducirse al campo jurídico con posterioridad; es así como la producción empezó a realizarse en grandes empresas o fábricas en vez de pequeños talleres domésticos y artesanales. La aparición de nuevas máquinas y herramientas de trabajo especializadas permitió que los trabajadores produjeran más bienes que antes y que la experiencia adquirida utilizando una máquina o herramienta aumentara la productividad y la tendencia hacia una mayor especialización laboral. Por otra parte, el moderno sistema industrial de la producción, fortaleció todavía más el incremento de la división del trabajo.

La mayor especialización y la aplicación de bienes de capital a la producción industrial creó nuevas clases sociales, los individuos propietarios de los medios de producción se denominaron patronos y quienes no poseían medios de producción se vieron forzados a vender su fuerza de trabajo y se denominaron obreros o trabajadores.

Entre estos dos actores se establecía una relación contractual, con grandes diferencias económicas entre las partes y la desprotección de la clase trabajadora, ocasionando que el proletariado industrial se agrupara en torno a grandes sindicatos, como respuesta de los trabajadores a los efectos más perniciosos de la Revolución Industrial.

Los primeros sindicatos se crearon en Europa occidental y en Estados Unidos a finales del siglo XVIII y principios del XIX como reacción ante el desarrollo del capitalismo. A medida que se iba desarrollando el sistema industrial, numerosas personas abandonaban el campo para buscar los escasos puestos de trabajo de los grandes centros urbanos. Este exceso de oferta de mano de obra aumentó la dependencia de la clase trabajadora. Para reducir esta dependencia se crearon los primeros sindicatos, sobre todo entre los artesanos, que veían amenazada su actividad laboral, y que ya contaban con cierta tradición de unidad en los gremios. Estos grupos tuvieron que enfrentarse a la oposición de gobiernos y patronos, que los consideraban asociaciones ilegales o conspiradores que pretendían restringir el desarrollo económico.

Durante el siglo XIX se fueron eliminando estas barreras legales mediante resoluciones judiciales y la promulgación de leyes favorables a la sindicación.

b) La Revolución Francesa: Este es otro acontecimiento de gran relevancia para el surgimiento del derecho laboral, y dentro de ella, el movimiento ideológico de la *Ilustración* marcó un paso clave en el declinar de la Iglesia y en el crecimiento del secularismo actual. Sirvió como modelo para el liberalismo político y económico y para la reforma humanitaria a través del mundo occidental del siglo XIX.

La Revolución Francesa trajo como consecuencia a nivel del derecho, la reforma y codificación de las diversas legislaciones provinciales y locales, que quedó plasmada en el Código Napoleónico, en la cual se ponía de manifiesto muchos de los principios y cambios propugnados por la Revolución: la igualdad ante la ley, el derecho de habeas corpus y disposiciones para la celebración de juicios justos. El procedimiento judicial establecía la existencia de un tribunal de jueces y un jurado en las causas penales, se respetaba la presunción de inocencia del acusado y éste recibía asistencia letrada.

Los principios de igualdad ante la ley y la libertad, hacen comprender que la relación jurídica establecida entre trabajadores y capitalistas, es una relación entre hombres libres, la cual debe regirse por la figura del contrato basada en la autonomía de la voluntad, teniendo que respetar al individuo y funcionar de acuerdo a las leyes del mercado y el Estado debe cumplir con el principio del *laissez faire laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar).

c) La revolución anticapitalista: Dentro de la cual se enmarca todo el movimiento ideológico propuesto por Carlos Marx y Federico Engels y que se va a constituir en el gestor de importantes cambios en el derecho laboral. Gran parte de las reacciones obreras se derivan también del pensamiento comunista.

d) Revolución del derecho social: La necesidad histórica de conciliar el capitalismo con las corrientes anticapitalistas, permite desde nuestro punto de vista el fortalecimiento del derecho social; constituciones como la de Weimar (Alemania) la de Queretaro (Méjico) y la creación de la O.I.T serán soportes históricos de obligada referencia en el fortalecimiento del derecho laboral. A partir de entonces sin duda el respeto por la constitucionalización del trabajo ha sido una bandera que marca la configuración política de los estados.

Ahora bien, la relación jurídica de trabajo, históricamente, se la trató de enmarcar en varias clases de contratos como en los de compraventa, arrendamiento y mandato, lo cual no fue viable porque el trabajo humano como objeto posible de negocios, es un bien inseparable de la persona del trabajador y debe preservarse de tal forma que mediante normas imperativas se establezcan límites a los contratos sobre actividades de trabajo en las que se comprometían físicamente las

personas que han de prestarlas. Límites tendientes a proteger la vida, la integridad física, la salud y la dignidad del trabajador con una finalidad compensadora, tendiendo a equilibrar la disparidad de fuerzas, existentes entre quienes demandan y ofrecen trabajo, estableciendo contenidos mínimos de los contratos que no sean negociables, así como garantías procesales y administrativas en favor de los trabajadores.

El contrato de compra-venta: Tiene como principal característica la transferencia de propiedad o dominio de lo que se vende según se puede inferir de la definición consagrada en Código Civil que dice: *“Artículo 1849. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”*. En el caso del derecho laboral el objeto o cosa que se va a vender es la fuerza de trabajo la cual no puede ser utilizada por el patrono por la imposibilidad separar la fuerza de trabajo de la persona del trabajador y además la relación de trabajo se establece entre personas libres e iguales lo que imposibilita la transferencia del dominio sobre la fuerza de trabajo.

El contrato de arrendamiento; Es aquel en el cual hay una entrega temporal de un bien, para que alguien disponga de él libremente a cambio de un precio, De acuerdo a lo estipulado en el Art. 1973 del C.C. el cual reza *“El arrendamiento es un contrato en el que las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, y la otra en paga por ese goce, obra o servicio un precio determinado”*, no se ajusta tal definición a la esencia de la relación laboral, ya que la fuerza de trabajo objeto del contrato no puede ser entregada al empleador, para que él disponga libremente de la misma.

El contrato de mandato: Se define por el artículo 2142 del C.C. así: *“El mandato es un contrato en el que una persona confía la gestión de uno o más de sus negocios a otra persona, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el cargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”*. El contrato de gestión implica una autonomía del mandatario en el desarrollo de la labor respecto al tiempo que le dedica. En este contrato se observa una gran diferencia con la relación de trabajo, en razón que uno de los elementos característicos de aquella, es la actividad subordinada, implicando el cumplimiento de un horario específico para el desarrollo de la labor.

Después de varios intentos fallidos por encuadrar la relación de trabajo dentro de los contratos civiles ya establecidos, y ante las condiciones tan especiales de la relación laboral se ve la necesidad de crear una figura específica, nueva y diferente. De esta manera es como se da origen a la figura contractual que enmarca la relación laboral subordinada: El contrato de trabajo.

Esta es una figura de gran importancia en el derecho laboral, porque marca su separación del derecho civil, y el surgimiento del derecho laboral individual; por su importancia, observaremos algunas definiciones del contrato de trabajo.

Para Francisco Ferrari, contrato de trabajo *“es aquél por la cual una persona se obliga a trabajar por cuenta y bajo la dependencia de otra ó estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación, una retribución en dinero”*⁵

Ramírez Gronda, define el contrato de trabajo *“es una convención por la cual una persona (trabajador, empleado, obrero), pone su actividad profesional a disposición de otra persona (empleador) en forma continuada, a cambio de remuneración”*⁶.

Para Guillermo Cabanellas, el contrato de trabajo es *“aquél que tiene por objeto la prestación continuada del servicio privado y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo dependencia o dirección, de la actividad profesional en otra”*⁷.

De las definiciones, podemos resaltar la referencia que hacen a dos de los elementos de la relación de trabajo como son: el salario o la remuneración que recibe el trabajador como cambio a sus servicios, y la subordinación, al encontrarse el trabajador a órdenes de otra persona, o al colocar su actividad profesional a disponibilidad de otro.

Al nacer la figura jurídica del “contrato de trabajo”, se genera una separación del régimen civil; y se extiende más tarde su campo de acción a otros campos jurídicos (mercantil, administrativo, procesal), lo que conllevó el establecimiento de una jurisdicción singular con órganos administrativos y laborales propios.

Sin embargo pese a la protección legal otorgada al trabajo, la vulneración de los derechos laborales, continua presentándose, muy a pesar de haberse elevado a norma Constitucional el derecho al trabajo.

En la actualidad las principales materias de las que se ocupa el Derecho laboral son: el contrato de trabajo y sus distintas modalidades (a tiempo parcial, temporal, de alta dirección, del servicio doméstico); derechos y deberes de los trabajadores por cuenta ajena; remuneración, salarios, pagas extraordinarias; régimen jurídico

⁵ DE FERRARI, Francisco “Derecho del Trabajo”, Buenos Aires (Argentina), editorial Roque Depalma, 2ª edición, 1962. 283 p.

⁶ RAMÍREZ GRONDA, Juan D. “el contrato de Trabajo”. SL, SEd, SP.

⁷ CABANELLAS, Guillermo: “Tratado de Derecho Laboral”, Buenos Aires (Argentina), Ediciones el Grafico, Tomo II, 1949. 356 p.

de los trabajadores autónomos; seguridad e higiene en el trabajo; seguridad social; relaciones laborales; huelga y cierre patronal. Los objetivos fundamentales perseguidos por el Derecho del trabajo responden en esencia a una finalidad tuitiva o de amparo por parte del Estado al trabajador.

En nuestra legislación el Artículo 5 del título Preliminar del Código Sustantivo del Trabajo, encontramos la definición de trabajo como: “*el trabajo que regula este Código, es toda actividad humana libre, material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo*”⁸. Esta definición de trabajo, implantada en la ley 50 de 1990, nos lleva a observar la definición de contrato de trabajo, establecida en el Art. 22 *Ibidem*. “*Contrato de Trabajo es aquél por el cual una persona se obliga a prestar su servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”⁹. En esta definición de contrato de trabajo observamos una alusión directa a los tres elementos de la relación laboral y no a la forma contractual. En los numerales 1 y 2 del Art.23 del Código Sustantivo del Trabajo, se exige la concurrencia de los elementos de: **Actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia y el salario como retribución al servicio**, y la reunión de estos elementos constituye contrato de trabajo y no perderá este carácter por darle otro nombre o agregarle otras condiciones o modalidades.

Hasta aquí observamos que en nuestra legislación laboral se trata indistintamente la relación laboral y el contrato de trabajo, pero como lo veremos a continuación existen diferencias entre los elementos de contrato y la relación laboral; comenzando por referir los elementos de todo contrato así:

El consentimiento: Es la manifestación de la voluntad para contratar, éste debe ser expreso, libre de error o coacción. Pero este sentido que tiene dentro del derecho común cambia notablemente en el derecho laboral, porque la desigualdad económica existente entre el trabajador y el empleador impide la discusión de las condiciones del contrato, ocasionando que quien ostenta el poder económico tenga preestablecidas las condiciones del trabajo; y si a esto le sumamos las condiciones económicas de un país como el nuestro, al trabajador no le queda camino diferente a aceptar el trabajo en cualquier condición generándose una coacción indirecta sobre la voluntad del trabajador.

La capacidad para contratar: El Art. 1502 del C.C. establece que una persona para poder obligarse debe “*ser legalmente capaz*” y se refiere a la capacidad

⁸ Congreso de la República de Colombia, “Código sustantivo del trabajo y de procedimiento laboral”, editorial Leyer, Bogotá (Colombia) 2003. 789 p.

⁹ *Ibidem*

como: “*consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de la otra*”. Legalmente en Colombia una persona es capaz de celebrar actos jurídicos a los dieciocho años de edad, sin embargo en materia laboral, el trabajo efectuado por los menores es válido, siempre y cuando se tenga autorización de los padres o representantes legales o en su defecto se encuentren autorizados por el funcionario competente, y no exista peligro físico o moral en la actividad que desempeña el menor. O sea que la regla general de los contratos no se aplica en materia laboral.

El objeto lícito: El objeto es la actividad (dar, hacer o no hacer) que efectivamente pretende realizarse mediante el contrato en favor de una persona.

En materia laboral éste elemento cuenta, en la medida que la actividad o trabajo que se debe realizar, tenga una ilicitud notoria.

La causa lícita: Es la intencionalidad con la que las partes celebren el contrato, este elemento en materia laboral es irrelevante, excepto que la causalidad adquiera alguna manifestación empírica.

Como notamos, los elementos esenciales del contrato, inherentes también al contrato de trabajo, no se ajustan a los elementos característicos de la relación material o efectiva que el trabajador y el empleador sostienen.

1.1 EVOLUCIÓN HACIA EL CONCEPTO DE RELACIÓN LABORAL.

A pesar de la constitucionalización del derecho del trabajo, éste continua con el lastre contractualista; pero esta teoría entró en crisis, porque los principios filosóficos y los elementos que caracterizan los contratos, no se ajustan a la realidad laboral como se demostró anteriormente, siendo insuficiente esta figura legal para traducir el aspecto fáctico de la relación laboral al aspecto jurídico formal.

Algunos autores opinan al respecto:

Cabanellas dice:

“la relación de trabajo constituye una prestación, mientras el contrato de trabajo es una relación jurídica; entendiéndose por ésta el vínculo ó lazo entre el sujeto activo y el pasivo, en lo que es objeto propio del derecho: por lo cual se entenderá por relación de trabajo el vínculo o lazo entre los dos sujetos patrono y trabajador que participen en la realización efectiva de la prestación de servicio”¹⁰

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral, Tomo II. Buenos Aires (Argentina). Ediciones El Gráfico. 1968. 450 p.

Mario de la Cueva expresa:

“es preciso distinguir entre el contrato, acuerdo de voluntades y la relación laboral, conjunto de condiciones en que efectivamente se presta el servicio; siendo de notar que, para la existencia de esta última, solo es indispensable la voluntad del trabajador y que, consiguientemente, la concurrencia de la voluntad del patrono no es necesaria para la formación de la relación; lo que a su vez trae consigo que lo fundamental sea la relación y no el acuerdo de voluntades, puesto que es aquélla la que determina, en todo caso la aplicación del derecho del trabajo”.

Concluimos, que “*relación laboral*” es un término más amplio que el “*contrato de trabajo*”, que se refiere a la situación real y efectiva en que se encuentra un trabajador frente a otra persona, sea éste persona natural, jurídica de derecho privado o derecho público, receptora o beneficiaria de su trabajo. Relación laboral que puede ser subordinada o independiente.

