

**LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL
EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE
LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS**

**ESTUDIO DENTRO DEL AMBITO DE LOS CONTRATOS ESTATALES
DE PRESTACION DE SERVICIOS**

DIANA PATRICIA BACCA ONOFRE

SILVIA XIMENA BRAVO IBARRA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURIDICOS
SAN JUAN DE PASTO
2013**

**LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL
EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE
LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS**

**ESTUDIO DENTRO DEL AMBITO DE LOS CONTRATOS ESTATALES
DE PRESTACION DE SERVICIOS**

DIANA PATRICIA BACCA ONOFRE

SILVIA XIMENA BRAVO IBARRA

**Trabajo presentado para optar el título de especialistas en
Derecho laboral y seguridad social.**

Asesor: Dr. FRANCISCO PAZ OBANDO.

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURIDICOS
SAN JUAN DE PASTO**

2013

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo de grado son responsabilidad exclusiva de los autores”

Artículo 1 del acuerdo 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

JURADO

JURADO

**DR. FRANCISCO PAZ OBANDO.
ASESOR**

San Juan de Pasto, Mayo de 2013.

DEDICATORIA

Dedicamos este estudio a Dios, a Nuestros padres, a nuestros esposos, a nuestra educación, a todos nuestros familiares y, a aquellos que trabajan perseverantemente por la aplicación de los principios constitucionales del derecho laboral.

CONTENIDO

INTRODUCCION	Pág. 11
1. DEFINICION DE PRINCIPIOS DEL DERECHO.....	13
1.1. LOS PRINCIPIOS DESDE LA FILOSOFIA DEL DERECHO.....	13
1.2 DIFERENCIAS ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS.....	13
1.3 PRINCIPIOS DESDE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.....	15
1.4 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS EN EL TRAZO JURISPRUDENCIAL.....	16
1.4.1 Acceso a la Función Pública.....	16
1.4.2 Primacía de la realidad.....	18
1.5 NUEVAS SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES-PRINCIPIOS.....	19
1.5.1 Elemento de Función permanente.....	19
1.5.2 Elemento de Coordinación.....	21
2.- ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN LABORAL.....	22
2.1 PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO.....	22
2.2 SALARIO.....	23
2.3 SUBORDINACIÓN.....	23
2.3.1 Ius Variandi.....	24
2.3.2 Cumplimiento de horario.....	25
2.3.3 Facultad disciplinaria.....	26
3. CONTRATACION ESTATAL.....	28
3.1 CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	29
3.1.1 Evolución legal del concepto de contrato estatal de prestación de servicios.....	30
3.1.2 Características esenciales del contrato de prestación de servicios.....	32
4. FORMAS DE VINCULACION LABORAL EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA: SERVIDORES PUBLICOS.....	33
4.1 VINCULO LEGAL Y REGLAMENTARIO- EMPLEADOS PÚBLICOS....	33
4.2 EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL LEY 909.....	34
4.3 CONTRATO LABORAL- TRABAJADORES OFICIALES.....	35
5.- DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE CONTRATO ESTATAL DEL PRESTACION DE SERVICIOS, Y EL VÍNCULO DE SERVIDORES PUBLICOS EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA.....	37
6.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL.....	39

7.- DESARROLLO DEL TRAZO JURISPRUDENCIAL.....	43
7.1 CORTE CONSTITUCIONAL.....	43
7.1.1 Sentencia fundadora C-056 de 1993.....	45
7.1.2 Sentencia C-555 de 994.....	47
7.1.3 Sentencia C-280 de 996.....	49
7.1.4 Sentencia C-154 de 997.....	52
7.1.5 Sentencia C-037 de 2003.....	54
7.1.6 Sentencia C-094 de 2003.....	56
7.1.7 Sentencia T-426 de 2004.....	57
7.1.8 Sentencia T-1109 de 2005.....	59
7.1.9. Sentencia C-397 de 2006.....	60
7.1.10 Sentencia C-960 de 2007.....	62
7.1.11 Sentencia C-614 de 2009.....	
7.2 CONSEJO DE ESTADO.....	65
7.2.1 Sentencia de 25 de enero de 2001 Rad. 1654.....	65
7.2.2 Sentencia de 21 de febrero de 2002 Rad. 3530.....	66
7.2.3 Sentencia de 03 de julio de 2003 Rad. 4798.....	67
7.2.4 Sentencia de 21 de agosto de 2003 Rad.0370.....	68
7.2.5 Sentencia IJ 0039 Sala plena de 18 noviembre de 2003.....	69
7.2.6 Sentencia de 19 de febrero de 2004 Rad. 0099.....	75
7.2.7 Sentencia de 07 de abril de 2005 Rad.4312.....	77
7.2.8 Sentencia de 23 de junio de 2005 Rad. 245.....	79
7.2.9 Sentencia de 30 de marzo de 2006 Rad. 4669.....	81
7.2.10 Sentencia de 6 de marzo de 2008 Rad 2152.....	83
7.2.11 Sentencia de 17 de abril de 2008 Rad 2776.....	85
7.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	88
7.3.1 Sala casación laboral 21abril 2004.....	88
7.3.2 Sala casación laboral 31 agosto 2010.....	90
CONCLUSIONES.....	92
DIAGRAMA DE UNIVERSO CITACIONAL.....	96
DIAGRAMA DE FLUJO JURÍDICO - TRAZO JURISPRUDENCIAL....	97
BIBLIOGRAFIA.....	98

GLOSARIO

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ESTATALES: Forma de contratación que no genera vínculo laboral con el Estado.

INTERPRETACIÓN: Conocimiento del verdadero sentido y alcance de un concepto.

JURISPRUDENCIA- PROVIDENCIA: Decisión de las altas cortes que conforman el sistema judicial colombiano.

NORMA: Regla dirigida a la ordenación del comportamiento humano.

PRECEDENTES: una serie constante de decisiones uniformes proferidas por una autoridad judicial que tienen la virtud de generar derecho obligando a futuros interpretes.

RATIO DECIDENDI: Principio, regla o razón general tomada de la sentencia y que se concreta en la razón de la decisión judicial.

SUB REGLA: Formulaciones que permiten aplicar los principios o derecho abstracto a un caso concreto.

VINCULO LEGAL Y REGLAMENTARIO: Forma de vinculación laboral con el estado generando la calidad de empleado público previo cumplimiento de requisitos constitucionales.

RESUMEN

El análisis o trazo jurisprudencial inicia a partir de la sentencia mas reciente que desarrolla el escenario de estudio denominada sentencia final del trazo que conlleva a unificar un grupo de fallos, permitiendo a través de un método abductivo emprender el estudio hasta una sentencia fundante de la cual se despliega el estudio jurisprudencial. Se enfoca al análisis de sentencias de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia las cuales mediante sus ratios decidendi establecen nuevas subreglas constitucionales que permiten la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre los formalismos en contratos de prestación de servicios Estatales cuando se da el cumplimiento de los elementos esenciales de la relación laboral: prestación personal, remuneración, subordinación, no coordinación, y función permanente; generando el reconocimiento de una relación laboral y el reconocimiento de las garantías laborales y prestacionales. La investigación realiza previamente un estudio normativo de las formas de vinculación laboral con el Estado y del contrato estatal de prestación de servicios para precisar los conceptos antes de estudiar la evolución jurisprudencial del principio de primacía de realidad

ABSTRACT.

The Jurisprudential analysis starts from a final judgment to unify a group of statements, allowing through an abductive method undertake the study of a founding judgement which jurisprudential study unfolds. It focuses on the analysis of judgments of the Constitutional Court, Council of State and Supreme Court which by its new subset ratios decidendi allowing constitutional principle of primacy of reality over formalities in contracts for state services when there is compliance with the essential elements of the employment relationship: personal services, compensation, subordination, not coordination, and ongoing function, generating the recognition of an employment relationship and the recognition of work guarantees and social benefits. Research done previously a normative study of the forms of employment relationship with the state and the state contract to provide services to refine the concepts before studying jurisprudential evolution of the principle of primacy of reality

INTRODUCCION

El principio de primacía de la realidad, contemplado en el ámbito laboral, es de aplicación plena frente a cualquier modalidad contractual en que se pretenda ocultar la realidad del vínculo existente dando prevalencia a la realidad sobre las formas, sin embargo el mismo ha tenido un mayor desarrollo jurisprudencial frente a los contratos de prestación de servicios estatales, por lo que la investigación se centrará en el estudio de este particular.

El contrato de prestación de servicios se ha establecido como un contrato Estatal en la contratación pública en Colombia, se creó legalmente a favor de la administración pública como un instrumento para el cumplimiento de funciones administrativas. De igual manera las formas de vinculación ante la administración: El vínculo legal y reglamentario en el caso de empleados públicos, y el de contrato de trabajo en caso de trabajadores oficiales reguladas legalmente y con protección constitucional permiten un adecuado funcionamiento de la administración pública.

No obstante la acertada definición normativa de las formas de vinculación laboral y de contratación, con la administración pública, el desconocimiento e inexperience en el campo de vinculaciones y contrataciones respecto de los alcances del contrato de prestación de servicios y los derechos laborales que asisten a quienes desempeñan funciones dentro de la administración pública, ha provocado un evidente desacierto en las formas de vinculación obteniendo como resultado una alta proporción de personas vinculadas por contratos de prestación de servicios para el cumplimiento permanente de funciones públicas, distorsionándose la regulación legal de las distintas formas de vinculación con el estado, y generando indiscutiblemente un incremento considerable de procesos judiciales promovidos por los denominados contratistas cuando ven vulnerados sus derechos laborales ó se ha visto quebrantado el derecho a la igualdad con el personal de las entidades públicas.

El resultado de los procesos judiciales evidencia que las entidades estatales están utilizando esta figura jurídica de Contratación Estatal – Contrato de prestación de servicios -- como un medio para vincular verdaderos trabajadores permanentes al servicio de la administración sin darles la verdadera calidad de servidores públicos o trabajadores oficiales, desconociendo abiertamente los derechos laborales que les asisten.

Esta investigación, pretende dar claridad respecto a los conceptos de cada una de estas formas jurídicas de vinculación con el estado: La primera el contrato estatal de prestación de servicios, y la segunda la vinculación de servidores públicos en la administración pública: en sus dos esferas contrato laboral o vínculo legal y reglamentario, a fin de identificar plenamente sus características y diferencias, contribuyendo a que se evite la tergiversación de los mismos y con ello el abuso

de los derechos laborales. Sin desconocer que en caso en que se empleen en indebida forma estos contratos, los funcionarios judiciales están llamados a reconocer el principio constitucional de la primacía de la realidad.

En este orden de ideas la tesis refiere inicialmente un enfoque conceptual y legal que identifica las formas de vinculación con el estado y también el estudio de otros aspectos jurídicos como son el estudio de los elementos de un contrato de trabajo, los requisitos de un contrato realidad en la administración pública, y otros aspectos fundamentales existentes en contratos de trabajo o contratos realidad que se derivan de los elementos de una verdadera relación laboral: como son el *lus variandi* patronal, el derecho disciplinario, la no coordinación, el acoso laboral, que analizados en casos particulares han permitido establecer la procedencia o improcedencia de la aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos, y que han enriquecido la posición jurisprudencial, para luego realizar un estudio de la marcada posición jurisprudencial --de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia-- rastreada desde el año de 1993 que se ha venido decantando con el desarrollo propio del principio de la primacía de la realidad hasta el año 2010, para lo cual se presentaran aportes al final de cada sentencia expuesta, puntualizando los cambios importantes y la relación o trazo existente entre las sentencias estudiadas.

De manera particular se analizara la sentencia final del trazo C-614 de 2009 la cual constituye un importante precedente jurisprudencial, y no obstante ser de obligatorio cumplimiento para las entidades y autoridades públicas por ser mandato de la Corte Constitucional no se ha tenido en cuenta pues las entidades han persistido en celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales para realizar labores y actividades permanentes de la administración pública, por lo que se justifica la presente investigación.

1.- DEFINICION DE PRINCIPIOS DEL DERECHO

1.1 LOS PRINCIPIOS DESDE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

El estudio del derecho en general desde su inicio ha buscado conocer cuál es la naturaleza del derecho, surgiendo así dos concepciones y con ellas dos escuelas: la primera la *lus Naturalista* en la cual el concepto del derecho natural coincide con el concepto de principios así todo derecho tiene su sustento extrajurídico en algo superior: Dios, la moral, la razón, la naturaleza, en este orden de ideas los principios son inherentes al ser humano, y la segunda escuela la *lus positivista* o positivismo jurídico es una corriente de pensamiento jurídico, su principal tesis es la separación conceptual entre moral y derecho que supone un rechazo a una vinculación lógica o necesaria entre ambos¹, así solo se considera principio lo que sea establecido como tal por el legislador.

En el siglo XX los nuevos *lus naturalistas* y *lus positivistas* aceptan la existencia de los principios y la necesidad de los mismos en los sistemas jurídicos.

Autores como Carrió y Guastini señalan los principios como:

... norma redactada en términos particularmente vagos por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que demandan concreción y ponderación; norma programática o directriz, que determina unos fines a lograr; norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico; norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y que dice cómo seleccionar la norma aplicable e interpretarla, norma como máxima de la ciencia jurídica y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico. Es decir se plantea la idea que la concepción de principio no es unívoca²

1.2 DIFERENCIAS ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

Otra forma de comprender la definición de los principios, es su entendimiento a partir de las diferencias que tienen estos con las reglas:

También hay definiciones de autores que diferencian los principios de las reglas, uno de los más emblemáticos es Dworkin, de la escuela del nuevo *lus naturalismo*:

¹ HART. El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral, en Dworkin, Ronald. La Filosofía del Derecho, México, Fondo de Cultura Económica, p. 35-74.

² GOYES MORENO Isabel. HIDALGO OVIEDO Mónica. Principios del derecho laboral: Líneas jurisprudenciales. Pasto, 2012.

Las reglas son aplicables a la manera de todo o nada. Si se dan los hechos que estipula una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión (...). Pero no es de esta manera como operan los principios (...). Ni siquiera aquellos que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condiciones previstas están satisfechas (...) los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios (...) quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno (...) las reglas no tienen esa dimensión³.

Alexy llama a las reglas mandatos prima facie, que son los que prescriben que algo se debe hacer de la manera más amplia posible compatible con las posibilidades jurídicas y de hecho. Esto quiere decir que su aplicación se pueda dar por grados, lo que implica la aplicación de un método de ponderación cuando existan varios principios⁴.

Hart llama “reglas jurídicas” a las normas identificables mediante la regla de reconocimiento” las reglas pueden ser primarias o secundarias, según impongan deberes u otorguen facultades de creación, extinción, modificaciones o fijación de efectos de las reglas primarias, respectivamente, Hart propone el derecho como un conjunto de reglas. Por su parte Dworkin sostiene que las reglas determinan con precisión su aplicación, mientras que los principios utilizan expresiones de textura abierta y la diferencia entre reglas y principios según este autor, se encuentra en un nivel lógico que tiene dos aspectos:

- Las reglas operan dentro de un sistema de todo o nada, si se dan los hechos estipulados por una regla, o bien ésta es válida y, por tanto, el resultado que prevé debe ser alcanzado en el caso concreto; o bien es inválida y, por ende, no tiene ninguna incidencia en el caso. Los principios en cambio, no siguen una lógica de todo o nada. A diferencia de las reglas, entonces, los principios no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica, es por esto que se puede decir que las reglas son conclusivas y los principios son no-conclusivos.
- La aplicación de los principios hace necesario pensar o ponderar, su valor relativo en unas circunstancias determinadas. Cuando dos reglas entran en conflicto, no tiene sentido preguntarse cuál de las dos tiene mayor importancia en el caso. Las únicas preguntas que tiene sentido en este contexto son: ¿deroga una regla a la otra? Y ¿es una regla una excepción a la otra? La respuesta afirmativa a una de las dos preguntas resuelve satisfactoriamente el problema⁵

³ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Citado por GOYES MORENO Isabel. HIDALGO OVIEDO Mónica. Principios del derecho laboral: Líneas jurisprudenciales. P. 29 Pasto, 2012.

⁴ *Ibidem*

⁵ RODRIGUEZ, Cesar. La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Bogotá 1997. Citado por GOYES MORENO Isabel. HIDALGO OVIEDO Mónica. Principios del derecho laboral: Líneas jurisprudenciales. Pasto, 2012. Pág. 29

El jurista Ramón Ruiz Ruiz profesor de Filosofía del Derecho de la universidad de Jalen España en su texto “Distinciones entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho” hace referencia a las posturas de destacados juristas en este punto de discusión:

Alexy concede que Günther tiene razón cuando afirma que hay casos en los que no es fácil decidir si una norma debería ser tratada como una regla o como un principio. Ésta es una cuestión de interpretación en la que no hay criterios que proporcionen respuestas simples y claras en todos los caso. No obstante, esto no impide considerar a los principios como normas con una estructura diferenciada, es más, la misma cuestión de si una norma es una regla o un principio presupone la existencia misma de éstos. Además, el cumplimiento gradual no es la única razón que justifica la distinción estructural entre normas o principios, pues sólo su existencia puede explicar por qué una norma desechada en una decisión de ponderación no se considera ni violada ni invalidada ⁶

1.3 PRINCIPIOS DESDE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Jurisprudencialmente se destacan algunas sentencias de la Corte Constitucional que definen los principios constitucionales, entre algunas de las más importantes se destacan:

.. La Sentencia T-406 de 1992, mediante la cual la Corte Constitucional diferencia el concepto de principio del concepto de valores: *“Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana....*

... La sentencia T-079, en la cual la Corte Constitucional reconociendo el carácter obligatorio de los principios señaló que *para interpretar una Constitución de principios y valores materiales como la de 1991 hay que adoptar, de entre los métodos interpretativos, el argumento axiológico y evaluación de valores, para concretar sus cláusulas abiertas, advirtiendo que “los principios constitucionales” son diferentes de los “principios generales del derecho” considerados como criterios auxiliares de la actividad jurídica....*

... En la sentencia C-690, La Corte Constitucional reconociendo el carácter obligatorio de los principios señaló que estos constituyen límites constitucionales y marcos de conducta para el poder tributario, de tal forma que los poderes públicos por virtud de estos principios jurídicos y de los criterios de la Constitución, se

⁶ RUIZ, Ramón. Distinciones entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho (en línea). En: Organización Urbe et ius, España, s.f. (Consultada: 15 de Marzo de 2013). Disponible en internet en: http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf.

encuentran comprometidos en la consecución de un orden social y económico justo....

... La sentencia de constitucionalidad C-1287 de 2001, menciona que *Los principios entendidos como conceptos deontológicos, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. ...*

.. La doctrina constitucional define los principios como normas con carácter obligatorio, que están sujetos a un ejercicio de ponderación.⁷

Los principios se enmarcan dentro de características que permiten diferenciarlos de las normas legales:

- Los principios ostentan un mayor grado de indeterminación que las reglas, tanto en su antecedente como en su consecuente, pues son más generales que las reglas.
- Los principios son normas de aplicación relativa respecto a las circunstancias de hecho que se invoquen.
- Los principios en su aplicación están sujetos al principio de proporcionalidad y al método de la ponderación.
- Los principios se presentan bajo la estructura de argumentos normativos, de cuyas características de aceptación y reiteración derivan su validez.
- Los principios se identifican por vía de la interpretación.⁸

1.4 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS EN EL TRAZO JURISPRUDENCIAL

1.4.1. Acceso a la Función Pública.

El artículo 125 de la Constitución Política elevó a rango constitucional el mérito como principio rector del acceso a la función pública, y consagró la regla general del sistema de carrera como su principal manifestación. En efecto, el artículo 125 superior dispone que el concurso público y el sistema de carrera son la regla general para la provisión de los empleos de todas las entidades y órganos del Estado, y que el ingreso a los cargos de carrera depende de los méritos y calidades de los aspirantes. Se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales, y los demás que señale la ley. Por su parte, el artículo 5° de la Ley 909 de 2004 indica que tampoco

⁷ Op. Cit. GOYES, Isabel. OVIEDO, Mónica Pág.

⁸ Ibidem. Pág.32

son cargos de carrera y, por tanto, tampoco están por regla general sometidos al concurso, los cargos de periodo fijo y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

Los concursos públicos como manifestación de este principio tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y las necesidades del servicio. En este sentido, las etapas y pruebas de un concurso deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencias, idoneidad física y moral, condiciones de personalidad y sentido social, entre otras aptitudes y cualidades, de los candidatos. Una vez estas habilidades y cualidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás aspirantes.

El artículo 2 de la ley 909 de 2004, menciona y enuncia los principios de la función pública:

La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios Constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

Este principio encuentra un eco importante en los principios laborales contenidos en el artículo 53 de la carta política particularmente en el principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores, en cuanto al sistema de ingreso por mérito a la administración pública, y el principio de la estabilidad en el empleo por las condiciones legales existentes para la desvinculación del servicio público, sin embargo en la investigación se lo toma exclusivamente como referencia importante para diferenciar el vínculo generado por contrato laboral con el estado con el contrato estatal de prestación de servicios.

1.4.2. Primacía de la realidad.

Está consagrado como un principio fundamental de nuestro Estado social de Derecho, en el art. 53 de la Constitución Política de Colombia el cual señala: “El congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: ...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”. Este es un principio Constitucional que establece que las relaciones laborales reales deben tener como garantías mínimas todos los derechos inherentes a la existencia de la relación laboral, y en este sentido el reconocimiento de este principio implica per se el reconocimiento de los demás principios del artículo 53: pago de salarios, 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, protección especial a la mujer, a la maternidad y afiliación a la seguridad social.

El principio de la primacía de la realidad se fundamenta en el código sustantivo del trabajo el cual refiere a los elementos esenciales para llevar a cabo un vinculo o contrato laboral, en este sentido al presentarse los elementos que lo constituyen se debe proceder a reconocerlo como la existencia de un “Contrato realidad” concepto que fue creado por de la cueva y Molitor⁹. El principio así concebido tiene como finalidad la correcta interpretación de la relación empleador-trabajador, lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han contratado formalmente.

La primacía de la realidad se presenta en muchos campos, es muy común que se utilice un contrato de prestación de servicios para esconder una verdadera relación laboral pero también existe en otras figuras comerciales y civiles. Solo a manera de ejemplo: el Decreto 2025 de 2011 que impuso prohibiciones y sanciones para quienes utilicen tercerización laboral en vinculación a entidades públicas, establece que las mismas se aplicaran sin perjuicio del reconocimiento del principio constitucional de la primacía de la realidad, en cuanto las nuevas figuras que se utilizan como laborales sin serlo: cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado.

El estudio jurisprudencial realizado abarca la evolución del principio de la primacía de realidad sobre las formas aplicado en forma concreta a los contratos de prestación de servicios realizados con el Estado.

⁹ DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del trabajo. Citado por GOYES MORENO ISABEL y OVIEDO MONICA. Principios del derecho laboral Líneas jurisprudenciales, Ed. U Nariño 2006.

1.5. NUEVAS SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES-PRINCIPIOS.

Para definir los lineamientos del concepto de sub-regla, se retoman las palabras del tratadista DIEGO LOPEZ MEDINA:

“Puede decirse en General, que una cita jurisprudencial analógica es aquella en la que un fallo más reciente cita la ratio decidendi o Subregla de una sentencia anterior como norma jurídica aplicable prima facie al caso que se está decidiendo. El vínculo de autoridad que une a las dos sentencias se fundamenta directamente en la analogía fáctica existente entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso presente. Por regla general, y siempre que la subregla jurisprudencial (i) sea genuinamente análoga, (ii) se identifique adecuadamente su ratio decidendi y (iii) no existan motivos suficientes y razonables para cambiar la jurisprudencia, tal citación dispone del caso, esto es, se trata de un argumento central en el sentido de la definición del mismo”¹⁰

El análisis jurisprudencial realizado en el presente trabajo, advierte que se desarrollan dos nuevas sub reglas que se explican detalladamente en las sentencias de la Corte Constitucional C-614 de 2009 y del Consejo de Estado IJ 039 de 2003, denominadas elemento de la función permanente y elemento de la coordinación, subreglas que identifican con claridad las bases análogas para ser aplicadas a posteriores casos concretos.

1.5.1 Elemento de la función permanente: Sub-regla jurisprudencial.

La función permanente, es un elemento que permite verificar la existencia de un contrato realidad, no está consagrado con rango constitucional, pero su evolución es jurisprudencial elevándose a nivel de sub regla. Se define en el marco legal por cuanto la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente.

La Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, señaló los criterios que definen el concepto de función permanente que resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, tales como:

- 1) Criterio Funcional “...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es

¹⁰ LOPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los Jueces pág: 113

*susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”*¹¹

2) Criterio de igualdad: *Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública”*¹².

3) Criterio temporal o de la habitualidad: *Si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral”*¹³.

4) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública. Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual.

5) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. El Consejo de Estado indicó:

*No puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este.*¹⁴

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 21 agosto de 2003 C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Radicación 0370-2003.

¹² CONSEJO DE ESTADO Sentencia citada del 6 de septiembre de 2008 C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 2152-06.

¹³ CONSEJO DE ESTADO Sentencia 17 de abril de 2008 C.P. Jaime Moreno García. R 2776-05

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO Sentencia de 21 de agosto de 2003 C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Rad 0370-2003.