Apoya nuestra afirmación el autor Jairo Villegas Arbeláez cuando dice: “*Ubicar y diferenciar la existencia de la relación laboral, bajo otras formas en que el trabajo se puede confundir o simular, ha sido preocupación jurídica hoy con mayor trascendencia ante el creciente fenómeno de la **Deslaborización del Trabajo***”.¹¹

El término relación de trabajo subordinada cobra validez jurídica en Colombia, bajo la Constitución de 1991, no sólo por el cambio que produjo la constitucionalización del derecho del trabajo en su Artículo 25 sino además, por que en él se protege a todas las modalidades laborales, ya sea trabajo subordinado o dependiente y trabajo independiente en el sector público y en el sector privado; y refuerza esta protección al establecer dentro de los principios mínimos fundamentales del trabajo en el Artículo 53 de la Constitución Nacional **la primacía de la realidad sobre las formalidades**.

1.1.1 Elementos de la relación laboral. Precisar el término relación laboral subordinada, sólo es posible a través de sus elementos esenciales, los cuales son independientes del vínculo contractual o legal al que esté sujeto el trabajador. Estos elementos son:

- **Actividad Personal:** Obligación irrenunciable que el trabajador asume frente al empleador para utilizar su propia fuerza de trabajo en el desarrollo de las funciones que el empleador le asigne.

¹¹ VILLEGAS ARBELAEZ, Carlos. Derecho Administrativo Laboral, Tomo I, Segunda edición. Editorial Rodríguez Quito Editores. Bogotá Colombia. 1995. pág. 114.

- **Salario, sueldo o asignación:** es la retribución económica que el trabajador recibe como contraprestación de sus servicios.
- **Subordinación:** Es la facultad que la ley laboral le otorga al empleador para que dentro de una relación laboral, éste exija al trabajador el cumplimiento de reglamentos, políticas y órdenes.

En la actualidad, el elemento subordinación, muy distintivo de la relación laboral dependiente, ha entrado en crisis y ha empezado a ser estudiado por parte de la doctrina que lo encuentra en varias modalidades de trabajo en las cuales no es observable en forma clara. Esto trae como consecuencia que se está flexibilizando el derecho del trabajo. Es así como encontramos conceptos como el de Fernández Brignoni quien dice:

*“El criterio de la subordinación jurídica no resuelve un importante número de situaciones donde falta o no se percibe claramente la dependencia jurídica, pero si la dependencia de tipo económico, idéntica a la que originó el surgimiento del derecho al trabajo, y posteriormente la elaboración de la subordinación como concepto jurídico.... por ello la doctrina ha identificado estas situaciones con el nombre de trabajadores para - subordinados. Se trata del trabajo prestado para otro en forma predominantemente personal, continuada y coordinada y con cierta autonomía e independencia jurídica”.*¹²

Otro concepto en el mismo sentido es el referido por Galiana Moreno:

*“Las exigencias de flexibilización laboral apuntan a una diversificación de las relaciones laborales y a un intento de disolución del contrato de trabajo en esa relación de empleo de perfiles borrosos en las que se quieren encuadrar las diferentes formas de trabajo atípico o las derivadas de nuevas y complejas organizaciones productivas, no sólo de Parasubordinación, sino incluso de pseudocontratos de trabajo y pseudoempresarios”.*¹³

Aparece entonces una figura denominada la coordinación dentro de la relación contractual que suprime el elemento subordinación ya que dentro de ésta el trabajador tiene cierta autonomía o en acuerdo con el empleador establece la modalidad, lugar y tiempo de cumplimiento para la realización de la actividad, sin que esto implique que se siga conservando la dependencia económica y la realización de la labor en forma personal.

En Colombia, el Consejo de Estado a nivel jurisprudencial ha sentado su posición avalando la existencia de la coordinación dentro de la relación contractual que

¹² FERNÁNDEZ, BRIGNONI, H., Las empresas unipersonales en la perspectiva laboral, en Rev. Derecho Laboral No. 184, Montevideo 1996. SP.

¹³ GALIANA MORENO, J.M. Crisis del Contrato de Trabajo, en Revista de Derecho Social No. 2. Albacete (España) 1998. SP.

suprime el elemento subordinación y por consiguiente no reconoce la existencia de una relación laboral.¹⁴

1.1.2 Definición Jurídica de la relación laboral dependiente. Después de identificar los elementos esenciales de la relación laboral podemos decir, que la relación de trabajo dependiente es aquella en la cual, una persona trabaja para un empleador, bajo sus órdenes y lineamientos a cambio de una retribución económica. Es así como con la conjunción de los elementos ya mencionados nos encontramos ante una relación laboral subordinada, independientemente de la denominación contractual que las partes le hayan otorgado.

1.2 RELACIÓN LABORAL SUBORDINADA EN EL SECTOR PUBLICO.

Para hablar de la relación laboral existente entre los docentes y la Administración Pública, tenemos que hacer claridad sobre todas y cada una de las clases de trabajadores que pueden estar vinculados al Estado.

En primer término encontramos que el Artículo 123 de la Constitución Nacional define quiénes son “servidores públicos” y en el Artículo 125 de la misma, se los enumera como sigue:

1.2.1 Servidores Públicos de Elección Popular. Son los miembros de corporaciones públicas que por el principio de la democracia, se permite que elijan a los ciudadanos.

1.2.2 Empleados públicos. A su vez se clasifican en:

- **De libre nombramiento y remoción:** son empleados públicos que no gozan de una garantía de estabilidad debido a que éstos son cargos que están para apoyar una idea de gobierno. El Consejo de Estado ha dicho que el “libre nombramiento y remoción” no es una arbitrariedad sino discrecionalidad ya que se puede cambiar a una persona que respaldaba una propuesta de gobierno anterior por alguien que respalde la nueva propuesta.

Por la ley se definen los cargos en los que se puede vincular personal mediante libre nombramiento y remoción.

- **De carrera Administrativa:** La definición de carrera administrativa la encontramos en la Ley 909 de 2004 cuando dice:

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia de Febrero 19 de 2004, Expediente 0099 – 03 C.P Alejandro Ordóñez Maldonado.

“Artículo 27. Definición. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”¹⁵

Podemos colegir de esta definición que un empleado vinculado al Estado mediante este tipo de contratación es quien desempeña un trabajo técnico y especializado que no se ve afectado por el cambio de política gubernamental y por consiguiente tiene la posibilidad de gozar de estabilidad laboral, capacitarse y ascender.

1.2.3 Trabajadores Oficiales. En el orden nacional y territorial son los que por regla general se encuentran vinculados a empresas Industriales y Comerciales del Estado, desempeñando cargos operativos y por excepción, son trabajadores oficiales quienes desempeñan labores de construcción y sostenimiento de obras públicas vinculados a establecimientos públicos. También es posible encontrar trabajadores oficiales en sociedades de económica mixta y empresas de servicios públicos, dependiendo del capital público aportado en dichas entidades.

Estos trabajadores se vinculan mediante contrato de trabajo y el régimen laboral aplicable es la ley 6 de 1945, el decreto 2127 de 1945 y demás normas reglamentarias.

Los educadores al servicio del Estado son EMPLEADOS PÚBLICOS vinculados en la actualidad mediante formas diversas como:

- Docentes de carrera administrativa.
- Docentes hora cátedra.
- Docentes ocasionales.
- Docentes en provisionalidad.
- Docentes contratistas (C.A.P.S.)

Por su condición de trabajadores, gozan de los principios mínimos laborales consagrados en la Constitución Nacional.

Con detenimiento, se analiza enseguida el régimen laboral de los docentes:

1.3 RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DE LOS DOCENTES

1.3.1 Régimen Constitucional. A partir de la Constitución de 1991, se marca una nueva etapa en la forma de valorar el trabajo como actividad humana; así se

¹⁵ Congreso de la República de Colombia, Ley 909 de 2004. Momo Ediciones. 2003.

expresa en un fragmento de la Revista Actualidad Laboral: *“En la nueva Constitución se percibe, ya desde el primer artículo, **una nueva actitud frente al trabajo**, pues de entrada éste quedó instituido como uno de los pilares del Estado Social colombiano”*¹⁶

El Artículo 1 de la C.N. preceptúa:

“Artículo 1. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”

El Estado Social de Derecho, respetuoso de la dignidad humana comprende y asimila el trabajo como una actividad inherente al hombre y a la humanidad, lo desliga de una valoración como simple mercancía y lo ubica dentro de una categoría esencial, como derecho fundamental, a la altura de los derechos de la dignidad humana y la vida.

Existen en la Constitución Nacional otros artículos que garantizan la actividad laboral de todos los habitantes del territorio nacional como son:

ARTICULO 25. “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.”

En tanto el artículo 53 ibídem, establece los derechos fundamentales mínimos de los trabajadores cuando preceptúa:

“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.

¹⁶ “Los principios del Derecho Laboral en la Nueva Constitución” en Revista Actualidad Laboral, Legis No. 48 p.12.

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.”

Estos principios se aplican a los trabajadores, indistintamente, en razón de la relación laboral sin importar cuál sea el vínculo contractual, ya sea mediante contrato de trabajo o vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos. Al respecto ha dicho la Honorable Corte Constitucional:

“La función pública y los principios laborales. La prevalencia de estos principios debe, así mismo, mantenerse en toda relación laboral, incluso en la que surge entre la Administración y sus servidores. Esto debe ser así, por cuanto la administración como una de las mayores fuentes de empleo no puede desconocer el valor del trabajo, así como la prevalencia de los principios enunciados en el Artículo 53 de la Constitución Nacional. (....).

Sólo la aplicación de estos principios permite que el derecho al trabajo pueda desarrollarse y garantizarse efectivamente..... Estos principios hacen parte de la relevancia que dentro del Estado Social de Derecho se le ha dado al trabajo.

...No le es lícito en ningún caso al patrono, ya sea un particular o la misma administración, el desconocimiento de los principios mínimos fundamentales establecidos por el Artículo 53 de la Constitución Nacional, por ser estos complementos indispensable del Artículo 25 de la Carta”¹⁷

A los educadores por ser empleados públicos y estar dentro del desarrollo de una función pública, se les aplica también otras preceptivas constitucionales como son:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente ...

(...) antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público...”

ARTICULO 123. “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-457 de Julio 14 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

Igualmente, mediante norma constitucional se hace referencia al régimen disciplinario aplicable a los Educadores en su calidad de Empleados Públicos a través del artículo 124 que dice. *“La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.*

Por su parte, en el artículo 125 se consagra.

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Parágrafo. (Adicionado por el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 45237 de julio 3 de 2003). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”.

También el artículo 209 es útil para la reflexión de este capítulo así:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

En los anteriores artículos se encuentra reglamentado el acceso a la Administración pública. Y se constituye un marco general dentro del cual los funcionarios de la administración deben actuar en todos los eventos donde se

presente la necesidad de vincular personal al servicio del Estado. Y así lo interpreta la Corte Constitucional cuando en sentencia C-793 de 2002 refiere:

“La fijación de los requisitos mínimos para los empleos tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las funciones públicas y la consecución de los fines esenciales del Estado (C.P., arts. 1, 2, 125 y 209). Por tal razón, el desempeño de los empleos públicos, sea por nombramiento o por elección, exige el cumplimiento de los requisitos y calidades exigidas por la Constitución y la ley, como mecanismo de protección del interés general y del derecho a la igualdad de oportunidades”¹⁸

Una vez analizados los preceptos constitucionales referentes al trabajo, y para adentrarnos en el tema de estudio de este trabajo, debemos profundizar en la forma como el legislador regula el trabajo de los docentes del magisterio.

1.3.2 Régimen Legal Laboral.

Ley 115 de 1994: Constituye la ley Marco de la Educación, su espíritu se encamina a definir, organizar y desarrollar la prestación del servicio formal de educación en los niveles preescolar, básica y media en todos sus aspectos; entre ellos el del manejo de personal. Es así como encontramos en el Título VI, Artículos 105 al 137, reglamentados aspectos como la vinculación al servicio educativo estatal, novedades de personal (nombramientos, traslados, y permutas), nombramientos ilegales, excepciones para ejercer la docencia, escalafón docente, los directivos docentes, entre otros aspectos.

Con posterioridad y en desarrollo de la Ley de Educación, se expiden otras normas como el decreto No. 0707 de 1996 donde se estimula a los docentes que prestan sus servicios en zonas difíciles, y el decreto 2272 de septiembre 1997 (Estatuto Docente).

Ley 715 de 2001. Con respecto al manejo de personal encontramos que la Ley 715 de 2001 define en el Artículo 5 numeral 5.7 como competencia de la nación la reglamentación de los concursos que rigen la carrera docente; así mismo el numeral 5.18 del mismo Artículo 5 faculta a los gobernadores y alcaldes para reestructurar la planta de personal docente. Encontramos además reglamentación sobre: los concursos (arts. 5.7; 6.2 y 7.3), regulación de cargos (art. 5.18); distribución de docentes (arts. 6.2.10; 6.2.11 y 7.4), traslados de docentes (arts. 8.2 y 40.3), los permisos (art. 10.7), selección de personal (art. 10.8), evaluación del desempeño (art. 10.10; 6.2.6 y 6.2.15), sanciones disciplinarias (art. 10.11), regular los ascensos en el escalafón (art. 7.15, 21 y 24), pagos (art. 15.1), transferencia de recursos (art. 17), traslados (art. 22), contratación (art. 23), regulación de estímulos (art. 24), bonificación para retiros voluntarios (art. 26),

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-793 de Septiembre 24 de 2002. Magistrado Ponente Jaime Cordoba Triviño.

incorporación a las plantas (artículos 34 y 38), establecimiento de un nuevo régimen de carrera (artículo 111.2).

El antes mencionado artículo 5 y los numerales 5.7 y 5.18 fueron objeto de análisis constitucional y fueron declarados exequibles mediante sentencia C-618 del 8 de Agosto de 2002, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinoza.

Se han promulgado decretos reglamentarios de la Ley 715 de 2001 que tienen referencia al tema del manejo del personal de educadores como son: el decreto 1850 de 2002 referente a la jornada laboral de los educadores, decreto 3020 por el cual se establecen criterios y procedimientos para la organización de la planta de personal docente y administrativo del servicio educativo estatal, decreto 1278 de 2002 (Estatuto de Profesionalización Docente), en el cual encontramos que en el Capítulo II Art. 7 y siguientes establece los requisitos y procedimientos para ingresar al servicio educativo estatal y la forma de contratación sobresaliendo como principales:

- *Concurso para ingreso al servicio educativo estatal.* Consagrado en el Artículo 8 del decreto 1278 de 2002.