En resumen, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios y que se constituye como una nueva sub-regla jurisprudencial es la función permanente que debe ser analizada desde el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o si haciendo parte de ellas no puede ejecutarse con empleados de planta o requiere conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, de lo contrario, la administración pública debe recurrir a la ampliación de la planta de personal y a realizar un concurso de méritos para vincular personal.

1.5.2.1 Elemento de Coordinación: Sub regla jurisprudencial

El elemento de coordinación al igual que el de función permanente, permite verificar la existencia de un contrato realidad, tampoco tiene rango constitucional y su evolución es jurisprudencial constituyendo una nueva sub regla jurisprudencial.

El Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero y 17 de junio de 2004, Magistrado Ponente Alejandro Ordoñez, estableció que en situaciones específicas de mera coordinación no se permite configurar la existencia de la subordinación, evento en el cual no se encubriría una relación laboral.

Para la jurisprudencia actual del Consejo de Estado la subordinación es un elemento esencial de la relación laboral, lo que se exige ser demostrado para que se declare la existencia de una relación laboral ante la presencia de un contrato de prestación de servicios, con la concurrencia de los otros elementos propios de aquella, entre ellos la prestación personal del servicio, la remuneración económica que constituirá el salario, pero deja claro que las relaciones de coordinación entre la administración y el contratista no son iguales a las relaciones de subordinación. Aquéllas implican la posibilidad de que la administración imponga tareas técnicas, una disponibilidad horaria específica, la obligación de rendir informes, o la necesidad de someter al contratista a las pautas y a la forma como en la administración se encuentran coordinadas las distintas actividades, sin que se afecte la autonomía del contratista.

De esta manera, para el punto de la subordinación, se requiere analizar en cada caso concreto, la forma como se dieron las relaciones de prestación, deslindando así la existencia de relaciones de coordinación con las de subordinación, las que se distinguirían por un mayor poder de limitar la autonomía del contratista, bien sea mediante la formulación de órdenes (no sólo directrices o pautas), o por la imposición de verdaderas sanciones disciplinarias.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN LABORAL

Los elementos esenciales en la relación laboral establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo son: la prestación personal del servicio, el salario o remuneración por el servicio prestado, y la subordinación, y se aplican a toda relación laboral sea con el estado o privada.

En toda forma de prestación de servicios, como por ejemplo: el mandato, la prestación de servicios profesionales y la relación laboral, existen dos elementos visibles: el primero es el servicio y el segundo la remuneración del mismo, siendo únicamente el tercer elemento denominado “subordinación” el determinante en la existencia de una relación laboral o un contrato realidad, en cuanto los dos primeros elementos se presentan también con gran similitud en el contrato estatal de prestación de servicios, como prestación profesional de servicio y honorarios.

Por las características especiales de la relación laboral, la doctrina jurídica ha buscado establecer el elemento determinante, que permita distinguirla de las demás prestaciones de servicios y ha encontrado que es la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

Una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo 23, se entiende que existe una relación laboral y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por lo que nos adentramos al estudio de los elementos de la relación laboral, a partir de su concepto.

2.1 PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO

Implica la realización de una labor por parte de una persona únicamente natural, a otra que puede ser natural o jurídica. Significa que el trabajador que no puede ser una persona jurídica, debe realizarlo por sí mismo, lo anterior se denomina prestación personal del servicio, sin ayuda de ninguna otra persona y sin que el trabajador contratado pueda ser sustituido por otro.

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Esta presunción general, asume que todo trabajo ejecutado de forma personal está regido por un contrato de trabajo, de modo que en inicio cuando una persona desarrolla un trabajo para otra, la ley está presumiendo la existencia de un contrato de trabajo. Esta presunción se vuelve una realidad, en el momento que se configuren los tres elementos contemplados por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para el caso de los empleados públicos, el artículo 125 de la Constitución Política, establece que el empleo público es un conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona que presta personalmente el servicio siempre que la misma cumpla las condiciones requeridas por ley para llevar cabo funciones previamente determinadas, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de la función pública estatal y con ella los fines esenciales del Estado.

2.2. SALARIO

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo lo define como la retribución por el servicio prestado, y lo constituye la remuneración ordinaria, fija o variable, y todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario u horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. El pago que se haga al trabajador siempre debe corresponder a la retribución que el empleador hace al trabajador por la prestación de sus servicios.

En materia de empleados públicos en forma particular el artículo 122 Constitución Política señala que para proveer los empleos de carácter remunerado, se requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal y que se encuentren previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, pues todo empleo ha de tener asignada la remuneración que perciba su titular, es decir, la retribución por la prestación personal del servicio.

2.3 SUBORDINACIÓN

Consagrada en artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo literal B, la define como la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

En la relación laboral administrativa el servidor público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes,

obligaciones, prohibiciones, y manual de funciones a que están sometidos los servidores públicos.

La subordinación del trabajador en el contrato de trabajo, se ha definido por la Corte Constitucional así:

La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél.¹⁵

Sobre la materia, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de julio 01 de 1994, Rad. 6258 Sala de Casación Laboral, independientemente de que se trate de función pública o relación de naturaleza privada, mantiene la definición de la subordinación como la “aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente”.

En este orden de ideas, se debe entender que la subordinación tiene varios componentes, que pueden ayudar a identificar si existe o no poder subordinante por parte del empleador, y en este sentido determinar la existencia de un posible contrato realidad. Algunos de los componentes que permiten analizar la existencia de subordinación son: los variandi, horario, facultad disciplinaria, entre otros.

2.3.1. Ius variandi patronal. No obstante estar consagrado como un derecho del empleador, innegablemente constituye una de las manifestaciones notables del poder subordinante del empleador en la relación laboral por la facultad de modificar las condiciones de trabajo del trabajador, en cuanto al modo, lugar, tiempo o cantidad de trabajo, la cual debe ser ejercida con un criterio razonable y, por tanto, sin arbitrariedad, con sujeción a los límites constitucionales. En el sector público esta figura es aplicada en casos de reestructuración de entidades públicas,

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-386 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

con algunos requisitos adicionales, por lo que no es de aplicación puntual, dadas las garantías consagradas en el artículo 25 constitucional para empleados públicos, y las condiciones pactadas por los trabajadores oficiales en sus contratos.

2.3.2. Horario. Es un elemento indispensable de la subordinación, pero conforme se ha establecido por la Corte suprema de Justicia, el cumplimiento de un horario per se, no prueba el carácter vinculo subordinado, es tan sólo un elemento indiciario más no una prueba definitiva.

(...) la sentencia acusada también encuentra sustento en el razonamiento de que los horarios y la realización de trabajos en las instalaciones de la empresa no significan per se el establecimiento de una dependencia y subordinación, considera la Corte que aún tomando este último aserto como jurídico, tiene razón el tribunal al emitirlo porque ciertamente la subordinación típica de la relación de trabajo no se configura automáticamente por el hecho de que desde el inicio o en un determinado momento del vínculo jurídico convengan los contratantes un horario de prestación de servicios y la realización de éstos dentro de las instalaciones del beneficiario de los mismos, puesto que si bien algunas veces ello puede ser indicio de subordinación laboral, tales estipulaciones no son exóticas ni extrañas a negocios jurídicos diferentes a los del trabajo, y en especial a ciertos contratos civiles de prestación de servicios o de obra en los que es razonable una previsión de esa naturaleza para el buen suceso de lo convenido, sin que por ello se despoje necesariamente el contratista de su independencia. Además, conviene reiterar que en orden a esclarecer la subordinación, a menos que se pacte ella expresamente por las partes, es menester analizar el conjunto de factores determinantes del núcleo de la vinculación jurídica, y no aisladamente algunos de sus elementos, porque es precisamente ese contexto el que permite detectar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad sobre las formalidades ¹⁶

En un reciente pronunciamiento la sala laboral de la Corte Suprema de justicia en sentencia del 20 de junio de 2012, expediente 39335, respecto al estudio del horario en un contrato de prestación, dijo:

... del propio contrato de prestación de servicios, se desprende la verdadera condición subordinada de la vinculación del demandante, habida consideración que se previó una jornada de trabajo de 36 horas y turnos de disponibilidad durante 6 días, lo que es propio de una jornada de trabajo propia de una relación

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación laboral. Sentencia de mayo 4 de 2001, MP. José Roberto Herrera Vergara. Expediente 15678.

laboral, caracterizada por su actividad presencial en las instalaciones de la empresa.¹⁷

Es evidente que un horario fijado o impuesto por si solo no puede desvirtuar la existencia de un contrato de prestación, pero si permite vislumbrar la existencia de un contrato realidad, y es un indicio fuerte que aunado a los otros elementos del contrato laboral es suficiente para que el juez declare la existencia de la primacía de la realidad.

En relación con las formas laborales de vinculación estatal, es necesario establecer que el artículo 33 del Decreto No. 1042 de 1978, que trata sobre la jornada laboral de los servidores públicos en uno de sus apartes prescribe: *“El jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario u horas extras (...)”*, situación que permite generar claridad sobre el horario de servidores públicos, su imposición y quien dispone ó genera ordenes en este tema, y diferenciarlo con los contratos estatales de prestación de servicios, en donde no debería presentarse este tipo de subordinación.

2.3.3. Facultad disciplinaria:

La facultad disciplinaria es la potestad del empleador de aplicar sanciones proporcionales a faltas o incumplimientos del trabajador o servidor público previo proceso realizado con las garantías mínimas legales y constitucionales, y constituye un elemento inseparable de la subordinación jurídica, tanto en el campo del derecho privado como también en el campo del derecho estatal, pues existe derecho disciplinario como elemento de subordinación Estatal frente a todos los servidores públicos.

La ley 734 establecen que son destinatarios de la ley disciplinaria todos los servidores públicos, la jurisprudencia ha concluido que:

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación laboral. Sentencia de Junio 20 de 2012.

“Ésta unificación es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de derecho, por cuanto de esa manera se busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública... Por ello el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, ya que los servidores públicos no sólo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”¹⁸.

La potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos sean empleados públicos o trabajadores oficiales, esto es sobre toda persona natural que presta una función pública de interés general, bajo la subordinación del Estado. En el mismo sentido la ley 1474 de 2011 establece que es disciplinable todo particular que ejerce función pública, independientemente del vínculo o modalidad contractual por la cual se vincule con el estado.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-280 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3.- CONTRATACION ESTATAL

La contratación Estatal es uno de los recursos más importantes para alcanzar los fines del Estado, prestación de servicios públicos, ejecución de presupuesto, está regulada en la Ley 80 de 1993, 361 de 1997, 816 de 2003, 905 de 2004, 996 de 2005, 1150 de 2007, 1450 de 2011, 1474 de 2011 y 019 de 2012, entre otras que contienen reglas generales en materia de contratación pública, reglamentadas por el Gobierno Nacional y entre los decretos más destacados y recientes esta el Decreto 734 de 2012.

Para cumplir con su finalidad, el Estado cuenta con instrumentos apropiados como el ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta forma, los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal.

La facultad de contratación por parte del Estado se desarrolla dentro de un marco legal asignado al Congreso de la República para la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional (C.P. art.150, inc. final), normatividad que subordina la actuación de las entidades estatales y en consecuencia la de sus servidores públicos en la ejecución de todas las etapas contractuales. Adicionalmente, tales funciones, como actividad estatal que son, tienden a lograr la obtención de resultados positivos bajo estricta sujeción, tanto para su regulación y realización, a los principios de la contratación pública como transparencia, economía, y responsabilidad, así como también bajo el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que gobiernan la función administrativa en general.

Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación.

Así, por ejemplo, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de contratar a través de contratos de prestación de servicios está sometida a requisitos legales, para evitar desvirtuar su naturaleza, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo.

Las estipulaciones en contratación estatal a través de contratos de prestación de servicios deben seguir la línea en cuanto a las condiciones del contrato estatal sobre el precio, el plazo y demás condiciones generales del contrato, sin ser posible que las mismas se pacten en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal.

3.1 CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

La ley 80 de 1993 define el contrato de prestación de servicios en su 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 ...3° **Contrato de prestación de servicios** Son 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”.

La relación contractual está regida en principio por la Ley 80 de 1993 y se configura cuando:

- 1) Se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública,
- 2) No se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada,
- 3) se acuerde un valor por honorarios prestados y,
- 4) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

3.1.1 Evolución legal del concepto de contrato de prestación de servicios:

El Decreto Ley 150 de 1976 regulaba en sus artículos 138 a 142 los contratos de prestación de servicios suscritos por la Nación y los Establecimientos Públicos.

La Ley 19 de 1982 En su artículo 1º señaló expresamente como contratos administrativos a los de prestación de servicios. Inciso 2 "los contratos de prestación de servicios son "los regulados bajo esa denominación en el Decreto Ley 150 de 1976". En el artículo 10º, esta ley concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de un (1) año contado a partir de su promulgación, para establecer la manera en que hayan de operar en los contratos a que se refiere el Decreto Ley 150 de 1976 los nuevos principios jurídicos consagrados en esta ley; (...)".

En ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 19 de 1982, el Presidente expidió el Decreto Ley 222 de 1983, el cual regulaba los contratos administrativos de prestación de servicios en el capítulo 11 del Título VIII sobre "Contratos". El artículo 163 define los contratos de prestación de servicios "....." El artículo 164 relaciona algunos de los contratos de prestación de servicios: "Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social; edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo; mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares..." y excluye expresamente a los contratos de consultoría. El artículo 165 hace extensivos los contratos de prestación de servicios a los contratos de carácter técnico o científico, y el artículo 166 a los contratos de asistencia técnica que se celebren con gobiernos extranjeros o entidades públicas internacionales. El artículo 167 señala que la remuneración de los contratos de prestación de servicios pactados con personas naturales se sujetará a lo estipulado en ellos y prohíbe el pago de prestaciones sociales. El artículo 168 dispone: "Para los efectos del presente estatuto, no se consideran contratos de prestación de servicios los de trabajo". El artículo 170 regula el trámite a seguir para la solicitud de las mencionadas entidades y el 171 regula lo relativo a la prórroga y adición del valor del contrato

El Decreto ley 1680 de 1991 en su artículo 25 dispone que salvo autorización expresa del jefe del respectivo organismo o entidad, los contratos de prestación de servicios no pueden celebrarse para el ejercicio de funciones administrativas.

La ley 60 de 1993 en su artículo 6 autorizaba realizar contratos de prestación de servicios a docentes hasta que sean vinculados a la planta de personal, esta norma fue declarada inexecutable por sentencia C – 555 de 1994 con el argumento: "La primacía de realidad no tiene el alcance de excusar la omisión del

cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública”.

La Ley 80 de 1993 en el artículo 32 establece que 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 en la misma norma y define el contrato de prestación de servicios como aquellos que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.¹⁹

De la misma manera, la ley 1150 de 2007 establece como una forma de contratación directa el contrato de prestación de servicios, y el decreto 734 de 2012 definen los Contratos de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales de la siguiente manera:

“Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el acto administrativo de justificación”.

De acuerdo con la evolución legal que define los contratos de prestación de servicios profesionales podemos observar que los mismos se ejecutan de manera autónoma e independiente, y por un término estrictamente necesario para desarrollar actividades administrativas, lo que significa que si esta figura

¹⁹CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 de 1993 ley general de contratación estatal. Bogotá. Diario Oficial.

contractual es utilizada para otros fines distintos a lo regulado en la evolución legal y con el cumplimiento de los elementos del contrato de trabajo estipulados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, se convierte en otra figura jurídica y provoca el reconocimiento de unos derechos laborales.

3.1.2 Características esenciales del contrato de prestación de servicios.

Los contratos de prestación de servicios, son una figura legal y constitucionalmente válida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y en este sentido pueden ser usados dentro del ámbito del derecho privado como dentro de la administración pública, con el respeto de su naturaleza jurídica y sin desvirtuar su esencia propia. Entre las características más notorias del contrato estatal se encuentran las siguientes:

- a.-** Tiene un carácter excepcional. Se debe tener en cuenta que si las actividades de la administración no pueden realizarse con el personal de planta o requieren de conocimientos especializados, dichas funciones pueden ser contratadas por prestación de servicios, pues por regla general la función pública se debe prestar por el personal de planta de la entidad pública.
- b.-** El objeto del contrato o la denominada obligación de hacer, se genera en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional del contratista.
- c.-** El contrato de prestación de servicios solo puede ser de carácter temporal con respecto a las actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, según su objeto y finalidad.
- d.-** La vigencia del contrato es temporal, duración por tiempo limitado. Si las actividades requieren permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, la entidad debe adoptar medidas para cumplir el artículo 122 de la Carta Política, creación de empleo público.
- e.-** Excepcionalmente el contrato de prestación de servicios puede tener por objeto funciones administrativas de conformidad con el artículo 210 C.P. “*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.*”.
- f.-** La autonomía e independencia del contratista, en aspecto técnico y científico.
- g.** Se puede celebrar con personas jurídicas y/o naturales.
- h.** No existe el elemento de subordinación, existe derecho de la entidad contratante de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y las obligaciones contractuales.

4. FORMAS DE VINCULACION LABORAL EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA: SERVIDORES PUBLICOS

Según el artículo 122 y 123 de la Constitución Política el Estado, ejerce la función pública al servicio de los intereses generales y ejerce sus actividades a través de personas vinculadas al mismo en calidad de servidores públicos, sean clasificados como empleados públicos o trabajadores oficiales que prestan sus servicios en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

En este orden de ideas, no es posible asignar función pública permanente que debe ejercer el empleado público a los trabajadores oficiales que desarrollen actividades temporales o a contratistas vinculados por prestación de servicios, pues ello daría lugar a la respectiva responsabilidad disciplinaria y al reconocimiento de contrato realidad, como tampoco es posible vincular por contratos de prestación de servicios a personas para que realicen funciones propias de trabajadores oficiales, pues también cabe el reconocimiento del contrato realidad a través de la aplicación del principio de la primacía de la realidad. La única diferencia en el reconocimiento recaería en la jurisdicción que conozca y resuelva el conflicto jurídico, dependiendo de la relación laboral, pues si el contrato es de trabajador oficial conoce la jurisdicción ordinaria y si se desarrollan funciones administrativas conoce la jurisdicción contenciosa administrativa.

Para un mejor desarrollo se estudiarían las tres formas de vinculación laboral frente a la administración pública: el vínculo legal y reglamentario que genera la categoría de empleado público, el contrato laboral que genera la categoría de trabajador oficial y los empleos de carácter temporal que se establecen como una forma de solución al ejercicio de funciones públicas transitorias.

4.1. VÍNCULO LEGAL Y REGLAMENTARIO- EMPLEADOS PUBLICOS

La regla general de vinculación de los servidores a la administración pública, es mediante relación legal y reglamentaria que da origen a la categoría de empleado público, en la cual legalmente se fijan las condiciones generales que rigen esta clase de prestación de servicios personales bien sea a la nación, los departamentos, los municipios y las entidades descentralizadas, y existe la prohibición constitucional respecto a que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.

La estructura de la administración pública exige que todo empleo público remunerado debe estar contemplado en la respectiva planta de personal y sus emolumentos previstos en el presupuesto de la correspondiente entidad de conformidad con el artículo 122 y el 189- N°14 de la Constitución política.

El empleado público por consagración expresa del artículo 125 constitucional, tiene especial garantía en cuanto al ingreso, permanencia y ascenso, por el cumplimiento de requisitos y condiciones establecidas por la ley, por el sistema de méritos y calidades de los aspirantes, conforme al sistema de carrera.

Según lo determinan el decreto 3135 de 1.968 en su artículo 5, el decreto 1848 de 1969 en su artículo 2, el decreto 1950 de 1973 en su artículo 3, la ley 909 de 2004 artículo 1, son empleados públicos, quienes presten sus servicios en:

1. Los Ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, por regla general (salvo servicios en la construcción y mantenimiento de obras públicas).
2. Los establecimientos públicos, salvo construcción y mantenimiento de obras públicas, y aquellas otras que desempeñen actividades que los estatutos determinen como susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales en empleos de carácter puramente auxiliar y operativo, según el artículo 76 del decreto 1042 de 1978.
3. En las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en actividades de dirección o confianza determinadas en los estatutos.
4. En las Sociedades de Economía Mixta con capital público igual o superior al noventa por ciento, en actividades de dirección o confianza determinadas en los estatutos. Artículo 3 del decreto 3130 de 1.986.
5. En entidades descentralizadas territorialmente: Por regla general son empleados públicos excepto los de construcción y mantenimiento.
6. Los registradores, notarios y empleados subalternos. D.1975 y 2163 de 1970

Los empleos públicos por vinculación legal y reglamentaria pueden ser de: Carrera con las garantías del sistema de méritos para su ascenso, permanencia, y retiro, también pueden ser de libre nombramiento, de periodo fijo o comúnmente denominados de elección popular, y los temporales.

4.2. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL- LEY 909 DE 2004.

En el tema de los servicios personales temporales, la ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, y la gerencia pública, introdujo la novedad de los EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL, estableciéndose como una categoría especial, adicional a los empleos de carrera, de libre nombramiento y remoción y de periodo fijo, que

pueden crearse de manera excepcional, previa motivación técnica y disponibilidad presupuestal, cuyo diseño deberá incluir su duración, siempre que se trate de una de las siguientes condiciones: a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada; c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a 1 año que guarde relación directa con objeto y naturaleza de la institución.

Esta figura no está consagrada en la clasificación constitucional del artículo 123 de la Constitución Política, y su antecedente normativo sería la del supernumerario consagrado en el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, vinculado temporal u ocasionalmente hasta por tres meses prorrogables con autorización del gobierno nacional según la naturaleza de las actividades. La nueva modalidad implica un avance en el reconocimiento de los derechos salariales y prestacionales de quien desarrolle tales actividades transitorias, que como tal, no le otorgan al servidor los derechos inherentes al sistema de la carrera administrativa (entre ellos la estabilidad), sino que resuelve la problemática de las necesidades temporales de las entidades estatales en materia de función pública, pero, como lo advierte la misma norma, se trata de situaciones excepcionales y temporales, de modo que no podrá utilizarse esta figura para la permanencia de un empleo temporal ejercido transitoriamente por distintos servidores, que al final se convierta en permanente.

4. 3. CONTRATO LABORAL- TRABAJADORES OFICIALES

La Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el 1848 de 1969, establecen excepcionalmente la existencia de relaciones laborales regidas por contratos de trabajo, dando lugar a la figura de trabajador oficial, como el servidor público vinculado al Estado por contrato de trabajo.

Por regla general, el decreto 3135 de 1968, artículo 5: establece que son Trabajadores oficiales, quienes prestan sus servicios en:

1.- Empresas industriales y comerciales del Estado, excepto quienes los estatutos de la entidad señalen como de dirección y confianza.

2.- En sociedades de economía mixta del orden nacional con participación accionaria estatal superior al 90%; y en las mismas sociedades de los niveles departamental y municipal con capital superior al 50% excepto para tareas de dirección y confianza que se señalen en sus estatutos.

3.- En los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, en labores o actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas. Y en Establecimientos públicos en dichas actividades, y en aquellas otras que los

estatutos determinen susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales.

4.- En entidades descentralizadas territorialmente, cuando desarrollen actividades de construcción y mantenimiento.

5.- En Empresas Sociales del Estado (ESE), quienes desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales. Decreto 1750 de 2003.

La característica principal de estos trabajadores oficiales, consiste en que se encuentran vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo escrito, por tratarse del sector público, sin embargo existe la presunción legal de la existencia del contrato oficial si existen los elementos del mismo. Los trabajadores oficiales se ubican en una relación contractual laboral semejante a la de los trabajadores particulares; la consecuencia más importante es que las normas a ellos aplicables constituyen apenas un mínimo de garantías a su favor, de modo que es posible discutir las condiciones laborales en la celebración del contrato como posteriormente mediante pliego de peticiones, convención colectiva, o pacto colectivo. No obstante algunas normas de derecho público de régimen prestacional contenidos en los decretos 3135 de 1.968 y 1848 de 1.969, son aplicables a los trabajadores oficiales.

Estos contratos de trabajo deben cumplir con los elementos: prestación de servicios, subordinación o dependencia y remuneración, tienen vocación de permanencia y únicamente, pueden suspenderse por las causales legales del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945, o terminar porque se cumplen las condiciones de celebración, o aparecen justas causas para su terminación, estableciendo la ley que los regula 15 justas causas para el estado empleador y 4 para el trabajador oficial, de conformidad con los artículos 47 a 49 del mencionado decreto.

Las modalidades del contrato oficial son: por término fijo, por duración de obra o labor determinada, por contratos de corta duración inferior a un mes para actividades transitorias, y por término indefinido con figura de plazo presuntivo de seis meses.

5.- DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE CONTRATO ESTATAL DEL PRESTACION DE SERVICIOS, Y EL VÍNCULO DE SERVIDORES PUBLICOS EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

El tema de la tergiversar de los contratos por parte de las entidades estatales, ha permitido que la jurisprudencia determine con exactitud las diferencias existentes partiendo del análisis normativo que las regulan, entre las diferencias más destacadas están:

Por la persona: El contrato de prestación de servicios es ejecutado o realizado por una persona natural o jurídica, mientras que el vínculo laboral con el estado es necesariamente desarrollado por una persona natural.

Por el vínculo y calidad del sujeto: El contrato de prestación de servicios no tiene la calidad de empleo en cuanto no reconoce al contratista la calidad de servidor, al contrario del vínculo laboral con la administración pública en el cual se otorga la calidad de servidor público sea como empleado público ó como trabajador oficial.

Por la autonomía: En la relación contractual el contratista goza de autonomía, protegida a través de los principios generales de los negocios jurídicos que propenden por el mantenimiento del equilibrio contractual, este contrato versa sobre una actividad independientemente desarrollada por una persona con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia, en tanto el contrato de trabajo y el vínculo legal y reglamentario como se ha sostenido por la jurisprudencia requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación o dependencia.

Por la remuneración y derechos prestacionales: En el contrato de prestación de servicios este ítem hace parte de un acuerdo de voluntades, es bilateral, y se concreta en el contrato, no hay lugar al reconocimiento de ningún tipo de prestaciones sociales. Mientras que el artículo 122 de la constitución nacional establece que para proveer los empleos públicos de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. El vínculo de servidores públicos con la administración tiene expresa regulación legal en el artículo 150 de la constitución política de Colombia en el cual se determina que el congreso a través de leyes debe fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Cabe aclarar que existe una diferencia importante respecto a los servidores públicos, por una parte el empleado público se vincula a la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria en la cual el régimen del servicio, las condiciones, remuneración y prestaciones están previamente determinadas en la ley y, por tanto, no hay posibilidad legal de que el funcionario discuta las

condiciones de empleo público las cuales pueden ser modificadas o derogadas por la ley, sin el consentimiento por lo que no existe bilateralidad, por otra parte el trabajador oficial vinculado mediante un contrato de trabajo que estipula el servicio que va a prestar, tiene la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, por lo que tiene implicaciones bilaterales, pudiendo existir un acuerdo de voluntades respecto de los salarios y prestaciones, mediante convenciones colectivas de trabajo o incluso de forma individual, sin que de ninguna manera se afecten las prestaciones mínimas reguladas por el congreso.

Por las funciones: Las funciones de un contrato de prestación estatal de servicios no están señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento como sucede en el caso de los servidores públicos, sino que surgen de un acuerdo de voluntades, en estos contratos tampoco existe una identidad de funciones por cuanto las que se prestan dependen de la capacidad técnica y profesional del contratista y aún cuando se relacionan con el objeto de la entidad respectiva carecen del carácter esencial de la función pública y son funciones temporales, en cambio las ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales son funciones de carácter esencial de la administración y permanentes en la misma.

Por el ejercicio de la labor contratada: Es una de las condiciones que permite diferenciar un vínculo laboral con el estado de un contrato de prestación de servicios. Es un contrato de prestación solo si se contratan funciones que no hacen parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o que requieran conocimientos especializados, de lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal y a realizar un concurso de méritos para vincular personal.

Por el carácter del contrato: El contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, residual, y temporal por lo que se justifica que los derechos, de los contratistas y de quienes tienen un vínculo como servidores públicos, son distintos, por cuanto en el último evento prima el carácter de permanencia.

Por los sujetos disciplinables: Los servidores públicos si son disciplinables sean trabajadores públicos u oficiales. En cuanto a los contratistas no son disciplinables, por cuanto no existe el elemento subordinación del estado, con la aclaración de lo establecido en Ley 1474 de 2011 artículo 44 que modificó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, en el sentido de que son disciplinables los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales, también quienes ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas entendiéndose que realiza función pública aquel particular que por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato realice funciones administrativas, norma declarada exequible por sentencia C-084 de 2013.

6.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL

La investigación realizada sobre el reconocimiento del principio constitucional de la primacía de la realidad dentro del ámbito de los contratos estatales en la jurisprudencia Colombiana abarca un estudio legal o normativo desde el inicio de la regulación del contrato de prestación de servicios estatales hasta la presente fecha, y un estudio jurisprudencial enmarcado en las dos últimas décadas, habiéndose rastreado la providencia fundacional en este tema en el año de 1993, con la sentencia de constitucionalidad C-056, que precisó y puntualizó la aplicación del principio de primacía de la realidad frente a contratos de prestación de servicios estatales, sin que con esto se desvirtúe su aplicación frente a otras formas contractuales.

El espacio o escenario jurisprudencial se extiende al análisis que realizan la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, y la evolución en la aplicación del principio en cada una de estas altas cortes.

Con el fin de entrar en el estudio metodológico de las sentencias estudiadas, se plantean algunos conceptos tratados por el doctor López Medina en su texto el derecho de los jueces, en sus palabras las sentencias hito se han establecido como las más importantes dentro del estudio de una línea o de un trazo jurisprudencial: "...la noción de sentencia importante corresponde, en lenguaje más técnico, a nuestro concepto de sentencia hito.". Las sentencias hito pueden ser: Fundadora de línea; Consolidadora; Modificadora y Dominante.

La Sentencia Fundadora de línea: Sentencia C-056 de 1993, corresponde a un fallo pronunciado en el periodo inicial de funcionamiento de la Corte Constitucional (1993), desde ese fallo se estableció que el contrato de prestación de servicios estatal es constitucional pero tiene plena aplicación el principio de la primacía de la realidad en el evento en que se den las condiciones de un contrato realizado, y en consecuencia sigue teniendo plena aplicación a pesar del cambio de normatividad que regula el contrato estatal de prestación de servicios.

Sentencias Consolidadoras de línea: o sentencias mediante las cuales se define con autoridad una sub regla de derecho constitucional decantando un balance constitucional más complejo que el que se planteó en la sentencia fundadora del trazo. En el análisis jurisprudencial realizado se las verifica desde dos puntos de estudio: son sentencias confirmadoras o consolidadoras en la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas: C. de E. 21-08-2003; C de E. 30-03-2006; C.E. 16-11-2006; C de E. 7-04-2005; SCL CSJ Abril 2004; C.de E. 21-02-2002; C de E. 3-07-2003, y son consolidadoras o confirmadoras de la constitucionalidad del contrato de prestación de servicios estatales y su diferencia con el vínculo laboral: C- 960 DE 2007; C- 094 DE 2003. Estos son pronunciamientos relevantes que establecen para los pronunciamientos

posteriores de las altas cortes sub reglas respecto a la aplicación obligatoria del principio de primacía de la realidad sobre las formas cuando medien pruebas de los elementos de la relación laboral y de la constitucionalidad y debida aplicación del contrato de prestación de servicios estatales cuando existan las características del mismo.

Las sentencias hito o puntos de anclaje: Pertenece a la recopilación frecuente de sentencias que las cortes citan en fallos subsiguientes y, que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia. Las sentencias hito o de importancia y que se constituyen como sentencias de anclaje que se desarrollan en el trazo jurisprudencial son: C.555 de 1994; C-154 de 1997; C.E. 25-01-2001; C. 037 de 2003; C.E. 23-06-2005; T-1109 DE 2005; C-397 de 2006, son citadas y retomadas en múltiples oportunidades por sentencias estudiadas.

Las sentencias Modificadoras del trazo: Son aquellas que realizan cambios fuertes de jurisprudencia en el trazo. Se tiene como las principales sentencias hito dentro del análisis jurisprudencial las sentencias: T-426 de 2004; las sentencias del Consejo de Estado: I.J.039 del 18 -11-03; y las radicadas con los números 099 de 19-02-2004; 2152 del 6-03-2008; y 2776 del 17-04-2008. Estas sentencias fijan nuevos criterios que modifican la aplicación del principio de la primacía de la realidad partiendo de la misma base que deben probarse los elementos de la relación laboral para que se aplique el principio constitucional, pero se examinan bajo otras perspectivas tanto en el estudio de los elementos como en los derechos que se generan a partir del reconocimiento del contrato realidad por la aplicación del principio, generando como consecuencia que no sea un trazo jurisprudencial pacífico.

Sentencias Huérfanas: La SC.L CSJ de Agosto de 2010, esta sentencia no está ligada al trazo pero es importante su estudio por cuanto la ratio hace referencia a que se realizaron muchos reconocimientos judiciales de primacía de la realidad en situaciones similares a la demandada en el caso, llamando al orden a las entidades del estado para que no se desfigure el contrato de prestación de servicios estatal al obligar a los interesados a acudir a instancias judiciales para que se reconozcan sus derechos laborales vulnerados. De igual manera la sentencia C-280 DE 1996, no tiene una línea directa en el trazo, pero es estudiada por su importancia jurídica respecto al tema de no subordinación de contratistas frente al estado.

La sentencia arquimedica denominada también punto final del trazo: Es la **C-614-2009**, por cuanto a pesar de existir jurisprudencia posterior que abarca el tema, esta es la sentencia que reúne fallos jurisprudenciales de importancia y estudia todos los elementos y nuevos criterios que se vienen decantando desde la C-056 de 1993, siendo la más completa en su contenido y fijando un precedente para las Entidades Estatales. Esta sentencia es denominada también la sentencia

dominante pues contiene la totalidad de los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales las altas Cortes están llamadas a resolver los conflictos generados en el tema de estudio.

Identificadas y clasificadas las sentencias objeto de estudio, se enfocara su análisis en el trazo, y se verifican los conceptos de ratio decidendi y subreglas, que deberán interpretarse dentro de los siguientes parámetros:

RATIO DECIDENDI

En la jurisprudencia colombiana se ha definido la ratio, a partir de varias sentencias, la SU-047 de 1999 establece “la *ratio decidendi* corresponde a la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica, es el fundamento normativo de la parte resolutive”, en las sentencias SU-047 de 1999 y C-836 de 2001 se dijo: “las *ratione decidendi* son inescindibles de la decisión” la sentencia T-249 de 2003 dice “la ratio corresponde, a la norma que aplica el juez en el caso concreto y la norma comprende las situación fáctica relevante”.

Los criterios de identificación de la ratio son:

Puede considerarse que se ha identificado adecuadamente la ratio de una sentencia de constitucionalidad, cuando: i) La sola ratio constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Esta Corporación ha indicado que la ratio decidendi sobre un tema jurídico puede consolidarse “en una oportunidad posterior”, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la ratio de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha ratio; de manera tal que le permiten al juez o quién habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada²⁰.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, expediente T-292 de 2006

La construcción de la ratio decidendi en el análisis jurisprudencial “evolución en la aplicación del principios constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas”, se realiza a partir de la extracción de apartes fácticos determinantes en la decisión judicial, con un método formalista y constructivista de la ratio decidendi, el análisis realizado en el presente trabajo presenta ratios en extractos y citas textuales y otros apartes importantes que son el punto de análisis o ratios obtenidas a partir de una labor interpretativa. Se ha determinado como puntos conceptuales para extraer la **RATIO DECIDENDI**, los siguientes: (a) permiten resolver el problema, (b) responden a los elementos de juicio relevantes para el caso y (c) la decisión es consecuente con los argumentos del fallo.

El marco de análisis en el presente trabajo permite citar normas demandadas en el caso de sentencias de constitucionalidad, citar hechos concisos en las sentencias examinadas del Consejo de Estado y corte suprema de justicia, ratios y aporte en la construcción del trazo, buscando la mayor objetividad en el estudio realizado.

SUBREGLA.

La Subregla permite comprender la diferencia entre el derecho legislado y el derecho jurisprudencial, y corresponde a una técnica de interpretación nueva de la jurisprudencia. En el derecho constitucional las subreglas constitucionales son formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto mediante el uso de reglas jurídicas generales y abstractas.

7.- TRAZO JURISPRUDENCIAL

7. 1.- SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL.-

7.1.1	SENTENCIA	C-056 de 1993
	Magistrado Ponente	Eduardo Cifuentes Muñoz
	Corte Constitucional	Bogotá, febrero 22 de 1993

ASUNTO:

Se instauró demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 163 (parcial) y 167 del decreto-ley 222 de 1983 --ley que (en su vigencia) reguló los contratos administrativos de prestación de servicios--, por considerar que reglamentan relaciones de trabajo ajenas a la contratación administrativa al referirse a personas naturales **que prestan sus servicios con carácter permanente y desempeñan funciones administrativas en las entidades públicas, pues así sea en desarrollo del contrato de prestación de servicios deben pertenecer a la categoría de "servidores públicos"** y tener todos los derechos salariales y prestacionales, se considera que al prohibir el pacto de prestaciones sociales se viola las normas constitucionales referentes al derecho al trabajo y a la **relación laboral de carácter público**, sin importar que se denomine contrato administrativo de prestación de servicios.

Apartes demandados (subrayados).

Artículo 163. *Se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas 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 puedan cumplirse con personal de planta. No podrán celebrarse para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o dependencia que haga sus veces. Se entiende por funciones administrativas 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.*

Artículo 167. *.. Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.*

RATIO DECIDENDI:

Examinada la exequibilidad del contrato de prestación de servicios en vigencia del decreto-Ley 222 de 1983, la corte argumento que: la condición de contratista independiente de un contrato administrativo de prestación de servicios, y la prohibición de que dicho contrato en su contenido o ejecución se asimile a un

contrato de trabajo, no permite calificar al contratista como destinatario de los principios mínimos del artículo 53 de la C.P., por la característica de autonomía e independencia en la ejecución de las labores a que se obliga el contratista, al objeto y economía del contrato, así la contraprestación no podrá comprender el pago de prestaciones sociales.

La administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución se asemeje a un contrato de trabajo, y de crearse un acto semejante o de producirse su mutación se genera ilegalidad de la práctica administrativa, sin perjuicio de los derechos y garantías del trabajo que aun bajo este supuesto haya podido realizarse. En consecuencia, en el evento de abuso de las formas jurídicas, y en gracia del principio contenido en el artículo 53 CP --primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales-, si se desestima un aparente contrato de prestación de servicios que en sustancia material equivalga a un contrato de trabajo, la contraprestación y demás derechos de la persona se regirán por normas laborales.

Los cargos de inconstitucionalidad se despachan negativamente, al tener como común presupuesto la equivocada premisa de que el contratista independiente ostenta la misma calidad que el empleado público vinculado por situación legal y reglamentaria, y que el trabajador oficial vinculado laboralmente, no hay violación al derecho de igualdad.

RESUELVE .Declarar la constitucionalidad de los artículos demandados.

APORTE: En esta sentencia la cual es definida como sentencia fundadora de línea por ser la cita más antigua dentro del trazo jurisprudencial, se observa la claridad legal del contrato de prestación de servicios administrativos bajo la vigencia de la ley 222 de 1983 determinando como característica fundamental del mismo la condición de independiente del contratista y el objeto contractual, permitiendo que el mismo contrato se utilice para contratar el cumplimiento de funciones a cargo de la entidad cuando no pueda cumplirlas el personal de planta e incluso para el cumplimiento de funciones administrativas cuando se cuente con autorización legal requerida, generando alguna manera que el objeto contractual del contrato de prestación se confunda con la función administrativa, lo que genero la demanda de inconstitucionalidad. No obstante la sentencia es clara en precisar que de presentarse los elementos del contrato laboral se debe dar aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, y que no hay aplicación de los principios laborales contenidos en el artículo 53 a favor de contratistas vinculados mediante verdaderos contratos de prestación con el estado.

7.1.2	SENTENCIA	C-555 de 1994
	Magistrado Ponente	Eduardo Cifuentes Muñoz
	Corte Constitucional	Bogotá, Diciembre 06 de 1994

ASUNTO.-

Se presenta Demanda de inconstitucionalidad contra: artículos 6 y 16 (parciales) de la Ley 60 de 1993, y artículos 23, 24, 92, 94, 95,96, 105, 143 (parciales), y 155, 159, 160 y 162 de la Ley 115 de 1994 "Ley General de Educación" . Se Plantea como primer cargo la discriminación de los docentes temporales vinculados por contrato, argumentando que se encuentran en la misma situación de hecho y derecho de los educadores vinculados mediante acto administrativo, en consecuencia, deben recibir el mismo trato jurídico que la ley da de manera exclusiva a quienes gozan de una situación legal y reglamentaria.

RATIO DECIDENDI

La Corte considera:

Se estipula en los contratos de este género que el docente-contratista deberá, de acuerdo con las directrices de la entidad territorial respectiva y del director de la escuela o colegio que se determine, destinar el tiempo necesario para preparar clases, elaborar y alistar material de estudio y de enseñanza, revisar evaluaciones, atender consultas de padres de familia y alumnos, rendir informes, etc. Dicho de otro modo, concurren los elementos esenciales de una relación de trabajo: actividad personal del trabajador; continuada subordinación del trabajador respecto de la entidad empleadora; un salario como retribución del servicio.

Por lo expuesto, el derecho del trabajo bien puede imponerse al Estado y regir una relación de servicio que, pese a su calificación formal diferente, exhiba concretamente las notas que permitan reconocer la existencia de una prestación laboral. En este orden de ideas, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los artículos 163 y 167 del Decreto Ley 222 de 1983, señaló: "Lo anterior no obsta para que en un evento de abuso de las formas jurídicas, en gracia del principio 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". (Corte Constitucional, sentencia C-056 del 22 de febrero de 1993)".

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.

El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público.

De acuerdo a lo tratado, apelando al principio de primacía de la relación laboral, cabe desestimar la forma contractual administrativa e imponer la materialidad del trabajo que sólo en apariencia ha podido ser desplazado por ésta, pero en modo alguno se podría reivindicar la existencia de un verdadero empleo público, pues ello equivaldría a derogar formalidades y exigencias sustanciales de derecho público. El análisis efectuado descubre el alcance y la limitación del anotado principio.

La Corte resuelve declarar inexecutable el parágrafo 1° del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, declarar **executable** el n° 5 de la parte B, del artículo 16 de la Ley 60 de 1993.

APORTE DEL GRUPO

La sentencia C-555 DE 1994 sirve como punto de anclaje con otras sentencias, porque es citada por las sentencias: C-154 de 1997 (anclaje), Sentencias del Consejo de Estado: Radicación 4669 de marzo de 2006 (confirmadora) y Radicación 0370 de agosto de 2003 (confirmadora) de marzo de 2008, Radicación 2152 de marzo de 2008 (fijadora de criterio), y sentencia de tutela 1109 de 2005 (fijadora de criterio). La sentencia C-555 de 1994 no hace referencia a sentencias anteriores.

Esta sentencia hace un estudio muy claro del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y apariencias; así como también establece un límite a este principio, al no reconocer a un docente vinculado por contrato de prestación de servicios la calidad de servidor público, así se trate de una verdadera relación de trabajo.

7.1.3	SENTENCIA	C-280 de 1996
	Magistrado Ponente	Alejandro Martínez Caballero
	Corte Constitucional	Bogotá, junio 25 de 1996

ASUNTO.

Se presenta demanda de inconstitucionalidad, contra los artículos 29 y 35 de la Ley 200 de 1995, CODIGO DISCIPLINARIO UNICO (Vigente hasta la expedición de la ley 734 de 2002), los n° 5° y 6° vulneran el principio de la libertad contractual de los artículos 53, 55 y 123 de la Constitución, e ignoran que de conformidad con la Ley 80 de 1993 el contrato de prestación de servicios personales no genera una relación de dependencia con la Administración, porque ésta "no es un verdadero patrón, por lo tanto no puede la ley entregarle atribuciones de tal.

Apartes demandados subrayados:

*"Artículo 29.- SANCIONES PRINCIPALES. Los servidores públicos estarán sometidos a las siguientes sanciones principales: 5. Suspensión del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales, hasta por (90) días.
6. Terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales.*

"Artículo 32.- LIMITE DE LAS SANCIONES...Las faltas graves se sancionan con...suspensión en el... contrato de trabajo, o de prestación de servicios hasta por tres (3) meses... Las faltas gravísimas serán sancionadas con terminación del contrato ... de prestación de servicios personales..."

RATIO DESCIDEDI.-

La Corte manifestó que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública **bajo la subordinación** del Estado. En el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable. En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por tratarse de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. No significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los

objetivos estatales, para ello cuenta la ley de contratación administrativa, lo que es inexecutable es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria que la Constitución ha reservado a los servidores públicos. **RESUELVE** declarar INEXEQUIBLES: Las expresiones "o de prestación de servicios personales" de los artículos demandados.

APORTE DEL GRUPO

En esta sentencia clasificada como confirmadora de línea, es una de las primeras sentencias que analiza el elemento de subordinación para diferenciar el contrato de prestación de servicios con las formas de vinculación de servidores públicos, pues se establece con mayor claridad que no existe vínculo subordinante entre la administración pública y un contratista, haciendo el análisis desde la facultad de disciplinar que puede ejercer un empleador sobre su empleado, lo que nos motiva a clasificar a la potestad disciplinaria como uno de los elementos determinantes para establecer la existencia de un posible contrato realidad mediante la aplicación del principio de la primacía contenido en el artículo 53 de la constitución. Esta sentencia a pesar de que no hace referencia a la aplicación del principio estudiado, se vincula en el estudio por la riqueza conceptual que permite asimilar el concepto de subordinación que resulta indispensable en la evolución jurisprudencial que se ha decantado en la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas. La sentencia se clasifica como sentencia huérfana por no estar ligada con ningún punto del trazo jurisprudencial.

7.1.4	SENTENCIA	C-154 de 1997
	Magistrado Ponente	Hernando Herrera Vergara
	Corte Constitucional	Bogotá, marzo 19 de 1997

ASUNTO.

Se Instauro demanda de inconstitucionalidad contra el N° 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 considerando que se desconoce el derecho a la igualdad al *permitir* a la administración pública contratar por prestación de servicios a personas para que realicen las mismas funciones que desempeñan los servidores públicos vinculados a entidades contratantes con iguales obligaciones dando origen a una verdadera relación laboral con subordinación generando desigualdad entre contratistas y servidores públicos en garantías y derechos laborales.

Al operar en forma independiente las condiciones para que proceda el contrato de prestación: 1.- que las actividades a contratar no puedan realizarse con personal de planta ó 2- requieran de conocimientos especializados; se habilita a las entidades a contratar por prestación de servicios cualquier clase de funciones si se agota la planta de cargos, desnaturalizándose este contrato y desconociendo la autonomía al permitir que todo servicio sea contratable. Se trasgrede el principio constitucional de la función pública al inducir que las funciones públicas se realicen por contratistas sin calidad de servidores públicos, sin funciones de ley y sin acceso por carrera administrativa, como también el principio de primacía de la realidad al establecer como presunción de derecho que en ningún caso los contratos de prestación de servicios generan relación laboral ni prestaciones.

Apartes demandados subrayados:

"LEY 80 DE 1993" III. DEL CONTRATO ESTATAL. ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales (...) **3o. Son contratos de prestación de servicios** los que celebren 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.”.

RATIO DECIDENDI

La Corte manifestó que si la entidad presenta una insuficiencia de personal en su planta no puede acudir al contrato de prestación de servicios, así la contratación de personas naturales únicamente opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante **no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden.**

La corte respecto a la igualdad dijo que no pueden predicarse condiciones desiguales en situaciones fácticas diversas entre sujetos que han prestado servicios en forma diferente a la administración pública, unos a través de una relación contractual y otros mediante una relación laboral o legal y reglamentaria, por la naturaleza del vínculo que los une a la administración y la regulación legal. **En la norma prevalece la igualdad en tanto que sólo autoriza la contratación por prestación de servicios cuando las actividades de la administración o funcionamiento de la entidad no puedan celebrarse con personal de planta, para evitar que al mismo tiempo personal de planta y contratistas realicen idénticas labores en iguales condiciones con trato laboral distinto.**

Por otra parte la prohibición absoluta de que los contratos de prestación de servicios generen relaciones laborales y prestaciones sociales, es una consecuencia lógica de la naturaleza y elementos del contrato de prestación de servicios, La Corte considera que la expresión "*En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales*" no es una presunción *de iure*, por lo tanto de presentarse elementos laborales es posible demandar por vía judicial el reconocimiento del vínculo y los derechos laborales en aplicación del principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, el cual tiene plena operancia si se ha optado por un contrato de prestación de servicios para esconder una relación laboral, así el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la designación del vínculo.

RESUELVE: declarar **EXEQUIBLES** las expresiones *demandadas*. salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

APORTE: Esta sentencia es un punto de anclaje importante, retomada y citada múltiples veces en el trazo, por las sentencias de la Corte Constitucional: C- 614 de 2009, C 094 de 2003, las sentencias del Consejo de Estado raditaciones 0330 de 2003, 4312 de 2005, 4669 de 2006, 9776 de 2006, 2776 de 2008, y la T-

1109 de 2005. Por su parte esta sentencia cita a las sentencias C-056 de 1993 y C-555 de 1994.

La sentencia 154 de 1997 estudia el contrato de prestación de servicios bajo la vigencia de la ley 80 de 1993, declarando la constitucionalidad del mismo y lo explica haciendo énfasis en la diferencia existente entre las formas de vinculación laboral y contractual con la administración pública, la sentencia toma el concepto constitucional de igualdad y explica que el mismo no puede aplicarse entre desiguales o en situaciones fácticas diferentes haciendo referencia a las condiciones del contratista y las del servidor público. Además establece que la contratación por servicios solo procede en caso de que no exista personal de planta que garantice el conocimiento requerido en la labor u objeto a contratar. La sentencia se puede tomar como condicional en su exequibilidad en cuanto se hace la salvedad que de acreditarse una relación laboral subordinada si se generaría una relación laboral y el consecuente reconocimiento de prestaciones sociales, siendo uno de los hitos jurisprudenciales en reconocimiento del principio de primacía de la realidad.

7.1.5	SENTENCIA	C-037 de 2003
	Magistrado Ponente	Avaro Tafur Galvis
	Corte Constitucional	Bogotá, enero 28 de 2003

ASUNTO:

El Actor presenta Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 17, 46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la Ley 734 de 2002 *“por la cual se expide el Código Disciplinario Único”* y contra el artículo 115 (parcial) de la Ley 270 de 1996 *“Estatutaria de la Administración de Justicia”*

Para el actor la expresión “que cumplen labores de interventora en los contratos estatales” contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 vulnera el artículo 243 constitucional por reproducir una norma declarada inexecutable en la Sentencia C-280 de 1996. Sentencia en la que la Corporación declaró la inexecutable de algunos apartes de los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995 y en la que señaló específicamente que dado que entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual.