- *Etapas del concurso para ingresar al servicio educativo estatal.* Lo encontramos en el Artículo 9 del decreto 1278 de 2002 donde brinda los lineamientos para el procedimiento que se debe llevar a cabo en la realización del concurso.

- *Provisión de cargos.* En el Artículo 11 del Estatuto de Profesionalización Docente se establece el mecanismo para cubrir las vacantes que se presenten y se refiere al nombramiento de quienes integren la lista de elegibles que se constituyó mediante concurso.

- *Nombramientos provisionales.* (artículo 13) Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en casos especiales consagrados en tal decreto.

- Carrera docente.

“La carrera docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector estatal. Se basa en el carácter profesional de los educadores; depende de la idoneidad en el desempeño de su gestión y de las competencias demostradas; garantiza la igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos para el efecto; y considera el mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el Escalafón”.

Todo el contenido de estas normas respecto al manejo de personal nos indica claramente que la voluntad del legislador es lograr que los educadores al servicio

del Estado gocen de las prerrogativas establecidas en la ley como es la estabilidad, prestaciones sociales, oportunidades de ascensos y remuneración acorde a la importancia de sus cargos, entre otras. Pero sobre todo, la normatividad deja muy en claro cuál es el procedimiento para el ingreso al servicio educativo estatal en calidad de docente, tratando de evitar que exista un manejo inadecuado y que pueda ser utilizado para intereses particulares y con fines electorales (prácticas clientelistas).

2. CONTRATACIÓN ESTATAL

Constituye uno de los más importantes mecanismos de que dispone la Administración Pública para lograr los objetivos estatales como es el de trabajar por el interés general dentro del ámbito de la inversión pública enmarcada dentro de unos principios de unidad, agilización, eficacia, moralidad, igualdad, debido proceso, publicidad, buena fe, economía, celeridad e imparcialidad.

2.1 RÉGIMEN JURIDICO

2.1.1 Régimen Constitucional. Con la Constitución de 1991 se da un vuelco a la concepción del Estado y por ende a la actividad administrativa porque en ella se consagran nuevos principios rectores de la Administración Pública, los cuales los encontramos inmersos dentro del articulado de la carta fundamental, tal y como observamos seguidamente:

En primer lugar la Constitución Nacional es enfática en declarar en su artículo segundo que el Estado es el responsable de la garantía de los principios que la misma consagra en todas las materias y en especial en la contratación administrativa; de igual manera, facilita la participación de todas las personas en las decisiones administrativas que afectan la nación.

Por otra parte, se preceptúa la responsabilidad de los servidores públicos por infracción de la Constitución y la Ley y por omisión en el ejercicio de sus funciones, establecida en el artículo 6 constitucional.

En materia de contratación administrativa es aplicable el artículo 13 de la Constitución por cuanto las personas nacen libres "...e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...". Esto significa que dentro de las relaciones contractuales que celebre el Estado éste deberá ceñirse estrictamente a la ley y de esta manera evitar favorecer indebidamente cualquier interés particular.

El debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política, es un derecho que se contempla como base fundamental del derecho procesal universal, y en concordancia con los artículos 31 y 33 de la carta, impone al Estado la obligación, de que por medio de sus autoridades, adelante y decida los procesos y actuaciones, administrativas y judiciales.

A nivel contractual se consagra también el principio de publicidad en el artículo 74, el cual obliga a las entidades que cumplan función pública a dar a conocer las actuaciones administrativas y la documentación correspondiente a cualquier persona que lo solicite. Este principio no sólo se refiere a la información que se solicite, en las diferentes etapas contractuales, sobre el desarrollo del proceso de contratación, sino además, a las comunicaciones, notificaciones y publicaciones respecto a las decisiones que se adopten de la contratación.

El principio de buena fe: Consagrado en el artículo 83 C.N. es importante identificarlo, pues tal como lo afirman los autores de “El Nuevo Estatuto de Contratación”, este principio:

*“Constituido por dos elementos integrantes a saber: El primero lo constituye el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe, es decir, que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones, como los agentes estatales en el ejercicio de sus funciones deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad, moralidad y sinceridad que conforman el principio. El segundo es la presunción de que los particulares en sus relaciones con el poder público obran de buena fe”.*¹⁹

Así mismo, el artículo 209 de nuestra carta introdujo, varios principios de la función administrativa, aplicables también a la contratación, ellos son:

Principio de Moralidad: es la exigencia de que en las actuaciones administrativas y en la contratación, las partes obren con lealtad, rectitud y buena fe.

Principio de Eficacia: con este principio se pretende que los procedimientos administrativos cumplan con los objetivos para los cuales se utilizan.

Principio de Economía: la aplicación de este principio, significa un ahorro económico, ya que los procedimientos administrativos, deben realizarse con el menor costo posible para el Estado, los administrados e interesados, igualmente busca un ahorro en el tiempo en que desarrollan dichos procedimientos.

Principio de Celeridad: Según este principio, los funcionarios públicos encargados de la contratación deben cumplir estrictamente con los términos señalados por la ley para tal efecto.

Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas deben garantizar con sus actuaciones la igualdad y el respeto a los derechos de todos los ciudadanos que se presenten como aspirantes a contratar con el Estado sin tomar partido y

¹⁹ HORMIGA C. Maria Cristina, MOSQUERA U. Carlos Ignacio, LUNA URREA, Antonio. NUEVO ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL, Edición Doctrina y Ley, Bogotá D.C. 1996. p.16.

declarándose impedidos cuando se presente alguna causalidad establecida en la ley.

2.1.2 Régimen Legal. El Régimen Legal de la Contratación Administrativa lo constituye el ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL, o Ley 80 de 1993. Algunas características de esta Ley son:

- La Ley 80 de 1993 es una ley – código, de carácter general al respecto el autor Jairo Enriquez Solano, conceptúa:

“Y compartimos el calificativo de ley-código porque, ciertamente, la ley 80 implantaría los principios y reglas de aplicación general en materia contractual, y por ello su carácter de ESTATUTO GENERAL, en las que el Ejecutivo no podía legislar (C.N., Artículo 150, num. 10, inciso final) y de innegable rango superior normativo a las leyes ordinarias porque no puede ser reformada por iniciativa del gobierno (ibídem Art. 154 inciso 2). También está claro que no podía expedirse como ley orgánica ni estatutaria”²⁰

- La Ley 80 de 1993 no es un Estatuto Unificador sino una norma rectora que no impide la expedición de otra normatividad sobre contratación.

- A pesar de ser una norma general, se aplica de manera subsidiaria, es decir que se prefiere una ley especial y en caso de vacío normativo se aplica el procedimiento de contratación general. Las normas de esta ley son de orden público, su aplicación obligatoria y forzosa, no permite que se puedan renunciar ni conciliar.

La función administrativa y la función pública están reguladas por unos principios de rango constitucional, pero además de aquellos, existen dentro de la Contratación Administrativa unos principios propios de ella y concordantes con los constitucionales, contenidos en la Ley 80 de 1993. Estos principios son:

Principio de Transparencia: (artículo 24 Ley 80 de 1993). A través de la aplicación de este principio se busca que la contratación administrativa sea absolutamente nítida, que no hayan aspectos que la ensombrezcan o que sean generadores de duda.

La contratación administrativa debe realizarse de manera pública e imparcial observando el respeto por otros principios relacionados con ésta; como son los siguientes: la imparcialidad, la moralidad, la buena fe, el debido proceso, la publicidad y la selección objetiva del contratista.

²⁰ SOLANO, Jairo Enrique, Contratación Administrativa, Editorial LINOTIPIA BOLIVAR Y CIA S. En C. Bogotá D.C. (Colombia), 1997 p. 11.

Para aplicar estos conceptos básicos dentro del proceso de contratación administrativa se estipulan unas etapas donde se definen los requisitos exigidos, los pliegos de condiciones, las licitaciones o concursos públicos, la publicación y los recursos que pueden ejercer los interesados para controvertir las decisiones administrativas.

Principio de Responsabilidad: contenido en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, propende por la unificación de la responsabilidad del estado, los servidores públicos y los particulares contratistas de manera que sea clara la titularidad de la responsabilidad y la manera de hacerla efectiva.

La aplicación de este principio dentro de la contratación administrativa permite establecer tres tipos de responsabilidad referidas concretamente a cada uno de los actores de la contratación así: Responsabilidad objetiva (del Estado); responsabilidad disciplinaria, civil y penal (de los servidores públicos) y también de los particulares contratantes con el Estado.

Principio de Economía: A falta de la definición de este principio en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, encontramos una referencia doctrinaria sobre este principio así:

“Este principio debe mirarse desde el punto de vista procedimental como financiero, es decir, con el ahorro de tiempo y recursos. Mediante el mismo se busca imprimir agilidad a la contratación pública para subsanar deficiencias que se presentan en el proceso de selección y suprimir trámites innecesarios y dilatorios.

*El principio de economía, dada su importancia no puede mirarse en forma aislada sino en estrecha relación con los principios de eficacia, celeridad y eficiencia a cargo de las autoridades estatales que cumplen funciones contractuales”.*²¹

Principio de la Ecuación Contractual: Contemplado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Pretende que en los contratos estatales se mantenga la igualdad financiera inicial del contrato y la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer (en licitaciones públicas o concursos de méritos) o de contratar (en contratación directa). Si la igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, la aplicación de este principio permite el restablecimiento de dicho equilibrio.

El quebrantamiento de cualquiera de estos principios, tiene una incidencia muy negativa para cada una de las partes intervinientes dentro del proceso contratación, ya que el Estado sufre menoscabo dentro de su función de garante de este proceso.

²¹ HORMIGA C. Maria Cristina, MOSQUERA U. Carlos Ignacio, LUNA URREA, Antonio. NUEVO ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL, Edición Doctrina y Ley, Bogotá D.C. 1996. p.26.

El servidor público como ejecutor de la contratación por su función y responsable por principio ante el poder judicial, si se aparta de la aplicación de estos principios está expuesto a sufrir sanciones consagradas en la misma legislación en el campo disciplinario, civil y penal.

2.1.2.1 Clases de Contratos en la Ley 80 de 1993. Los contratos estatales son actos jurídicos, celebrados por las entidades del estado y los particulares, que generan obligaciones; previstos en el derecho privado y en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como también los que se definen enunciativamente en el Artículo 32 de ley 80 de 1993.

En la Ley 80 de 1993, encontramos:

- **Contrato de Obra:** descrito en el artículo 32 numeral 1 de la Ley 80 de 1993. El contrato de obra es el que se celebra en las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.
- **Contrato de consultoría:** se encuentra regulado en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consiste en el contrato que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.
- **Contrato de concesión:** lo encontramos en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, definido como el que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.
- **Encargo fiduciario y fiducia pública:** se describe en el numeral 5 del artículo 32 Ley 80 de 1993, según el cual, son contratos con entidades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria que tienen por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren.

- **Contrato de Prestación de Servicios.** en el artículo 32 numeral 3 lo define como aquel que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las mismas. Estos contratos tienen una aplicación restringida para celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

La principal característica de este tipo de contrato es que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

3. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El contrato de prestación de servicios, como se indicó en el capítulo anterior, es un contrato de carácter administrativo, que nació a la vida jurídica en la década de los 60. El referente histórico más cercano a la época de la creación de esta figura jurídica lo encontramos en el decreto ley 2400 de 1968, “por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.” En el artículo 2, incisos tercero y cuarto, se establece una limitante para la contratación mediante la aplicación de Ordenes de Prestación de Servicios (O.P.S), en el sentido de que no es aplicable a funciones permanentes, la norma dice *“Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearan empleos correspondientes y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de las funciones”*.

En 1976, mediante el decreto 150 de ese año en su artículo 138, se adoptó la definición de Contrato de Prestación de Servicios así:

“Para los efectos del presente decreto, se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades desarrolladas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas”.

En 1983 se expide el decreto 222 Estatuto de Contratación Pública, el cual dedica el capítulo 11 al Contrato de Prestación de Servicios, el cual es definido en el Artículo 163 de la siguiente manera:

“Para los efectos de este estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con persona natural o jurídica para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios, o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta.

No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas,...

Se entiende por Función Administrativa aquellas que sean similares, a las que estén asignadas en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante”

Esta definición nos lleva a deducir que el objeto para el cual se utiliza un contrato de prestación de servicios debe ser una actividad que no se pueda cumplir con la planta de personal de carácter permanente, debe ser una actividad de duración limitada. Mediante este contrato no se puede desempeñar funciones administrativas ya que estas se encuentran normatizadas y asignan competencias a los funcionarios, mientras que la relación contractual no crea competencia, ni somete la actividad del contratante a reglamento o manuales de funciones.

En el artículo 164 *ibídem* enuncia la clase de contratos de prestación de servicios que en la administración pública se pueden celebrar. Como son: Los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, edición, publicidad, sistemas de información, procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria e instalaciones de equipos y similares.

En el artículo 167 *ibídem* se establece la remuneración para personas naturales: *“las personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, solo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. en ningún caso podrán pactarse el pago de prestaciones sociales”*.

El artículo 168 del decreto 222 de 1983 dice: *“Para los efectos del presente estatuto, no se consideran contratos de prestación de servicio, los de trabajo”*

A pesar de que en esa época aún no tenía trascendencia constitucional y legal la relación laboral subordinada, y el artículo 167 excluye de la contratación mediante contrato de prestación de servicios las prestaciones sociales; el artículo 168 hace mayor claridad de la diferencia entre esta figura y el contrato de trabajo.

En esta legislación se observan dos aspectos importantes en el trato especial que el legislador le ha querido dar a esta figura cuando se trata de contratar mediante ella a personas naturales. En primer lugar se observa una restricción a la utilización de esta figura cuando prohíbe su utilización para el desempeño de la Función Administrativa, entendida ésta como las funciones creadas en los cargos y desempeñadas por el personal de planta y en segundo lugar cuando al enunciar las posibilidades de utilización de esta figura se refiere a actividades netamente temporales y para eventos específicos.

Con posterioridad la ley 80 de 1993, deroga el decreto 222 de 1983 y se convierte en el nuevo estatuto de contratación de la administración pública.

Esta nueva ley aborda la reglamentación del contrato de prestación de servicios a través del artículo 32 numeral 3 según el cual:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades

a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

... 3o. 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.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".²² <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**>

Por considerar que la desnaturalización en la aplicación de la ley no provoca la inexecuibilidad de la misma sino que genera una responsabilidad particular de quien incurre en su mala aplicación, la Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, declaró la exequibilidad de los apartes subrayados con la salvedad que "(...) se acredite la existencia de una relación laboral subordinada"²³

Existen algunas diferencias entre el tratamiento dado por el antiguo decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993 al contrato de prestación de servicios. Ellas se sintetizan así:

◆ En el decreto 2400 de 1968 y el 222 de 1983, el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado para el desempeño de Funciones Administrativas, mientras que la Ley 80 de 1993 habilita esta modalidad de contratación dentro de la función administrativa.

◆ Encontramos en cuanto a la temporalidad un análisis de Jairo Villegas Arbeláez que dice:

*"Adviértase que la Ley reguladora del contrato administrativo de prestación de servicios, no dispone por vía exceptiva su temporalidad, a más de que tampoco restringe los eventos y circunstancias para su procedencia como existía para los precisos casos "asesorías, representación judicial, rendición de conceptos", entre otras (D 222 del 83 artículo 164), lo que significa que por este aspecto tampoco se puede derivar su temporalidad"*²⁴

²² Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 1993. Momo ediciones 2000.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-154 del 19 de Marzo de 1997. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

²⁴ VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral, Editorial Rodríguez Quito, segunda Edición, Tomo I, Santa fe de Bogotá (Colombia), 1995. p.126.

♦ La Ley 80 de 1993, crea la posibilidad de utilizar intermediarios en la contratación de mano de obra especializada ya que permite contratar con personas jurídicas aún cuando haya personal de planta capacitado para desempeñar las funciones de un ente administrativo.

Cuando la Ley 80 de 1993, se limita a definir la figura de los contratos de prestación de servicios, permite al funcionario encargado de la contratación una interpretación adecuada a sus conveniencias, dejando como consecuencia la desnaturalización de esta figura contractual y su aplicación indebida.

Está práctica es extendida a todos los sectores de la administración pública como lo señala el tratadista Jairo Villegas Arbeláez:

“La realidad es la que por vía del Contrato Administrativo de Prestación de Servicios, hoy el 25% aproximadamente y en promedio, de las personas que laboran en la función pública, en ejercicio de funciones administrativas, de carácter permanente, asignadas a uno o varios empleos, y que se desempeñan por empleados públicos son prestadas también, en forma simultánea o sustitutiva, a través de contratos de prestación de servicios, signados por su simulación, fraude y abuso del derecho, sancionables penalmente e inaplicables desde el punto de vista laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades”²⁵

3.1 APLICACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL MAGISTERIO.

El fenómeno de la utilización de las O.P.S. dentro del magisterio, ha sido una constante desde la creación de esta figura en tiempos pasados (decreto 2400 de 1968), sin embargo podemos resaltar tres fenómenos importantes donde se observa que se acentuó la utilización de este tipo de contratación.

El primero, son las variadas y sucesivas disposiciones legales que prohibían crear con cargo a la Nación nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, bastaría citar la contenida en el parágrafo 2o del artículo 54 de la ley 24 de 1988, subrogada por el artículo 9 de la ley 29 de 1989, por lo cual los departamentos y los municipios iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados "docentes temporales", ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de persona.

El segundo, es la expedición de la Ley 60 de 1993, porque al trasladar la competencia de la nación a los departamentos y municipios del manejo de las plantas de personal en el sector educativo, en el artículo 6 parágrafo 1 estableció:

“PARÁGRAFO 1o. Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los

²⁵ VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Obra citada p.127.

requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios, previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de los docentes temporales será gradual, pero deberá efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que será proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la presente ley”.

El espíritu de la ley era ignorar el mandato constitucional del artículo 125 de la Constitución Nacional, referente a que todo cargo dentro de la Administración Pública por regla general será de carrera, ingreso que debe hacerse mediante concurso abierto.

Esta falencia se trató de corregir mediante sentencia C-555-94 a través de la cual se declaró inexecutable el Parágrafo 1º del artículo 6 de la ley 60 de 1993.

La declaratoria de inexecutable del parágrafo 1 del artículo 6 de la ley 60 de 1993, no cambia el sentido de la ley el cual se sigue observando porque el artículo 6, sólo habla de los requisitos para acceder al servicio educativo refiriéndose a las condiciones académicas de los aspirantes.

Mas adelante en el artículo 16 de esta Ley, en el literal b numeral 3, dispone que: *“3o. La planta de personal a cargo de los recursos propios de los municipios no podrá ampliarse sin la asignación presupuestal correspondiente que asegure la financiación para la vigencia fiscal corriente y para las vigencias fiscales futuras de los costos administrativos salariales y prestacionales que ello implique”.* De donde es posible interpretar que el municipio con sus propios recursos puede adoptar plantas de personal de docentes para una vigencia fiscal corriente, en cuyo caso, únicamente es posible realizar una vinculación a través de contratos de prestación de servicios, práctica que efectivamente se ha realizado en este sector.

El tercero, es partir del año 1998, donde se inicia una serie de reformas al sistema educativo colombiano a través de diferentes leyes, decretos y actos legislativos que hacen presumir, según el criterio de algunos autores, la existencia de una contrarreforma a la educación, en muchos aspectos, entre los cuales encontramos la variación en el régimen laboral de los educadores donde se busca la flexibilización laboral, retomando principios propios del sector privado, para lograr en el fondo una disminución en la carga prestacional por parte del Estado y el manejo de las plantas de personal con mayor discrecionalidad por parte del nominador.

La utilización del contrato administrativo de prestación de servicios u ordenes de prestación de servicios dentro del Magisterio, tiene unas características y unas consecuencias propias que cabe resaltarlas así:

♦ Se aplica en toda la extensión en que lo permite la Ley 80 de 1993, es decir, se utiliza para desarrollar actividades propias de la administración o funcionamiento de la entidad. Esta situación es muy clara ya que la labor de un docente dentro de una institución educativa, en ningún caso puede ser vista como una labor apartada del objeto de la entidad.

♦ La ley 80 de 1993, reguladora del contrato de prestación de servicios, no limita su aplicación para eventos puramente temporales de manera expresa ni tampoco limita las actividades que se pueden desarrollar mediante este tipo de contratación que constituiría otra manera de colocar una limitante temporal a su utilización, por consiguiente, puede utilizarse este tipo de contratación indefinidamente y esa ha sido una de las principales características de este fenómeno, pues encontramos en la actualidad, personal docente vinculado desde hace décadas mediante contrato de prestación de servicios.

♦ Dentro de la planta de educadores del Municipio de Pasto, cerca del 25% han sido vinculados mediante Ordenes de Prestación de Servicios y así han permanecido por muchos años.²⁶

♦ El contrato de prestación de servicios suscrito entre el docente y el Estado presenta las tres características de la Relación Laboral:

- **Prestación personal del servicio:** El docente contratado no puede delegar o subcontratar a otra persona para que cumpla sus labores docentes en razón a que su vinculación obedece a condiciones profesionales particulares.

- **Continuada subordinación laboral:**

“Un docente contratado bajo la modalidad de O.P.S., no es una rueda suelta dentro del engranaje del sistema educativo; por el contrario, es una pieza fundamental del mismo. Su servicio lo presta en un centro educativo donde debe someterse a todos los reglamentos pedagógicos y administrativos, bajo la subordinación de las autoridades educativas y directivos docentes”²⁷

- **Remuneración:** *“Como contraprestación del servicio, todo docente vinculado por la modalidad O.P.S., recibe por su trabajo una retribución económica que está en consonancia con la asignación básica fijada anualmente por el gobierno nacional, para cada grado del escalafón nacional docente.”²⁸*

²⁶ Informe suministrado por JOSE FELIX SOLARTE, Delegado para asuntos jurídicos, Sindicato del Magisterio de Nariño –SIMANA -.

²⁷ ORTIZ VELA, José Eduardo, QUISPE FUERTES, Carlos Humberto y CORDOBA BURGOS GERMAN, Maestro Legal, Ed. Empresa Ciudadana, Primera Edición 2003, p. 191.

²⁸ *Ibidem.*

♦ Como las funciones que desempeñan los empleados públicos educadores, contratados mediante contratos de prestación de servicios, son iguales con respecto a quienes se encuentran nombrados en propiedad y de manera reglamentaria en el sector educativo, la aplicación de este contrato sin lugar a dudas se caracteriza por la simulación, fraude y abuso del derecho, violatorio del principio de la primacía de la realidad jurídica sobre las formalidades y desconocedor del derecho laboral.

♦ La forma de contratación mediante órdenes de prestación de servicios restringe la posibilidad de asociación de los trabajadores con lo cual se ha convertido en una herramienta para atentar contra el artículo 56 de la Constitución Nacional, ya que con ello se debilita la organización sindical y contribuye efectivamente a la deslaborización del trabajo.

De acuerdo a las características y consecuencias que hemos descrito, la mala utilización de este tipo de contratación dentro del Magisterio está viciado por factores antijurídicos como es el desconocimiento de los principios constitucionales (asociación, primacía de la realidad) y desviación del poder. Pasaron muchos años sin que se tomara medida alguna para evitar tal situación, razón por la cual cabe entonces preguntarnos: ¿Por qué se tolera este fenómeno dentro de la Administración Pública?. ¿Quién es el llamado a tomar acciones tendientes a castigar este tipo de actitudes dentro de los servidores públicos nominadores?.

Pensamos que la respuesta es, sin lugar a dudas, que los factores que impiden que se luche contra este abuso son por una parte la falta de acciones de denuncia en contra de los funcionarios encargados de la contratación, por parte de los educadores vinculados bajo esta modalidad, maniatados por la necesidad del trabajo y sometidos a este manejo neoclientelista de los puestos de trabajo y por otra la pasividad de los organismos de control del Estado (Procuraduría, Contraloría, Fiscalía).

La Rama Legislativa por su parte ha contribuido, formulando las herramientas jurídicas para castigar este indebido proceder de los nominadores en el sector público. Existen disposiciones legales de tipo administrativo como son la Ley 715 de 2001 y los decretos 688 de 2001, 1278 de 2001 y 1528 de 2002, a través de los cuales se trata de tomar medidas correctivas como es vincular de manera provisional a las plantas de personal docente de entidades territoriales, a los docentes que dentro de ellas se encontraban contratados mediante O.P.S., comenzándoles a reconocer de esta manera sus derechos laborales.

También existe un impedimento legal establecido en el artículo 48 de la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), para la aplicación de contratos de prestación de

servicios por parte de la Administración Pública cuando las condiciones en las que se debe prestar el servicio impliquen dedicación de tiempo completo, subordinación y ausencia de autonomía del contratista, calificando esta conducta como “falta gravísima” por parte del funcionario que contravenga esta norma.

Este artículo fue demandado mediante acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y fue declarada la exequibilidad por parte de la Corporación mediante sentencia C-094 de 2003, en la cual la Corte reafirma la necesidad de sancionar la conducta del funcionario público debido a que:

*“La administración no está legalmente autorizada para celebrar un Contrato de Prestación de Servicios que en su formación o ejecución exhiba las notas de un contrato de Trabajo. De crearse un acto semejante o de producirse su mutación en este sentido, se ingresa en el campo de la patología de este típico contrato administrativo y en la ilegalidad de la correspondiente actuación o práctica administrativa, sin perjuicio de los derechos y garantías del trabajo que aún bajo este supuesto haya podido realizarse”.*²⁹

3.2 LÍNEAS JURISPRUDENCIALES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

3.2.1 Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional. La Corte Constitucional, frente a los contratos administrativos de prestación de servicios, ha adoptado una posición defensora y garantizadora de los derechos laborales de las personas que son contratadas bajo esta modalidad para ocultar relaciones laborales; es así como al demandarse la inexequibilidad de los artículos 167 y 168 del decreto 222 de 1983 la Corte en sentencia C - 056 de 1993 expresa:

*“La relación laboral no puede en efecto ser objeto de un contrato de prestación de servicios (D. 222 de 1983, art. 168). En el plano legal, frente a la entidad administrativa debe entenderse siempre un **contratista independiente**. La administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo... La consagración constitucional del derecho del trabajo y de sus garantías, es una consecuencia del principio constitutivo del estado social de derecho, el cual tiene como fundamento y centro de gravedad la dignidad de la persona humana y el trabajo.”*

Pero de igual manera ha defendido esta figura como una forma de contratación que le permite al Estado cumplir con sus fines siempre y cuando, quienes tienen la función de aplicarla, no abusen de ella y por el contrario, la apliquen en los términos permitidos por la ley. Esta posición la podemos observar en la misma sentencia C - 056 de 1993, donde manifiesta:

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C - 094 de 2003. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. Bogotá 11 de Febrero de 2003.

“De crearse un acto semejante o de producirse su mutación en ese sentido, se ingresa en el campo de la patología de este típico contrato administrativo y en la ilegalidad de la correspondiente actuación o práctica administrativa, sin perjuicio de los derechos y garantías del trabajo que aun bajo este supuesto haya podido realizarse...”

16. Las normas acusadas no violan norma alguna de la Constitución Política. La autorización que el legislador concede al gobierno para celebrar un contrato determinado - en este caso el de prestación de servicios -...

19. Lo anterior no obsta para que en un evento de abuso de las formas jurídicas, en gracia del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (CP art. 53), se llegue a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios que en su sustancia material equivalga a un contrato de trabajo, en cuyo caso la contraprestación y demás derechos de la persona se regirán por las normas laborales más favorables.”

Con posterioridad, al demandarse los apartes del párrafo 1 del artículo 6 de la ley 60 de 1993 que permitían que los educadores temporales contratados mediante prestación de servicios sean vinculados de forma directa a la planta de personal, la Corte Constitucional en sentencia C - 555 de 1994 concreta su defensa a los trabajadores y podríamos decir que de alguna manera invita a las personas a quienes se les ha vulnerado sus derechos laborales mediante los contratos de prestación de servicios a recurrir a la jurisdicción para dar solución a este tipo de conflictos, como es observable cuando dice en dicha sentencia:

“Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales.

Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP.”

Pese a que estas consideraciones de la Corte resultan un aliciente para todas aquellas personas a quienes se les ha vulnerado sus derechos laborales mediante este modelo de contratación, consideramos que la Corte establece una diferencia entre los docentes temporales y los docentes con vínculo legal y reglamentario que hacen parte de la planta de personal, lo que ocasiona un desequilibrio en el reconocimiento de la totalidad de los derechos laborales de quienes son contratados mediante órdenes de prestación de servicios y desempeñan iguales funciones que los empleados de planta con que cuenta la entidad.

Dice la Corte en sentencia C - 555 de 1994:

“Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirse el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.”