RATIO DECIDENDI

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria. Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *“que realicen labores de interventoría en los contratos estatales”* contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia”.

La potestad legislativa debe necesariamente concordarse en materia de control disciplinario con las normas constitucionales que fijan los parámetros de dicho control, las cuales en lo que se refiere a la aplicación del control disciplinario a los particulares solamente permiten que ello ocurra cuando ellos ejercen una función pública. Entonces en ese caso, el particular que presta un servicio público podrá ser sujeto del poder disciplinario respecto del ejercicio de dichas potestades y en relación con cualquier servicio público en que dicha habilitación de funciones públicas haya sido establecida.

La Corte Resuelve declarar la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, *“presten servicios públicos a cargo del estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política”* contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público,

solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

APORTE DEL GRUPO

La sentencia C-037 de 2003, es un punto de anclaje con la sentencia C-614 de 2009. Hace referencia a los contratos estatales de interventora y su sometimiento al régimen de control disciplinario cuando el particular ejerce una función pública que implique el ejercicio de la potestad del Estado, generando en alguna medida un punto de subordinación de contratistas cuando estos presten funciones administrativas pues el carácter de disciplinable deviene del elemento de la subordinación estudiado. En igual sentido la ley 1474 de 2011 modifica la ley 734 en el sentido en que esta debe ser aplicada a particulares que ejercen funciones públicas de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas entendiendo función pública la que se realiza por particular que por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato realice funciones administrativas.

7.1.6	SENTENCIA	C-094 de 2003
	Magistrado Ponente	Jaime Córdoba Triviño.
	Corte Constitucional	Bogotá, febrero 11 de 2003

ASUNTO:

Se demanda la inconstitucionalidad del artículo 48 ley 734 de 2002, considerando que la potestad del Estado de sancionar disciplinariamente a los funcionarios que infringen las normas que garantizan la función pública se somete a las garantías sustanciales y procesales constitucionales como el principio de legalidad. En el caso la norma demandada carece de claridad y precisión exigible a todo tipo disciplinario pues **eleva a falta que el que el objeto del contrato de prestación de servicios recaiga sobre el cumplimiento de funciones propias de la administración**, desconociendo que esa situación es un elemento ineludible de los contratos de prestación de servicios, también el que la función requiera dedicación de tiempo completo cuando ésta puede ser una exigencia de la labor contratada, y genera confusión en cuanto al alcance de las excepciones consagradas pues se ignora si de acuerdo con ellas se pueden celebrar contratos de prestación de servicios caracterizados por la subordinación del contratista a pesar de que ella no es permitida por el régimen contractual.

La norma demandada viola los principios de la función pública pues su falta de claridad conceptual equivale a establecer una presunción de falta disciplinaria siempre que se celebre un contrato de prestación de servicios

Se genera discriminación injustificada al dar a operadores privados mayor libertad en contratación por prestación de servicios y frustra a entidades estatales al impedirles un manejo eficiente de recursos económicos y humanos, obligándolas a incrementar planta de personal, gastos de funcionamiento y reducir inversión.

NORMA DEMANDADA:

Ley 734 de 2002 Artículo 48. Son faltas gravísimas las siguientes: 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.

RATIO DECIDENDI

Considera la Corte que: En supuestos como los indicados no concurren argumentos para afirmar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos que celebran tales contratos pues ni se trata de servicios que involucran dedicación de tiempo completo ni se subordina al contratista. Pero si la administración celebra contratos de prestación de servicios y lo hace directamente con las personas que van a prestar el servicio o suscribe contratos para la

prestación de servicios profesionales especializados y en todos esos casos exige dedicación de tiempo completo y subordina a los contratistas, o si suscribe contratos de prestación de servicios para atender asuntos administrativos y lo hace por más del tiempo necesario para no ampliar la planta de personal, es evidente que ese contrato se desnaturaliza y se generan irregularmente relaciones laborales que resultan traumáticas para la administración. Son supuestos de esta índole los que se acomodan al tipo disciplinario consagrado por la norma demandada”.

La disposición no consagra una presunción de falta disciplinaria que opera cada vez que se suscriba un contrato de prestación de servicios, pues la falta no se comete por suscribir uno de estos contratos por cuanto lícitamente el Estado puede acudir a ello para el cumplimiento de sus fines constitucionales, pero si se consuma la falta cuando bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios como se describe en el “tipo” se genera una relación laboral pues ese es el proceder que resulta contrario a las exigencias constitucionales y legales referidas a la contratación estatal, al régimen laboral y al régimen presupuestal de las entidades públicas.

La norma demandada no genera un tratamiento diferenciado injustificado de las entidades públicas en salud respecto a las privadas, por el hecho de no permitirles a estas suscribir contratos de prestación de servicios descritos en el tipo disciplinable, porque en todos aquellos eventos en que bajo la forma de cualquier acto jurídico se encubra una relación laboral, habrá lugar a que ésta sea declarada y a que se produzcan los efectos salariales y prestacionales dispuestos por la ley. Es decir, el contrato de trabajo como contrato realidad produce efectos indistintamente de que los servicios se hayan prestado a entidades públicas o a particulares.

RESUELVE: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

APORTE: Esta sentencia clasificada como confirmadora de la constitucionalidad del contrato de prestación de servicios estatales y de las normas que lo regulan, es citada por la C-614 de 2009, y cita a la C-056 de 2003, C-154 de 1997, y C-037 de 2006. La sentencia estudia el tipo disciplinario respecto a la indebida aplicación del contrato estatal de prestación de servicios por parte de entidades públicas de salud, dejando incólume el principio de la primacía de la realidad sobre las formas cuando se suscriban contratos de prestación en los cuales primen determinados elementos laborales claramente establecidos en el tipo disciplinario “cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista”, refiriendo los elementos esenciales de la relación laboral: horario, subordinación o dependencia, e incluso la prestación personal del servicio, generando las consecuentes sanciones disciplinarias, en vigencia.

7.1.7	SENTENCIA	T-426 de 2004
	Magistrado Ponente	Eduardo Montealegre Lynett
	Corte Constitucional	Bogotá, mayo 6 de 2004

ASUNTO:

La Actora laboro como aseo de un colegio público entre 1989- 2003, en un horario fijo, el salario fue suspendido con el argumento de que la Asociación de Padres no tenía fondos suficientes y que no existía vinculación laboral alguna con el plantel educativo demandado, ni éste contaba con el presupuesto.

RATIO DECIDENDI

Se confirma la verdadera realidad de un contrato laboral, que desde la óptica constitucional merece protección, por estar violados los derechos fundamentales, por lo que se hace imperativa su tutela. “Las órdenes proferidas en el fallo no tendrán ninguna variación en el evento de que la accionante ya no se encuentre trabajando para el plantel educativo accionado, por cuanto las circunstancias merecen protección constitucional aún cuando el vínculo hubiese cesado y la afectación de su mínimo vital todavía permanezca. La Corte Resuelve. **CONCEDER** la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y **ORDENA** al establecimiento educativo pagar el salario para la época en que se prestó el servicio. “La protección judicial que se brinda mediante esta sentencia seguirá vigente mientras la justicia laboral decide acerca de las pretensiones de la peticionaria”.

APORTE DEL GRUPO

La sentencia T-426 es una sentencia fijadora de criterio, es citada por la T- 1109-2005 que resolvió en el mismo sentido. Se concede el reconocimiento del contrato realidad como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pese a no existir un contrato escrito y a la negativa del reconocimiento de un vínculo laboral por parte de la Entidad accionada.

7.1.8	SENTENCIA	T-1109 de 2005
	Magistrado Ponente	Humberto Antonio Sierra Porto.
	Corte Constitucional	Bogotá, octubre 28 de 2005

ASUNTO.

Se interpone acción de Tutela en contra de la Alcaldía de Pereira para protección de derechos a la vida en condiciones dignas y a la salud, solicitando que se declare la nulidad del contrato de prestación de servicios suscrito con el ente territorial mediante el cual se vinculo al ciudadano nuevamente como celador del Instituto Normal Superior, existiendo sucesivas ordenes de servicios expedidas por la Secretaría de Educación municipal desmejorando con la ultima orden las condiciones del trabajador pues se exonera la entidad de cubrir los gastos de seguridad social. Por el estado de salud del accionante le es imposible cubrir con el pago de seguridad social, estando desamparado.

RATIO DECIDENDI:

Dentro del proceso de revisión la Corte Constitucional, estableció: Las circunstancias fácticas del caso permiten vislumbrar que bajo la figura de las órdenes de prestación de servicios consecutivas se pretendió ocultar la existencia de una verdadera relación laboral, por la presencia de los elementos esenciales: salario como contraprestación, subordinación en oficios de celaduría, cumplimiento de horario y acatamiento de órdenes directas de parte de las directivas de la entidad a la cual presta sus servicios. Advertida la presencia de los elementos que caracterizan la relación de trabajo, es irrelevante bajo que otras nominaciones las partes acuerden el cumplimiento de una labor o la prestación de un servicio, lo cierto es que la relación laboral se transforma en un contrato realidad, que supera las formalidades, pues además la ausencia de discrecionalidad en el cumplimiento del objeto contractual, y la prestación consecutiva del servicio ponen de presente la continuidad de la labor cumplida y desvirtúan correspondientemente el contrato de prestación de servicios. Así al descubrirse una verdadera relación laboral, es deber del empleador realizar los aportes que por ley le corresponden en aras de garantizar la seguridad social del trabajador, so pena de desconocer el derecho y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por sujetos de las relaciones laborales.

RESUELVE.- En protección al derecho a la vida, seguridad social y el principio constitucional de la primacía de la realidad, y en aras de evitar un perjuicio irremediable se concede el amparo constitucional de manera transitoria y se supedita a que el peticionario dentro de los cuatro meses siguientes inicie los trámites correspondientes ante la jurisdicción competente para aclarar su situación laboral, extendiéndose los efectos de la decisión de tutela hasta que la jurisdicción tome una decisión definitiva respecto al vinculo laboral.

APORTE: En esta sentencia, fijadora de criterio es citada por la C-614 de 2009, y la C-960 de 2007. Se verifica la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas aplicado en protección de derechos constitucionales, y protegido por se por la jurisdicción constitucional reconocido como principio de las relaciones laborales y concedido como amparo de manera transitoria. Esta sentencia es clasificada dentro del trazo como punto de anclaje pues es tomada como punto de referencia por otras sentencias como una de gran importancia por el reconocimiento expreso que hace del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por sujetos de las relaciones laborales, dando aplicación transitoria a los efectos de su reconocimiento.

7.1.9	SENTENCIA	C-397 de 2006
	Magistrado Ponente	Jaime Araujo Renteria
	Corte Constitucional	Bogotá, mayo 24 de 2006

ASUNTO.-

Se demanda el artículo 22 del CST, con el argumento de que la subordinación coloca al trabajador en situación de servidumbre frente a su empleador, las normas demandadas dan carácter ilimitado a la subordinación y convierten el poder subordinante y el *lus variandi* en absoluto, sin igualdad ni equilibrio entre las partes del contrato de trabajo. En este sentido por suscribir un contrato de trabajo el trabajador entra en circunstancias de debilidad manifiesta frente a su empleador, sufre discriminación y no goza de los mismos derechos, libertades y oportunidades que los contratistas independientes generando desigualdad.

Apartes demandados subrayados

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO ART. 22. Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; y ART. 23. Elementos esenciales: 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliquen al país; y c) Un salario como retribución del servicio.

RATIO DECIDENDI.

No tiene fundamento el cargo por la presunta discriminación de los trabajadores dependientes, frente a los trabajadores independientes, por ser claramente distinta, por definición, la situación de unos y otros, de modo que constitucionalmente no es exigible una igualdad de trato. Por el contrario, las normas acusadas vulnerarían el derecho fundamental a la igualdad si, desconociendo dicha diferencia sustancial, les otorgaran un trato uniforme. La Corte declarará exequibles las normas acusadas.

APORTE: Sentencia clasificada como punto de anclaje, citada por las sentencias C-614 de 2009, C-960 de 2007, y la sentencia del Consejo de Estado radicación 2152 de de marzo de 2008, y cita a la sentencia C-094 de 2003, su importancia radica en analizar desde el derecho de igualdad la diferencia existente entre el contrato laboral y el contrato estatal de prestación de servicios.

7.1.10	SENTENCIA	C-960 de 2007
	Magistrado Ponente	Manuel José Cepeda Espinosa
	Corte Constitucional	Bogotá, noviembre 14 de 2007

ASUNTO.