Esta sentencia (C – 555 de 1994), consideramos que es la sentencia hito, por que a través de ella, la Corte Constitucional fijó su posición frente a la existencia de la relación laboral subordinada en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad, lo cual da pie para que se puedan ejercer acciones judiciales encaminadas a conseguir el pago de prestaciones sociales y también determinó la diferencia que existe en la calidad de servidor público, entre un empleado de carrera administrativa y uno contratado a través de contrato de prestación de servicios, colocando un límite en el reconocimiento de los derechos prestacionales.

En nuestro criterio, esta posición de la Corte es ambigua ya que por un lado reconoce el principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales y por otro, basándose en la clase de vinculación desconoce los efectos económicos que se generan dentro de las mismas; posición ésta que contraviene lo preceptuado en el artículo 25 de la constitución donde se consagra la protección por parte del Estado a todas las modalidades de trabajo.

En sentencia T-286 de 1994, con ponencia del doctor José Gregorio Hernández, se discute el caso de 10 maestros quienes han venido laborando como docentes contratistas al servicio del Municipio de Saravena (Arauca). Ellos ejercieron acción de tutela contra el Alcalde del mismo, por considerar que, al vincularlos mediante contrato de prestación de servicios, vulneró sus derechos constitucionales como trabajadores y el régimen especial al que se encuentran sometidos los educadores, ya que en ningún momento se les ha reconocido las prestaciones sociales a las cuales tienen derecho.

En primera instancia, el Juzgado Primero Promiscuo Territorial de Saravena resolvió sobre la acción instaurada mediante fallo del 10 de diciembre de 1993, negando la tutela en cuanto al reconocimiento de la relación jurídica laboral de los docentes, ya que este no es el mecanismo idóneo en consideración a la existencia de acciones judiciales que se pueden interponer ante la jurisdicción Contencioso Administrativa para la solución de este conflicto. Sin embargo decidió tutelar el derecho a la igualdad y a la seguridad social que se estaban vulnerando por parte del Municipio de Saravena, ordenando al Alcalde de dicho municipio contratar los servicios de salud necesarios para prestar atención a los maestros.

Esta providencia fue impugnada, y se confirmó por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Arauca con similares argumentos, en fallo del 8 de febrero de 1994.

La Corte Constitucional en sus consideraciones reflexiona acerca de todos los derechos otorgados por la Constitución a los trabajadores, y hace énfasis en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como un instrumento para impedir que se vulneren los derechos laborales al ocultar las relaciones de trabajo bajo diversas formas contractuales. Sin embargo la Corte afirma:

*"No obstante lo dicho, no es la acción de tutela el mecanismo idóneo para establecer si la relación contractual existente entre los peticionarios y el municipio es de carácter laboral o de otro orden. Ello corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
(...) tampoco es competente el juez de tutela para decidir si a la persona vinculada con la administración en la prestación de un determinado servicio se deben reconocer o no prestaciones sociales, ni para ordenar que se la afilie a una entidad de seguridad social."*

Desde entonces se dice que la tutela no es el mecanismo jurídico apto para el reconocimiento de ninguno de los derechos allí reclamados, ya que en este caso existen acciones contenciosas administrativas, que permiten un resarcimiento de los perjuicios y una amplia discusión sobre dicha situación jurídica.

Sin embargo pese a afirmar que esta es una controversia, que debe solucionarse en la jurisdicción contencioso administrativa, la Corte en ningún momento hace referencia a la acción más indicada para ello.

En sentencia C - 006 de 1996, con ponencia del doctor Fabio Morón Díaz, se demanda un aparte del artículo 74 de la Ley 30 de 1992 (Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior).

*"(...) los docentes ocasionales no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, sus servicios serán reconocidos mediante resolución **y no gozarán del régimen prestacional previsto para estos últimos.**"*

Como observamos esta sentencia no se refiere a los maestros contratados mediante contrato administrativo de prestación de servicios, sino a otro tipo de contratación que de igual manera vulnera los derechos laborales. Esta modalidad de contratación, se les aplica a docentes universitarios vinculados mediante contrato a término fijo, a quienes no se les reconoce prestaciones sociales, y se les denomina maestros ocasionales.

La Corte Constitucional considera que es viable que el legislador haya creado la figura de los docentes ocasionales ya que en virtud de la autonomía universitaria

y para el cumplimiento de los objetivos de estas instituciones, se crean tres categorías de maestros entre los que están: docentes empleados públicos, docentes hora cátedra y docentes ocasionales; estos últimos se contratan de forma diferente pero se requieren de las mismas exigencias profesionales para garantizar la calidad educativa.

En esta sentencia la Corte conserva los mismos lineamientos que en sentencia C - 555 de 1994, ya que al igual que en la sentencia mencionada realiza una diferenciación en el tipo de vínculo, pero reconoce la similitud en las labores desempeñadas por los docentes, razón por la que realiza el reconocimiento de las prestaciones sociales proporcional al tiempo laborado; declarando en consecuencia, la inexecutable del aparte demandado. Al respecto la Corte en sentencia C-006 de 1996 dice:

“(...) la figura del "profesor ocasional" se ha desvirtuado, son varias las universidades oficiales en las que el número de profesores de carrera es sustancialmente inferior al número de docentes ocasionales así mismo, se evidencian muchos casos... en los que la vinculación a través de esta figura se ha extendido por cinco y más años; tales circunstancias no hacen más que contrariar la naturaleza de esta modalidad

Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio.”

Si comparamos la situación de los “docentes ocasionales” con la de los maestros vinculados mediante contrato de prestación de servicios, observamos que existe una diferencia muy pequeña que radica en el vínculo formal, ya que mientras los docentes ocasionales tienen un contrato a término fijo (que se entiende es un contrato de trabajo), los docentes contratistas se vinculan por un contrato administrativo de prestación de servicios, el cual es de naturaleza administrativa. Sin embargo, la realidad de ambas clases de docentes es igual ya que se encuentran vinculados mediante contrato, realizan la misma labor que aquellos de carrera, pero en ningún caso se les reconoce el pago de derechos prestacionales.

La sentencia C-006 de 1996, es importante en la medida en que la Corte Constitucional realiza una diferenciación en la manera de contratación, pero avanza al dar aplicación al principio de la primacía de la realidad, al reconocer las prestaciones sociales proporcionales al tiempo laborado.

La Corte en sentencia T - 406 de 1996, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, analiza el caso de dos maestras que en escritos separados promovieron acción de tutela en contra de la Gobernación del Valle del Cauca, Secretaría de Educación, para que se les protegieran los derechos fundamentales

de petición e igualdad ya que se encuentran vinculadas como docentes de este ente territorial a través de un intermediario representado por la fundación FUNDAPRE.

En relación con el derecho de petición, alegan que la Secretaría de Educación Departamental no les había contestado el escrito que le elevaron el 13 de diciembre de 1995, por medio del cual solicitaron que se les nombre oficialmente como profesores del Departamento. Y con respecto al derecho a la igualdad, consideran que el departamento debe contratarlas en forma legal y reglamentaria, esto, ya que el departamento ha realizado las contrataciones a través de la Fundación Prodesarrollo de la Educación Preescolar del Valle FUNDAPRE. De igual manera reclaman el pago de salarios y prestaciones atrasados.

En sentencia proferida por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Santiago de Cali, se negó a una de las actoras la tutela en sus peticiones, respecto del derecho de petición ya que la gobernación anexó prueba de haberlo contestado; y respecto al derecho de igualdad se negó, por considerar que su situación es diferente a la de los educadores oficiales, ya que la actora había contratado con una entidad privada como es FUNDAPRE y debido a su situación, para el pago de salarios y prestaciones atrasadas existen otros mecanismos. El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santiago de Cali, con similares argumentos niega la tutela de la segunda actora, sentencia que es confirmada por el Tribunal Superior de Santiago de Cali.

La Corte Constitucional considera que en ningún momento las actoras logran demostrar que tenían un vínculo contractual con el Departamento del Valle del Cauca ya que su vinculación es con FUNDAPRE; y si bien, ésta es una entidad administrativa del departamento, es una persona jurídica independiente y las contrataciones realizadas por la misma no generan un vínculo contractual con el ente territorial departamental.

En esta sentencia, observamos que la posición de la Corte es la de darle mayor prevalencia al vínculo contractual, ya que no contempla que la contratación de personal mediante fundaciones u otro tipo de corporaciones es una manera más de ocultar las relaciones laborales.

Sin embargo, podemos observar que cuando se trata de demostrar la existencia de una relación laboral, la posición de la Corte Constitucional frente a la procedencia de la tutela como el mecanismo adecuado se torna invariable

La sentencia C -154 de 1997 con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara tiene una importancia relevante por cuanto en ella se demanda la exequibilidad de las expresiones “no puedan realizarse con personal de planta o” y “En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales” contenidas en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Dentro del análisis considerativo de esta sentencia, la Corte establece diferencias entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral, cuando manifiesta:

“Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales —contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo— se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos”

Sin embargo, la Corte continúa siendo enfática en que en el caso de demostrarse la existencia de los elementos de la relación laboral se desvirtúa la figura contractual, lo cual se da en virtud de la aplicación del artículo 53 superior. Manifiesta la Corte:

“Al respecto esta corporación considera pertinente señalar que los principios mínimos y garantías constitucionales consagradas en el artículo 53 constitucional son de carácter general y aplicables a todas las modalidades de la relación laboral”

Esta reiteración de la Corte, es la base que sirve para que el Juez Contencioso Administrativo aplique los principios laborales consagrados en el artículo 53 de la Carta, sin que esto afecte la clase de vínculo existente, pues la Corte demuestra una mayor inclinación por hacer prevalecer el principio de la primacía de la realidad a favor del trabajador. Así lo manifiesta:

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

La Corte finalmente, considera que en la práctica, no está en tela de juicio la constitucionalidad de la disposición demandada sino de las deformaciones de esa figura contractual que se han presentado por acción de los funcionarios públicos que tienen a su cargo la contratación pública. Por ello declara la exequibilidad de los apartes demandados.

Más adelante, se instaura acción de tutela con el fin de proteger los derechos laborales fundamentales de un ciudadano que laboró en el Departamento del Guaviare, en cumplimiento de varios contratos de prestación de servicios, desde el 10 de enero de 1996 hasta el 3 de junio de 1997, sin interrupción en la prestación del servicio, la cual es resuelta mediante sentencia T-052 de 1998.

La solución dada por la Corte se ve reflejada en el siguiente aparte:

“3.4. Las pretensiones del demandante implican la realización por la Sala de un juicio de conocimiento encaminado a determinar que la situación de hecho expuesta, no corresponde a la existencia de relaciones jurídicas regidas por contratos de prestación de servicios, en los términos de la ley 80/93, sino que aquélla originó una real y verdadera relación de trabajo subordinada que naturalmente da origen al pago de prestaciones sociales y de los demás derechos laborales que son ajenos a ésta.

3.5. No le corresponde al juez constitucional de la tutela adelantar el expresado juicio, porque ello escapa a su competencia...”

Como vemos, a lo largo de las acciones de tutela revisadas, la Corte Constitucional no presenta variación alguna en su criterio, reiterando que la tutela no es el mecanismo idóneo para la protección de este tipo de derechos, a pesar de que los actores puedan tener la razón jurídica en sus reclamos. Sin embargo le entrega al ciudadano un concepto según el cual puede ejercer la acción pertinente para reivindicar sus derechos laborales.

En la sentencia C -793 de 2002, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, se demanda el siguiente aparte del artículo 38 de la ley 115 de 1998:

“Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1º de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos fueron renovados en el año 2001, por el municipio o el departamento, indistintamente, serán vinculados de manera provisional durante el año lectivo de 2002. Mientras ello ocurre, deberán, los departamentos y municipios, renovarles los contratos a más tardar el 1º de febrero de 2002.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que demuestren que estuvieron vinculados por órdenes de prestación de servicios por los departamentos o municipios, dentro de los dos meses antes y el 1º de noviembre de 2000, demostrando solución de continuidad durante ese período, y que cumplan los requisitos del cargo, serán vinculados de manera provisional durante el año 2002.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1º de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos no fueron renovados en el 2001, serán vinculados durante el año 2002 de manera provisional, previa identificación y verificación de requisitos, salvo que sus contratos hayan sido suprimidos como resultado del proceso de reorganización del sector educativo o de la entidad territorial.”

Según la demanda, el aparte demandado vulnera los artículos 1, 4, 25, 53 y 357 de la Constitución Política.

La importancia de esta sentencia radica en el énfasis que se hace de los requisitos de vinculación del empleado de carrera al servicio del Estado, mecanismo que se encuentra enunciado en el artículo 122 de la Constitución Política. Al respecto dice la Corte:

“La fijación de los requisitos mínimos para los empleos tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las funciones públicas y la consecución de los fines esenciales del Estado (C.P., arts. 1, 2, 125 y 209). Por tal razón, el desempeño de los empleos públicos, sea por nombramiento o por elección, exige el cumplimiento de los requisitos y calidades exigidas por la Constitución y la ley, como mecanismo de protección del interés general y del derecho a la igualdad de oportunidades”

Además, la Corte recalca la responsabilidad de los funcionarios por realizar vinculación de manera diferente al concurso de méritos para acceder al empleo público, dejando constancia expresa de que el único camino para ser seleccionado como empleado al servicio del Estado que se ajusta a la Constitución, es el concurso previo de méritos y por consiguiente, si un funcionario omite este camino asume su responsabilidad en el campo disciplinario y patrimonial. Así lo expresa:

“(…) que el concurso de méritos, sea el instrumento previo, idóneo y esencial, para la provisión de los cargos públicos; porque, de no ser así, se daría lugar a la aplicación de la responsabilidad disciplinaria y patrimonial, tanto de la autoridad nominadora que omite la aplicación de las normas de carrera, como de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el evento de que omite las funciones que la Constitución Política le ha otorgado.”

Finalmente en sentencia C-094 de 2003, es demandado el numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Unico, el cual dice:

“Art.29. 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.”

En esta sentencia la Corte es reiterativa en la protección que brinda a los trabajadores al servicio del Estado, frente a la desnaturalización de la figura del contrato administrativo de prestación de servicios como mecanismo que permite ocultar una relación laboral. Igualmente, deja claro unos parámetros que sirven para evaluar las consecuencias de esta clase de práctica. Al respecto, en esta sentencia la Corte dice:

“Como se aprecia, la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales...”

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas.”

Teniendo en cuenta los graves perjuicios que el funcionario contratante causa al trabajador, al presupuesto de la entidad, y a la nación, la Corte no sólo consideró que la norma demandada (artículo 48 numeral 29 del Código Disciplinario Unico) se ajustaba a la Constitución sino que además es necesaria para evitar que esta conducta del funcionario público continúe proliferando.

En las sentencias sucesivas de la Corte, se ha mantenido invariable esta posición, y a través de ellas se ha reiterado la Jurisprudencia.

La posición jurisprudencial de la Corte Constitucional ha sido base para que el Juzgador Administrativo, en este caso el Consejo de Estado haya concedido las pretensiones de los demandantes dentro de estos parámetros jurisprudenciales.

3.2.2 Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado:

El Consejo de Estado en su jurisprudencia respecto al tema de los contratos administrativos de prestación de servicios, ha tratado de seguir las pautas y lineamientos establecidos por la Corte Constitucional.

Es por este motivo, a nuestro juicio, que el Consejo de Estado en su jurisprudencia, no ha sido capaz de darle la aplicación que debería al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades; tal como se puede observar en sentencia 13890 de abril 15 de 1999, mediante la cual se resuelve la apelación contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá sobre una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, planteada contra el acto administrativo que niega la solicitud del pago de diferencias salariales y prestacionales de una docente contratista del municipio de Tunja. En dicha sentencia el Consejo de Estado dice:

“En el simulado contrato de prestación de servicios docentes suscrito con la demandante, pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, pero, como se explicó, la demandante no puede ser considerada empleado público docente... Así las cosas, resulta procedente reconocer en favor de la demandante, a título de indemnización, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los empleados públicos docentes del municipio. Es necesario entonces, precisar la base para liquidación de la indemnización que se reconoce.”

Se observa, que a pesar de que el Consejo de Estado reconoce que se ha vulnerado el derecho laboral del trabajador mediante un contrato de prestación de servicios, no es posible reconocerle las prestaciones sociales que se derivan de la relación existente sino que simplemente se limita a formular a favor del trabajador una indemnización equivalente a las prestaciones sociales que dejó de recibir.

En la sentencia de julio 12 de 2001, un médico vinculado a un Hospital Público de Santander, mediante contrato a término fijo, demanda su retiro del servicio por parte de la administración de esa entidad.

Esta sentencia resulta importante para nuestro estudio, porque nuestra pretensión es la de tener una mayor claridad acerca de la acción más viable para la reclamación de los derechos de los docentes contratistas.

En este caso se demanda la nulidad y restablecimiento del derecho sobre el acto que retira del servicio al accionante, y a título de restablecimiento del derecho solicita el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir. Sobre este caso, el Consejo de Estado consideró:

“Es decir, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el juez administrativo además de declarar la nulidad del acto demandado, debe proteger el derecho que se le ha vulnerado al administrado, de suerte que el pronunciamiento anulatorio no es más que el supuesto necesario para ordenar la finalidad reparadora de los perjuicios causados al demandante de dicho acto. En estas condiciones, ha de puntualizarse que el oficio acusado no contiene la negativa de reconocimiento al actor de las prestaciones sociales a que se hizo acreedor en virtud de haber laborado al servicio del Hospital (...) (...) sólo es dable disponer el restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo..”

Esto nos lleva a concluir que el acto administrativo contra el cual se debe interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es aquel que niega el pago de las prestaciones dentro de la reclamación administrativa, que el perjudicado debe adelantar previa a la demanda; ya que de no ser así se considera no agotada la vía administrativa, lo que daría lugar a que no prosperen las pretensiones.

En sentencia de febrero 14 de 2002, se analiza el caso de una instructora de modistería que se encontraba al servicio del SENA, quien interpone acción de

nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que niega el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales en contra de dicha entidad.

Tanto en esta sentencia y en adelante, se reitera la jurisprudencia de esta corporación, en el sentido de que se reconoce, que mediante un contrato administrativo de prestación de servicios se oculta una relación laboral, valiéndose del principio constitucional de la primacía de la realidad. Sin embargo, a nuestro juicio, es contradictoria y desconoce este mismo principio, al reconocer el pago de un valor equivalente al de las prestaciones sociales a título de indemnización. Esto refleja el temor por contravenir de alguna manera la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, ya que si se reconoce las prestaciones sociales como tales, se puede considerar que se le está otorgando al trabajador el estatus de empleado público, del cual no goza, por la irregularidad que se presenta en su vinculación, que es directa y no a través de concurso de méritos.

Esta afirmación que realizamos, la vemos reflejada cuando el Consejo de Estado en la misma sentencia, dice:

“El principio de la realidad sobre las formalidades se agota cuando permite dar por aceptada la existencia de la relación laboral sobre la contractual administrativa, pero no confiere la condición de empleado público.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 1994. Dijo entonces: (...) así entonces por tratarse de una relación laboral de carácter público y dadas las exigencias del servicio público, nadie puede alcanzar la condición de servidor público sin que haya cumplido todos los requisitos exigidos para ello. Los simulados contratos de prestación de servicios suscritos con la demandante, pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, pero, como se explicó no le otorga la condición de empleado público.

En consecuencia, también se impone entender que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en desarrollo de lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política, no puede ampliarse hasta conceder a favor de la demandante unas prestaciones sociales propiamente dichas, pues ellas nacen a favor de quienes, por cumplir todas las formalidades sustanciales de derecho público, alcanzan la condición de servidor público”.

En sentencia de agosto 1 de 2002, se observa el caso en que un docente vinculado mediante contrato administrativo de prestación de servicios interpone acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que niega la petición de reconocimiento y pago de acreencias salariales, expedido por la gobernación de Norte de Santander.

En esta sentencia se hace referencia al tratamiento que el Consejo de Estado ha venido dando a los salarios, así es como se expresa en ella:

“En consecuencia, esta jurisdicción ha venido declarando la nulidad de los actos por medio de los cuales la administración niega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes vinculados por contrato de prestación de servicios. Sin embargo, no dispone la vinculación como docente de planta, ni el pago de la diferencia resultante entre los honorarios reconocidos y el salario correspondiente a un educador de la misma categoría, en consideración a que tales reconocimientos son propios de la relación laboral formal establecida...”

El Consejo de Estado en ningún caso reconoce las diferencias salariales, desconociendo que el escalafón establecido para los educadores es independiente de su vinculación y se aplica por igual en el sector público y en el sector educativo privado; y el cual se ha establecido, como una manera de representar el grado de estudios del docente en cuanto al título profesional, experiencia y formación adicional, construyendo una escala salarial por grado.

Este argumento se mantiene en la jurisprudencia, es así como, en sentencia de diciembre 5 de 2002, con ponencia del Dr. Alberto Arango Mantilla en la cual se instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que niega el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestaciones sociales expedido por el departamento de Norte de Santander. El consejo de Estado en esta sentencia al igual que en la jurisprudencia hasta ahora mencionada reconoce las prestaciones sociales a título de indemnización, la cual se calcula teniendo como base la remuneración pactada en el contrato. Esta corporación lo fundamenta en lo siguiente:

“aceptado como está, la existencia del contrato realidad, debe también aceptarse como válido el pacto de las partes hicieron de la remuneración”

En sentencia 2040 de febrero 6 de 2003, se estudia el caso de un docente contratista que entabla demanda en contra del gobernador de Norte de Santander, ejerciendo una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que niega el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales.

En esta sentencia, se continúa con el reconocimiento de los derechos en los términos que lo hace en las sentencias anteriores, pero indica cómo realizar la indexación que se debe aplicar a la indemnización. Este ajuste se realiza a cada uno de los valores de las prestaciones que en suma equivalen a dicha indemnización; así es como lo afirma el Consejo de Estado:

“Al liquidar la indemnización, que se calculará con fundamento en las prestaciones sociales que se reconocen en favor de los docentes del Municipio, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la fórmula adoptada de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán

reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada prestacional. ”

De esta sentencia vale destacar cómo el Consejo de Estado, no hace perder identidad a cada una de las prestaciones sociales para efectos de resarcir adecuadamente los perjuicios causados a los docentes, pues aplica la indexación “mes por mes para cada mesada prestacional”. Con ello da vida al principio de primacía de la realidad, sólo que sigue atada a la imposibilidad de declarar como servidor público al contratista, por las razones dadas por la Corte Constitucional.

Sin embargo lo más destacable de la jurisprudencia del Consejo de Estado no es su limitante en el reconocimiento de los derechos de los docentes contratistas por su realidad laboral, sino que acepte la existencia de una vía jurídica para reclamarlos. En reiterada jurisprudencia hasta el año 2003 la vía aceptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado era la de interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que niega la solicitud del pago de prestaciones sociales y diferencias salariales en la reclamación administrativa.

Cosa diferente opina la Sala Plena de dicha entidad, cuando en sentencia de noviembre 18 de 2003 mediante la cual se resuelve la apelación contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, respecto de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, planteada contra el acto administrativo que niega la solicitud del pago de diferencias salariales y prestaciones de una empleada de mantenimiento y servicios generales contratada por la administración judicial de Caldas.

En dicha sentencia se negaron las pretensiones de la accionante en razón de que no se demuestra satisfactoriamente la subordinación, porque la Sala considera que la exigencia del contratista de prestar sus servicios en un horario determinado implica una simple coordinación y no tiene en cuenta que en el avance doctrinal esta es una figura que se conoce como “*Parasubordinación*”.

Pero este no es el único cambio jurisprudencial que se produce con esta sentencia, sino que además manifiesta:

“Si, pues, lo que pretende demostrar la jurisprudencia que se ratifica por la Sala Plena de lo contencioso, es que el contrato de prestación de servicios como el que ahora ocupa su estudio viola la constitución y la ley, se opone a estas e inclusive encuéntrase prohibido en su objeto, la consecuencia de ello, de ser cierto lo afirmado, no sería otra que la nulidad del vínculo, que no su inexistencia.

En efecto, si se presentare una causal de nulidad, como que el objeto del contrato se opone a la ley, a mandatos de orden público, se requeriría, para que las cosas regresen a su estado anterior, de sentencia que disponga su invalidación, pues de no ser así, continuaría surtiendo efectos y sería imposible que las partes de la relación jurídica sustancial lo desconocieran”

La Sala Plena ratificó que un contrato de prestación de servicios puede ser contrario a disposiciones constitucionales y legales y por lo tanto adolecer de nulidad, por lo cual consideró que la acción procedente en estos casos para reclamar los derechos de los trabajadores, es la acción de nulidad sobre el contrato lo cual es abiertamente contrario a lo que se venía sosteniendo por parte de la Sección Segunda del Consejo. Es decir, sería la acción contractual la llamada a ejercitarse.

Pese a este hecho, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2004, expediente 0099, con ponencia del consejero Alejandro Ordóñez Maldonado, retoma su posición respecto a que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho respecto al acto administrativo que niega la reclamación administrativa de los derechos prestacionales y las diferencias salariales.

Línea Jurisprudencial de la Corte Constitucional.

¿Cómo ha resuelto la Corte Constitucional la violación de los derechos laborales de los docentes contratados mediante ordenes de prestación de servicios?.

Declaración de relación laboral y reconocimiento de prestaciones sociales	← ○ →	Negación de la existencia de la relación laboral y aplicación del régimen de Contratación Estatal
	<p>▲ C-056-93 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz</p> <p>▲ C-055-94 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz</p> <p>▲ C-006-96 MP. Fabio Morón Díaz</p> <p>▲ C-154-97 MP. Hernando Herrera Vergara</p> <p>▲ C-793-02 MP. Jaime Córdoba Triviño.</p> <p>▲ C-094-03 MP. Jaime Córdoba Triviño</p>	<p>▲ T-286-94 MP. Gregorio Hernández</p> <p>▲ T-406-96 MP. Hernando Herrera Vergara</p> <p>▲ T-052-98 MP. Antonio Barrera Carbonell.</p>

Fuente: Esta Investigación.

Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado.

¿Qué tipo de acciones ha considerado procedente el Consejo de Estado para la reclamación de las prestaciones sociales derivadas de una verdadera relación laboral oculta tras un contrato de prestación de servicios?.

Acción de nulidad y restablecimiento de derecho contra el acto que niega las prestaciones en la reclamación administrativa	← O →	Otras acciones (Contractual, nulidad y restablecimiento del derecho sobre el acto administrativo que crea el vínculo contractual).
	<p>★ Sentencia 13890 Abril 15 de 1999 C.P. Flavio Augusto Rodríguez</p> <p>★ Expediente 4016 Sentencia de julio 12 de 2001. C.P. Ana Margarita Olaya Forero</p> <p>★ Expediente 4783 Agosto 1 de 2002 C.P Alejandro Ordóñez Maldonado</p> <p>★ Expediente 4550 Sentencia de diciembre 5 de 2002 C.P. Albero Arango Mantilla</p> <p>★ Sentencia 2040 Febrero 6 de 2003 C.P Jesús María Lemos Bustamante</p> <p>★ Expediente 0099 Sentencia febrero 19 de 2004 C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado</p>	<p>★ Expediente 0039 Noviembre 18 de 2003 C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda</p>

Fuente: Esta Investigación.

4. DIAGNOSTICO DE VULNERACIÓN DE DERECHOS LABORALES A TRAVÉS DE LAS O.P.S EN LOS EDUCADORES DE LA CIUDAD DE PASTO.

4.1 CALCULO DE MUESTRA Y APLICACIÓN DE ENCUESTAS

- O = nivel de confianza
- N = universo o población
- P = probabilidad a favor
- Q = probabilidad en contra
- E = margen de error
- N = tamaño de la muestra

$$\begin{aligned}
 O^2 &= 3,8416 \\
 N &= 250 \\
 P &= 1 \\
 Q &= 0 \\
 E^2 &= 0,0025
 \end{aligned}$$

$$N = \frac{\sigma^2 N p q}{e^2 (N-1) + \sigma^2 p q} \qquad n = \frac{3,8416 * 250 * 1 * 0}{0,0025 * 249 + 3,8416 * 0}$$

$$N = \frac{0}{0,6225} \qquad n = 0$$

Estadísticamente, el resultado del número de encuestas a aplicar es cero debido a que el fenómeno objeto de estudio es la determinación de la existencia de una relación laboral oculta detrás de un contrato de prestación de servicios entre el Estado y los docentes.

En el servicio educativo, las funciones que cumple un docente de planta son exactamente iguales a las que cumple un docente O.P.S., por consiguiente el valor p (probabilidad de que se presente el fenómeno) es del 100%. Lo que significa que la encuesta se debe aplicar en el sentido de determinar los perjuicios económicos que sufren los docentes O.P.S al negárseles los derechos derivados

de la relación laboral existente los cuales varían de acuerdo al tiempo que vienen ejerciendo su labor bajo esta modalidad de contratación.

Por limitación en la disponibilidad de recursos por parte de los investigadores, determinamos que aplicaríamos 40 encuestas sobre un total de 252 docentes³⁰ que no se encuentran vinculados mediante relación legal y reglamentaria en el Municipio de Pasto.

4.2 ANÁLISIS DE RESULTADOS

Pregunta No. 1. Para quién presta sus servicios usted?.

A esta pregunta contestaron que laboran para el Municipio de Pasto, 36 de los 40 encuestados constituyendo esto un 90% y para el Departamento de Nariño 4, que equivale a un 10%.

Pregunta No. 2. Desde hace cuánto tiempo?

Los 40 encuestados, llevan vinculados al Estado en calidad de educadores un promedio de 6 años.

Pregunta No. 3. Qué tipo de relación jurídica tiene usted en este momento?.

El 100% de los encuestados respondieron que tienen un nombramiento provisional.

Pregunta No. 4. Cuánto tiempo lleva vinculado mediante este tipo de contratación?.

<i>Item</i>	<i>No. De docentes</i>	<i>Porcentaje</i>
de 0 a 1 año	31	77.5%
de 1 a 2 años	6	15%
de 2 a 3 años		
De 3 años en adelante	3	7.5%
TOTAL	40	100%

Pregunta No. 5. Si su contratación anterior era diferente a la actual, qué tipo de contratación tenía?.

El 100% de los encuestados respondió que su contratación anterior era mediante O.P.S.

³⁰ Información suministrada por la Secretaría de Educación Municipal de Pasto.

Pregunta No. 6. Cuánto tiempo laboró usted bajo esta modalidad?.

<i>Item</i>	<i>No. Docentes</i>	<i>Porcentaje</i>
de 0 a 1 año	3	7,5
de 1 a 2 años	11	27,5
de 2 a 3 años	9	22,5
de 3 a 5 años	2	5
de 5 a 7 años	4	10
de 7 años en adelante	11	27,5
<i>TOTAL</i>	<i>40</i>	<i>100</i>

Pregunta No. 7. Cuál es su horario de trabajo en la institución?.

El 100% de los encuestados responden que su jornada de trabajo es equivalente a la jornada escolar establecida en cada institución.

Pregunta No. 8. Su asignación salarial corresponde a la establecida en el Escalafón Docente?.

El 100% de los encuestados responden que en la actualidad si corresponde su asignación salarial a la establecida en dicho reglamento, pero que en el pasado cuando eran docentes O.P.S. se les pagaba únicamente honorarios, sin prestaciones sociales.

Pregunta No. 9 En la vinculación anterior, el Estado le reconocía:

- Cesantías _____
- Vacaciones _____
- Primas _____
- Dotaciones _____
- Seguridad social _____

El 100% de los encuestados respondieron que el Estado no les reconoció ninguna de las prestaciones sociales.

Pregunta No. 10. En la vinculación actual, el Estado le reconoce:

- Cesantías _____
- Vacaciones _____
- Primas _____
- Dotaciones _____
- Seguridad social _____

El 100% de los encuestados contestan que el Estado hoy les reconoce todas las prestaciones.

Pregunta No. 11. Cuando su contrato era mediante orden de prestación de servicios, su empleador le permitía subcontratar para desempeñar el objeto para el cual fue contratado (a)?.

Si _____ No _____

El 100% de los encuestados respondió que no, que el desempeño de su labor era personal.

Pregunta No. 12. Cuando su contrato era mediante ORDEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIO, bajo qué reglamento se encontraba sujeta su labor?.

De manera general, todos los encuestados respondieron que obedecían a las normas del sistema general de educación. Se observa además, un desconocimiento de la normatividad concreta aplicable a su situación particular (P.E.I, Manual de Convivencia, Estatuto de Profesionalización Docente, ley general de educación, Código Unico Disciplinario y la Constitución Nacional).

Pregunta No. 13. Desde el inicio de su vinculación ha recibido usted llamados de atención?.

Dos de los 40 encuestados, que corresponde al 5%, respondieron que han recibido llamados de atención verbales dentro del desempeño de sus funciones.

Pregunta No. 14. Su cargo hace parte de la planta de personal?

36 de los 40 encuestados, o sea 90%, respondieron que sí, tan solo un 10%, tiene conocimiento de que su cargo no hace parte de la planta de personal.

Pregunta No. 15. Durante el desempeño de su labor contratado como O.P.S. existían personas que cumplían la misma tarea, estando éstas designadas en propiedad?.

El 100% de los encuestados respondió que en la institución educativa en la que laboraron como O.P.S., existía personal vinculado mediante carrera administrativa que desempeñaba la misma labor docente.

4.2.1 Derechos laborales vulnerados a los educadores. Los educadores vinculados mediante ordenes de prestación de servicio, no son contratistas, son trabajadores al servicio del Estado y por consiguiente deben gozar de todas las prerrogativas y derechos contenidos en el Estatuto Docente (Decreto 1278 de 2002) y ser amparados por el régimen prestacional y salarial.

La jurisprudencia ha dado elementos para reconocer relaciones laborales ocultas tras los contratos administrativos de prestación de servicios pero ha dejado un margen a la posibilidad de que se les viole el derecho a la igualdad establecida en el artículo 13 de la Constitución Nacional por cuanto el tratamiento salarial y prestacional de dichos docentes es discriminatorio respecto del dado a los vinculados en carrera administrativa.

En el país se calcula que pueden existir alrededor de 50.000 docentes vinculados al servicio educativo mediante contratos de prestación de servicios, ellos se encuentran totalmente desprotegidos, sin contar con la posibilidad de afiliarse a los sindicatos; se les viola de esta manera su derecho de asociación establecido en el artículo 55 de la Constitución Nacional.

Se vislumbra la falta de voluntad política para terminar con este fenómeno de deslaboralización de las relaciones de trabajo subordinado; es así que a pesar de constituir una falta gravísima³¹ para el empleado público el hecho de utilizar esta figura contractual para ocultar una relación laboral, no hemos encontrado una sola acción disciplinaria gestada por los jueces que en su momento decretaron la violación de los principios constitucionales y la ley de contratación.

El hecho de que a través de diversas sentencias se haya reconocido el pago de una cantidad de dinero, equivalente a las prestaciones sociales a título de indemnización por el trato discriminatorio que sufrieron los docentes vinculados mediante contratos de prestación de servicios únicamente correspondientes a los últimos tres (3) años (por virtud de la prescripción trienal), genera una apropiación indebida por parte del Estado de los derechos económicos de los trabajadores ya que como lo pudimos establecer en nuestro trabajo de campo, el promedio de tiempo de servicio prestado por estos docentes está alrededor de los seis (6) años.

4.2.2 Perjuicios materiales causados. En promedio, el costo de un educador vinculado mediante contrato de prestación de servicios es el 30% menor al costo de uno vinculado de manera legal y reglamentaria. Esta diferencia está representada en los siguientes rubros que el Estado dejó de cancelarle a los docentes “contratistas”:

³¹ Ley 734 de 2000. Código Disciplinario Unico. Artículo 48, numeral 29.

1. Diferencias salariales.
2. Prima de Vacaciones
3. Prima de Navidad
4. Vacaciones
5. Subsidio familiar
6. Subsidio de alimentación
7. Dotaciones
8. Reserva prestacional (pensiones y cesantías)
9. Intereses a las cesantías.

Cuantificación de un caso concreto:

Docente grado 7º

Salario básico anual	727.292 * 12	=	8.727.504
Vacaciones	727.292 * 0.40	=	290.917
Prima de Navidad		=	727.292
Subsidio Familiar	12.000 c/hijo	=	244.000
Subsidio de alimentación	250 mes	=	3.000
Cesantías		=	727.292
Aportes Salud y Pensión (16.29%)		=	1.421.712
TOTAL DEVENGADO ANUAL			\$12.141.717

Docente O.P.S.

Honorarios recibidos en un año	727.292 * 12	=	8.727.504
Retención en la fuente (11%)			(960.025)
TOTAL DEVENGADO ANUAL			\$7.767.469

En promedio un docente contratado mediante un contrato de prestación de servicios sufre un detrimento patrimonial anual de **\$ 4.474.248** que multiplicado por seis (6) años que según la encuesta aplicada es la duración en promedio de estos contratos, nos da un resultado total de **\$ 26.245.488**.

Teniendo en cuenta los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en una demanda presentada por un docente contratista que hubiera estado vinculado durante seis años, el Municipio sería condenado a cancelar, de acuerdo a los promedios establecidos para el caso anterior, la suma de **\$13.125.244** que equivale al 50% del valor total adeudado, ocasionando este detrimento patrimonial debido a la aplicación de la figura de la prescripción trienal propia del derecho laboral.

En el Municipio de Pasto, existen casos en los que trabajadores administrativos de instituciones educativas (aseadores, vigilantes y de mantenimiento) se encontraban laborando sin ningún vínculo jurídico y por lo tanto no recibían la remuneración legalmente establecida.

Para dar solución al conflicto presentado con estas personas, se recurrió a un mecanismo alternativo de solución de conflictos como es la transacción, mediante la cual se elaboró un documento de acuerdo bilateral de terminación de un contrato de suministro de servicios que en la realidad no existe.

Con este acuerdo se pretende ocultar la relación laboral subordinada existente entre estos trabajadores y el Estado y reconocer por parte de éste, una cantidad mínima a título de ajuste a los honorarios que se habían pactado por sus servicios.

En nuestro concepto, a través de esta actuación, el Municipio les ocasionó graves perjuicios económicos y con respecto a la seguridad social a estos trabajadores, constituyendo una solución inequitativa y que ignora los principios constitucionales protectores del trabajo y frente a la cual, los perjudicados no tendrán opción jurídica para hacer valer sus derechos ya que para estos casos, el Consejo de Estado ha sentado su jurisprudencia en el sentido de avalar el hecho de que los trabajadores de aseo y vigilancia pueden ser contratados mediante contratos de prestación de servicios e inclusive, ha considerado legal el hecho de que el nominador despida a un vigilante o aseador vinculado a través de carrera administrativa y en su lugar contrate un trabajador por O.P.S. Esta posición la encontramos en la sentencia del 18 de marzo de 2004, expediente 02649 con ponencia del Consejero Tarsicio Cáceres Toro.

5. DESCRIPCIÓN DE ACCIONES LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS.

El Código Contencioso Administrativo establece las acciones que los ciudadanos pueden ejercer en contra de la administración pública para el ejercicio de sus derechos. Para el caso que nos ocupa, las acciones que se pueden considerar procedentes son:

5.1 NULIDAD SIMPLE

Interpuesta en contra del contrato administrativo de prestación de servicios que oculta una relación laboral suscrito entre el Estado y el docente contratista.

Esta acción es procedente en virtud a lo preceptuado por el Código Contencioso Administrativo en el artículo 84: *“Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse”*

Consideramos que el Contrato Administrativo de Prestación de Servicios que oculta una relación laboral, está infringiendo el artículo 53 constitucional y normas de orden público como son las laborales enmarcándose dentro de la causal de nulidad establecida en el Código Contencioso Administrativo a la que se hizo alusión.

Además, la acción de nulidad simple es procedente contra actos administrativos de carácter general y los de carácter particular y concreto, tal y como fue reafirmado por la Corte Constitucional cuando declaró que el artículo 84 del C.C.A era condicionalmente exequible mediante sentencia C-426-02 de 29 de mayo de 2002, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil; con la aclaración que *“siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto, en los términos de la parte motiva de esta sentencia”*

A pesar de que a través de esta acción se logra la declaratoria de nulidad del contrato suscrito y por consiguiente el reconocimiento de la existencia de una relación fáctica diferente a la jurídica que es fuente de derechos laborales no reconocidos por el vínculo contractual anulado, esta acción no permite el resarcimiento de los perjuicios económicos ocasionados a las personas que se les vulneraron sus derechos laborales.

5.2 ACCIÓN CONTRACTUAL

Esta acción es procedente si partimos del hecho de que estamos frente a un contrato (contrato administrativo de prestación de servicios) celebrado dentro del marco de la ley y por consiguiente sujeto a las características establecidas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, en el momento en que el contratante tiene que realizar una actividad personal y subordinada, nos encontramos frente a hechos que contravienen el contrato de prestación de servicios y se genera la causal para solicitar se declare el incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas tal como se estableció en el artículo 87 del C.C.A.

Esta posición es adoptada por algunos integrantes de la Sección Segunda del Consejo de Estado tal y como se aprecia en el salvamento de voto suscrito por los Consejeros Nicolás Pájaro Peñaranda y Ana Margarita Olaya Forero, con ocasión de la sentencia del 5 de diciembre de 2002. Dichos magistrados manifiestan:

“3. (...) las pretensiones elevadas, se encaminan de manera especial, a que se declare la nulidad del acto administrativo, por el cual se niega la solicitud de algunos docentes para que se les reconozcan derechos laborales y prestacionales con los ajustes monetarios correspondientes, y a título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, solicita se ordene el pago de las diferencias salariales entre lo cancelado al actor y lo que realmente le corresponde (...)

5. El acto administrativo que se expidió deniega administrativamente tal aspiración con base en que el interesado no se encuentra vinculado a la administración por una relación legal y reglamentaria sino a virtud de una contractual para la prestación del servicio docente, por lo cual concluye que no procede el pago de prestaciones sino de emolumentos expresamente estipulados.

Así las cosas, no habiéndose deprecado resarcimiento o indemnización, mal podría decretarse ésta por el juez administrativo y mucho menos partir de la base, para llegar a tal consecuencia, de que el contrato celebrado constituyó un acto de simulación que encubrió una relación laboral de derecho público, pues este argumento sería más armónico con una pretensión encaminada a que se desate una controversia contractual mediante el ejercicio de la acción que consagra el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la cual sirve para que se declare el incumplimiento del contrato para que se condene al resarcimiento de perjuicios y para que se hagan otras declaraciones y condenas. (...) como no resulta contrario a la ley el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de un contrato de prestación de servicios no existiría motivo de nulidad respecto del acto acusado”

Esta acción nos permite obtener una indemnización derivada del incumplimiento contractual calculada con base en el daño emergente y el lucro cesante, sin embargo, nos apartamos de ella porque no permite que el juez administrativo

reconozca la existencia de la relación laboral y la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad.

En el campo económico, esta acción en algunos casos, representa favorabilidad para el accionante porque permite el reconocimiento de una indemnización equivalente a la totalidad del tiempo laborado bajo la vigencia de este vínculo contractual, evitando que el juzgador aplique la figura jurídica de “la prescripción trienal” estatuida para las reclamaciones laborales.

5.3 LA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tal y como lo establece el artículo 85 del C.C.A., *“toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño”*.

Para el caso de los docentes contratistas, se lesionan sus derechos laborales consagrados en las normas constitucionales y las leyes que rigen la carrera docente, razón por la cual se ha impuesto el agotamiento de la vía gubernativa para contar con un acto administrativo expreso o presunto, contra el cual incoar la acción de nulidad y restablecimiento, y proceder a solicitar la nulidad de dicho acto y la indemnización “equivalente al monto de las prestaciones sociales” tal como lo señala el Consejo de Estado.

Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Nariño en el año 1994, consideró procedente demandar el acto mediante el cual la administración desvincula del servicio al “docente contratista” y por esta vía conseguir: reconocimiento de prestaciones sociales, reconocimiento de diferencias laborales, sanciones moratorias e inclusive el reintegro, ordenando la vinculación en provisionalidad del educador despedido.

En nuestro concepto es la posición más justa para un educador y se respaldaba en la jurisprudencia del Consejo de Estado, plasmada en la sentencia de mayo 16 de 1974, en la cual dice:

“las personas que ejercen un cargo pueden ser funcionarios de derecho o funcionarios de hecho (...).

Los funcionarios de derecho son aquellos que desempeñan sus funciones en ejercicio de su investidura legítima y regular, como un nombramiento o una elección (...).

Los funcionarios de hecho son aquellos que desempeñan un cargo, pero en virtud de investidura irregular (...). los actos de estos funcionarios son también válidos”

En sentencia de julio 30 de 1998 afirmó: “no se requería de la formalidad de la posesión, porque de hecho, se hallaba desempeñando el cargo.... lo cual, ipso jure le imprimió el carácter de empleado público”

Esta posición tiene un fuerte contradictor en la jurisprudencia de la Corte Constitucional porque ésta da plena aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades pero únicamente para efectos patrimoniales. Con ello la Corte permite que a través del vínculo jurídico se establezca una diferencia entre quien ostenta el estatus de empleado público y el trabajador vinculado irregularmente mediante contrato de prestación de servicios, invirtiendo el principio y dándole primacía a la formalidad sobre la realidad.

La posición jurisprudencial de la Corte ha influido en el cambio jurisprudencial del Consejo de Estado, en dos sentidos: En primer término respecto a que se acepta la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo, que al momento de realizar la reclamación administrativa frente a la entidad territorial, niega la solicitud del pago de la deuda salarial y prestacional retroactiva y la igualdad de estos derechos hacia el futuro. El segundo aspecto, es que impide el reconocimiento de prestaciones sociales y diferencias salariales concediendo el pago de una indemnización.

Estamos de acuerdo con el hecho que la acción indicada, para que los educadores contratistas recobren sus derechos laborales, es la de nulidad y restablecimiento del derecho sobre el acto administrativo que niega el pago de las diferencias salariales y prestaciones sociales, pero consideramos que la posición del juzgador debe ser encaminada a conceder las pretensiones en su totalidad y no una indemnización compensatoria a cambio de ellas.

Y en el evento en que el juzgador se mantenga en su posición de conceder la indemnización compensatoria, consideramos que no debe, bajo ningún aspecto, aplicar la figura de la “prescripción trienal” establecida para las reclamaciones de derechos laborales porque incurre en una contradicción jurídica debido a que la indemnización compensatoria tiene un valor equivalente al de las prestaciones sociales no reconocidas a título de resarcimiento de perjuicios, los cuales perduren en el tiempo sin lugar a la prescripción.

La base jurídica para el reconocimiento y pago de la totalidad de prestaciones sociales y diferencias salariales no debe fundamentarse en el reconocimiento de la existencia de un vínculo legal y reglamentario que le otorga el estatus de servidor público, lo cual con justa razón ha sido negado por la Corte Constitucional, sino en el equiparamiento de la capacidad y preparación del docente contratista con el docente de planta, reconocida a través del grado establecido en el escalafón docente.

En consecuencia proponemos que en la demanda elevada para estos conflictos, las pretensiones básicas deberán configurarse en los siguientes términos:

PRIMERA Que se declare la nulidad de acto administrativo que negó la reclamación de la nivelación salarial y el pago de prestaciones sociales, por el desconocimiento del ordenamiento jurídico al esconder una relación laboral mediante un contrato administrativo de prestación de servicios.

SEGUNDA. Que se declare la existencia de una relación laboral subordinada, comprendida desde – hasta, entre XXX y el Municipio.

TERCERA. Que en consecuencia se ordene el pago de las diferencias salariales y prestaciones sociales dejadas de percibir por XXX, durante el tiempo de la relación laboral.

CUARTA: Que se ordene el pago de las respectivas indemnizaciones moratorias, ó en su defecto, se actualicen las sumas adeudadas con el I.P.C.

QUINTA: Que se ordene la vinculación en provisionalidad hasta tanto se realice el concurso para proveer la vacante.

SEXTA: Que compulsen copias del proceso a los organismos de control para adelantar la respectiva acción disciplinaria, en contra del funcionario público nominador.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA: Por mandato del artículo 125 constitucional, la función pública de carácter permanente debe ser ejecutada mediante el empleo público cuya característica principal es que se establece mediante una relación laboral, legal y reglamentaria.

SEGUNDA: La ley 80 de 1993, posibilita la contratación de personas naturales o jurídicas mediante contrato administrativo de prestación de servicios para desarrollar funciones administrativas con la limitante que sean funciones que requieran conocimientos especializados y que sean de carácter estrictamente temporal.

TERCERA: Los funcionarios administrativos, han desnaturalizado los contratos administrativos de prestación de servicios utilizándolos para ocultar la existencia de una relación laboral en detrimento de los derechos de los trabajadores.

CUARTA: En cumplimiento del mandato del artículo 53 constitucional, la Corte Constitucional, de manera parcial, ha definido los parámetros que le permita a los docentes vinculados mediante contratos de prestación de servicios, el resarcimiento de los perjuicios sufridos cuando mediante esta modalidad de contratación se oculte una relación laboral.

QUINTA: Existe un mecanismo disciplinario para evitar que los funcionarios administrativos atenten contra los principios de igualdad, de irrenunciabilidad de derechos, de remuneración, de estabilidad de los docentes mediante la utilización indebida de los contratos de prestación de servicios y al mismo tiempo sea una herramienta de lucha contra la corrupción administrativa dentro del Estado.

SEXTA: Cuando un funcionario celebra indebidamente contratos de prestación de servicios, atenta contra los principios de la administración pública como son la igualdad, la moralidad, la eficacia, imparcialidad y publicidad.

SÉPTIMA: En el sector educativo, la sociedad es la más afectada por cuanto esta práctica indebida no permite que sea la meritocracia el camino de acceso de los educadores a la función pública y por consiguiente se priva a los educandos de recibir una educación de calidad con los mejores profesionales en esta función.

OCTAVA: La rama judicial ha sido el ente que más ha vulnerado el principio de la primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional,

porque a pesar de observar la existencia de una relación laboral oculta tras un contrato de prestación de servicios, y resarcir económicamente no declara el perjuicio, no declara la existencia de una relación laboral, con lo cual dicho tiempo para efectos pensionales por ejemplo no se asume al servicio del ente Estatal, aumentando el perjuicio si el “contratista” no cotizó por su cuenta al sistema general de pensiones.

NOVENA: La discusión surgida recientemente en el Concejo de Estado, entre la Sala Plena y la Sección Segunda respecto de la acción a incoar en éste tipo de casos, no refleja el pensamiento iuslaboralista que para éste tipo de casos debe prevalecer, si se trata de proteger el trabajo en todas sus modalidades. Prevalece el criterio *iuspublicista*, conforme al cual el servidor público es un agente estatal y no una persona trabajadora. Preocupa igualmente, de las decisiones judiciales el concepto de subordinación que desde ya se empieza a delinear; tema que de por sí constituye un atractivo para futuras investigaciones, en procura de definir el futuro de la relación laboral subordinada, que se presenta con muchos matices hoy.

DÉCIMA: Dentro de las sentencias donde se decide reclamaciones derivadas de la indebida aplicación de la figura de contrato administrativo de prestación de servicios, se observa que existe una mezcla de normatividad jurídica laboral y contractual ya que para unos aspectos se utiliza la figura de la indemnización y al mismo tiempo se aplica la prescripción trienal que es propia del derecho laboral.

UNDÉCIMA: A pesar de la buena voluntad del legislador para evitar la mala utilización de este tipo de contratación, al establecer mecanismos sancionatorios para los funcionarios encargados de la contratación y convocar la vinculación provisional, no ha creado una acción jurídica viable para que el funcionario judicial pueda otorgar y reconocer la totalidad de los derechos laborales conculcados a los docentes O.P.S.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTURO DELGADO, Eneiro, Diccionario de Derecho Constitucional Colombiano, Litografía Liberty. Pasto 2000. 180 p.
- CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral, Tomo II. Buenos Aires (Argentina). Ediciones El Gráfico. 1968. 450 p.
- Congreso de la República de Colombia. Código Disciplinario Único. Ley 734 de 2002. Editorial Leyer. Bogotá Colombia 2003.
- Congreso de la República de Colombia. Estatuto de la Contratación Administrativa, Ley 80 de 1993. Momo ediciones 2003.
- Congreso de la República de Colombia. Ley General de Educación. Ley 115 de 1993. Momo ediciones 2002.
- Congreso de la República de Colombia, Código sustantivo del trabajo y de procedimiento laboral, editorial Leyer, Bogotá (Colombia) 2003. 789 p.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 443 de 1998. Momo Ediciones. 2003.
- Constitución Política de Colombia, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, imprenta nacional, Bogotá, Colombia 1998.
- DE FERRARI, Francisco Derecho del Trabajo, Buenos Aires (Argentina), editorial Roque Depalma, 2ª edición, 1962. 283 p.
- Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid (España) 2001. 1445 p. ISBN: 84-239-6666-6
- Ediciones Sistematizadas, 2003. Sentencias Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Concejo de Estado.
- ESCOBAR PÉREZ, Luis Gonzalo. Análisis e Interpretación Socio Jurídica de la Llamada Descentralización Administrativa en el Sector Público, Tesis. 1991.

- FERNÁNDEZ, BRIGNONI, H., Las empresas unipersonales en la perspectiva laboral, en Rev. Derecho Laboral No. 184, Montevideo 1996. SP.
- GALIANA MORENO, J.M. Crisis del Contrato de Trabajo, en Revista de Derecho Social No. 2. Albacete (España) 1998. SP.
- GUERRERO RODRÍGUEZ, Lucí Alba, Contratos de Trabajo y Relación Laboral. Tesis, 1979.
- HORMIGA C. Maria Cristina, MOSQUERA U. Carlos Ignacio, LUNA URREA, Antonio. NUEVO ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL, Edición Doctrina y Ley, Bogotá D.C. 1996. 116 p.
- MARTÍNEZ IBARRA, Fredy Hernando. Los Contratos de la Administración Pública, Tesis, 1987
- ORTIZ VELA, José Eduardo, QUISPES FUERTES, Carlos Alberto, CÓRDOBA BURGOS, Germán, El maestro Legal. Ed. Empresa Ciudadana. Primera Edición, san Juan de Pasto (Colombia), Abril de 2003. 478 p.
- RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. El Acto y el Procedimiento Administrativo en el Derecho Colombiano. Editorial “IMPRESOS LA CASTELLANA”. Primera Edición, San Juan de Pasto (Colombia), 2001. 426 p.
- RAMÍREZ GRONDA, Juan D. El contrato de Trabajo. SL, SEd, SP.
- SA. “Los principios del Derecho Laboral en la Nueva Constitución” en Revista Actualidad Laboral, Legis No. 48 p.12.
- SOLANO, Jairo Enrique, Contratación Administrativa, Editorial LINOTIPIA BOLIVAR Y CIA S. En C. Bogotá D.C. (Colombia), 1997 p. 11.
- VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral, Editorial Rodríguez Quito, segunda Edición, Tomo I, Santa fe de Bogotá (Colombia), 1995. p.126.

ANEXO A.

ENCUESTA

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

ENCUESTA PARA LA INVESTIGACIÓN:
“LAS ORDENES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO GENERADORAS DE
UNA VERDADERA RELACIÓN LABORAL”

1. DATOS GENERALES:

Fecha : _____
Nombre : _____
Institución: _____
Cargo : _____
Profesión: _____

2. CUESTIONARIO

2.1 Donde presta sus servicios usted? Marque su respuesta con una X

- Municipio _____
- Departamento _____
- Nación _____

2.2 Desde hace cuánto tiempo?.

2.3 Qué tipo de tipo de relación jurídica tiene usted en este momento?. Marque su respuesta con una X

- Nombramiento provisional _____
- Orden de Prestación de Servicios _____
- Otro _____ Cuál? _____

2.4 Cuánto tiempo lleva vinculado mediante este tipo de contratación?.

2.5 Si su contratación anterior era diferente a la actual, qué tipo de contratación tenía ?

2.6 Cuánto tiempo laboró usted bajo esa modalidad de contratación?.

2.7Cuál es su horario de trabajo en la institución?.

2.8 Su asignación salarial corresponde a la establecida en el Escalafón Docente?.

2.9 En la vinculación laboral anterior, su empleador le reconocía los siguientes derechos: (Marque su respuesta con una X)

- Cesantías _____
- Vacaciones _____
- Primas _____
- Dotaciones _____
- Seguridad social _____

2.10 En la vinculación laboral actual, su empleador le reconoce los siguientes derechos: (Marque su respuesta con una X)

- Cesantías _____
- Vacaciones _____
- Primas _____
- Dotaciones _____
- Seguridad social _____

2.11 Cuando su contrato era mediante ORDEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIO, su empleador le permitía subcontratar para desempeñar el objeto para el cual fue contratado (a)? (Marque su respuesta con una X)

Si _____ No _____

2.12 Cuando su contrato era mediante ORDEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIO, bajo qué reglamento se encontraba sujeta su labor?.

2.13 Desde el inicio de su vinculación ha recibido usted llamados de atención?
(Marque su respuesta con una X)

Si.____ No____ De que tipo?

Memos u oficios _____
Requerimientos Verbales _____
Disciplinarios _____

2.14 Su cargo hace parte de la planta de personal docente? (Marque su
respuesta con una X)

Si.____ No____

2.15 Durante el desempeño de sus labores contratado (a) como docente O.P.S.
existieron personas que cumplían la misma tarea, estando éstas
designadas en propiedad? (Marque su respuesta con una X)

Si____ No____

Observaciones:_____

Le agradecemos su colaboración.