Se presenta demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo (parcial) del artículo 1 de la Ley 1010 de 2006 “Ley que adopta medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral”, al considerar que se excluye a las personas que se encuentran vinculadas en el sector público mediante contrato de prestación de servicios cumpliendo horarios y estando sujetos a una real subordinación en un contexto de relación laboral, que pueden ser víctimas de acoso laboral, debiendo ser protegida también su dignidad sin depender de la forma de vinculación del trabajador con la entidad, pues el fin de la norma es la prevención y corrección del acoso laboral. Se argumenta que quienes suscriben un contrato de prestación de servicios generalmente están supervisadas por un funcionario público, que vigila y coordina que el objeto contractual se cumpla, generando una relación (contratista-supervisor) que puede generar la situación de ser sujetos activos o pasivos de las conductas de acoso laboral. Apartes demandados (subrayados).

LEY 1010 DE 2006.- Artículo 1°.

Parágrafo: La presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación en el entendido de que sí en realidad existe una relación laboral, se aplicará la Ley 1010 de 2006. Tampoco se aplica a la contratación administrativa.

RATIO DECIDENDI

La Corte Constitucional considera que no es procedente realizar un juicio de igualdad entre contratos laborales y contratos de prestación de servicios, por cuanto son esencialmente diferentes. No obstante en el evento en el que a pesar de haberse celebrado un contrato de prestación de servicios se encuentren los elementos esenciales de las relaciones laborales y específicamente la subordinación, sí serían comparables estos dos grupos y se plantearía un problema de igualdad. En este sentido, cuando se hace referencia a la existencia de una “*relación laboral*” se debe entender que ésta no depende de la formalidad -clasificación o nombre- que se le haya dado al contrato, sino de las condiciones reales en las que se desarrolla la actividad, pues si existen los elementos esenciales existe una relación laboral.

La interpretación adecuada de la norma es aquella respetuosa del principio de igualdad y de las situaciones laborales realmente existentes, que extiende la protección de la Ley 1010 de 2006 a todas las situaciones en las cuales en realidad exista una relación laboral por principio de primacía de la realidad.

La Corte Resuelve: Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “la presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación” contenida en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1010 de 2006, **en el entendido de que si en realidad existe una relación laboral, se aplicará la Ley 1010 de 2006.**

APORTE DEL GRUPO

La sentencia C-960 de 2007 es una sentencia confirmadora de línea en el punto de la diferencia entre contrato laboral y contrato de prestación de servicios, es citada por la sentencia C-614 de 2009, y a su vez cita a la sentencia C-397 de 2006. Esta sentencia es importante en el tema específico de acoso laboral, pues en principio la ley 1010 de 2006 excluye a las personas contratadas bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, pero hace claridad que el caso de existir una verdadera relación laboral también se dará aplicación a las normas sobre acoso laboral, lo cual es un gran avance para la legislación Colombiana porque en el contexto de las Entidades Públicas existen relaciones laborales encubiertas en contratos de prestación de servicios

7.1.11	SENTENCIA	C-614 de 2009
	Magistrado Ponente	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
	Corte Constitucional	Bogotá, septiembre 2 de 2009

ASUNTO.

Se demanda en acción de constitucionalidad, el Artículo 1° del decreto 3074 de 1968 por el cual se modificó el 2400 de 1968, considerando que *al prohibir la celebración de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública se limita las formas de acceso al trabajo en entidades del Estado*, que frente a la necesidad de funciones que eventualmente pueden ser temporales y en su desarrollo se conviertan en permanentes se genera desatención en las funciones públicas por la necesidad de agotar etapas y requisitos para vinculación de personal en la administración pública, siendo el contrato de servicios la manera más expedita dar continuidad a la prestación del servicio estatal.

Apartes demandados (subrayados).

“DECRETO 3074 DE 1968 Art 1 Modificase y adicionase el Decreto 2400 de 1968, en los siguientes términos: El artículo 2o. quedará así: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

RATIO DECIDENDI:

El artículo 53 C.P. principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales --tanto en relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado--, impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral, por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederá la declaración de la existencia del verdadero contrato sin que sea relevante el nombre acordado, y se ordenará ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.

La Corte encuentra **que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución**, porque constituye una medida de protección a la relación laboral con el estado, y a las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra: igualdad de oportunidades mediante

concurso de méritos como regla general de ingreso a la función pública, evitando que se evada la responsabilidad prestacional y que se desconozcan la remuneración mínima vital y móvil, la estabilidad laboral, la irrenunciabilidad de derechos ciertos y a la aplicación del principio de favorabilidad. Impidiendo que se oculten verdaderas relaciones laborales, y evitando que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento **para atender funciones ocasionales que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados.** De igual manera la norma despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, personas que ingresaron a la administración por concurso de méritos.

La jurisprudencia estableció criterios que definen el concepto de función permanente como elemento determinante para delimitar el tipo contractual, los criterios son: funcional, de igualdad, temporal o de la habitualidad, de la excepcionalidad, y de la continuidad.

La Corte Resuelve: Declarar **EXEQUIBLES los apartes demandados.**

APORTE: Esta sentencia es la sentencia arquimedica o punto final del trazo, y también dominante, es de gran importancia en el estudio jurisprudencial por cuanto retoma numerosa jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se venían definiendo algunos criterios para establecer la existencia del contrato realidad o del contrato de prestación de servicios, y los aúna estableciéndolos como criterios que definen el nuevo concepto de función permanente precisado en esta sentencia como elemento del vinculo laboral con el estado que resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral con el estado y el de la prestación de servicios estatal. La sentencia cita a las sentencias de constitucionalidad: C-056 de 1993, C-154 de 1997, C-037 de 2003, C-094 de 2003, C-397 de 2006, C-690 de 2007, T.1109 de 2005, y a las Providencias del Consejo de Estado: Radicaciones 3530 de febrero de 2002, 4798 de julio de 2003, 0370 de agosto de 2003, 4312 de abril de 2005, 0245 y 2161 de junio de 2005, 4669 marzo de 2006, 2152 de marzo de 2008, 2776 de abril de 2008, y a la sentencia de la C.S.J. sala de casación laboral Radicación 37617 de 2004.

Los criterios en síntesis establecen que existe vínculo laboral legal y reglamentario o laboral, o contrato realidad, si se presenta alguna de estos criterios que definen la función permanente como elemento del vinculo laboral: 1.- Se está ante el *ejercicio de funciones públicas de carácter permanente (C. funcional)*, 2.- *Si las labores son las mismas que las de los vinculados en planta de personal y además*

se cumplen los tres elementos de la relación laboral (c. igualdad). 3.- Si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, ánimo de emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona (c. habitualidad o temporal). 4.- Si la labor es del giro normal de los negocios de la entidad (No hay c. excepcionalidad). 5.- Si se suscribieron contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración ósea funciones de carácter permanente (C. continuidad). Por contraposición, en síntesis establecen que existe contrato de prestación de servicios si: Es una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico (C. temporal.) 2.- si son actividades nuevas que no pueden ser desarrolladas por personal de planta o requieren conocimientos especializados o de actividades que transitoriamente sea necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta (C. Excepcionalidad).

Sin duda alguna estos criterios permitirán a los aplicadores judiciales dar mayor claridad en sus fallos en cuanto al reconocimiento o no del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

En las sentencias de la Corte Constitucional analizadas, se observa una constante, particularmente están enfocadas a decretar la constitucionalidad de las diferentes normas que han regulado el contrato de prestación de servicios, y la inconstitucionalidad de las normas que de alguna manera desvirtúan su naturaleza jurídica y se prestan para que el mismo sea confundido con un vínculo legal y reglamentario o laboral, dando plena aprobación jurídica al contrato estatal de prestación, sin perjuicio de la aplicación del principio de la primacía cuando se den las condiciones fácticas para ello el cual es reconocido aun por vía de tutela si se presentan condiciones para que se aplique la protección del principio de la primacía en forma transitoria. La Corte realiza un gran avance en cuanto a elementos y criterios que permiten definir con claridad si se debe reconocer la existencia de un contrato realidad o de un contrato de prestación de servicios, no obstante estos nuevos elementos permiten una mayor claridad, no se debe dejar de lado que pueden existir a futuro graves divergencias entre las altas cortes, cuando se introducen nuevos elementos de análisis como es de de la mera coordinación que viene desarrollando en Consejo de Estado.

7.2 SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

7.2.1	Radicación	1654
	Consejero Ponente	Nicolás Pájaro
	Consejo de Estado	Bogotá, enero 25 de 2001

ASUNTO.

Docente vinculado a la administración pública municipal por medio de contratos sucesivos de prestación de servicios, demanda a través de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el reconocimiento de derechos laborales y reconocimiento de su calidad de empleado público. La entidad administrativa argumenta que el cargo no existe en la planta de personal no tiene asignación presupuestal y que por lo tanto la vinculación es verdadero contrato de prestación de servicios estatal.

RATIO DECIDENDI.

La Corporación reitera que para acceder a un cargo público se deben cumplir todos los requisitos señalados en la Constitución y la Ley, la sola circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.

RESUELVE: Declarar la existencia del contrato realidad en sector público, y reconocer a título de indemnización el pago del equivalente a prestaciones laborales de un cargo de iguales condiciones.

APORTE DEL GRUPO

La sentencia es un punto de anclaje es citada por la providencia del Consejo de Estado radicación 4669 de 2006 y 2152 de marzo de 2008. Al igual que otras reconoce la existencia del contrato laboral porque se cumplen los elementos de salario, subordinación y prestación del servicio, además reconoce únicamente a título de indemnización el pago equivalente a prestaciones laborales de un cargo en iguales condiciones, pero sin reconocer la calidad de servidor público.

7.2.2	Radicación	3530-01
	Consejero Ponente	Jesús María Lemus Bustamante
	Consejo de Estado	Bogotá, Febrero 21 de 2002

ASUNTO:

Una aseoadora del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) demanda en nulidad algunos actos administrativos que no reconocen la existencia del contrato laboral, la demandada argumenta que a pesar de trabajar similares condiciones y obligaciones que otros empleados de planta, no tiene los mismos derechos que estos empleados, que su cargo no está previsto en la planta de personal y que está vinculada por prestación de servicios.

RATIO DECIDENDI:

Si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral, pero si por el contrario la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública.

Si se presentan los tres elementos del contrato hay contrato realidad, sin importar que no se cumpla el mismo horario que otros empleados y que el cargo no esté previsto en planta de personal, estos factores no pueden desconocer el vínculo laboral.

RESUELVE: Declara la existencia de la relación laboral sobre la base del principio de la realidad sobre las formas, por concurrir los tres elementos esenciales.

APORTE: Esta sentencia confirmatoria de la aplicación del principio de primacía de la realidad, es citada por la sentencia C-614 de 2009, por encontrar probada la existencia de los tres elementos del contrato o relación laboral y reconocer la aplicación del mismo, trae dos consideraciones importantes, la primera en cuanto no da mayor importancia a la similitud en el horario respecto a otros empleados pero exige el cumplimiento del mismo como elemento, y la segunda y de mayor trascendencia es la semilla en la definición de lo que la Corte Constitucional denominara en la sentencia C-614 de 2009 el criterio de excepcionalidad, esto es que existe carácter permanente en la vinculación que demuestra la existencia de un contrato realidad si no se prueba la excepcionalidad en el contrato.

7.2.3	Radicación	4798-02, sección 2 Sub sección B.
	Consejero Ponente	Alejandro Ordoñez Maldonado
	Consejo de Estado	Bogotá, julio 3 de 2003

ASUNTO.-

Se presenta demanda de nulidad de los actos administrativos que niegan el derecho al reconocimiento de derechos laborales, por un ciudadano que fue contratado mediante contrato de prestación de servicios y vinculado a una entidad pública como conductor de ambulancia, realizando labores permanentes continuas e ininterrumpidas con iguales condiciones que otros empleados de la misma dependencia que ostentaban la calidad de empleados públicos.

RATIO DECIDENDI:

No es válido celebrar contratos de prestación de servicios respecto de actividades que para ser desarrolladas necesariamente requieran de los elementos propios de la relación laboral o reglamentaria con el Estado.

Se estableció que “Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”.

RESUELVE: La sentencia reconoció la existencia del “contrato realidad”

APORTE DEL GRUPO

Se trata de una sentencia confirmadora del principio de primacía de la realidad sobre las formas, es citada por la C-614 de 2009, genera en principio el concepto de lo que se denominara por la jurisprudencia como el criterio temporal o de la habitualidad, que permitirá determinar la existencia del contrato realidad, pues se menciona que las labores son cotidianas, continuas e ininterrumpidas.

7.2.4	Radicación	0370-03
	Consejero Ponente	Jesús María Lemus Bustamante
	Consejo de Estado	Bogotá, Agosto 21 de 2003

ASUNTO

Un educador nombrado por el Municipio mediante autorización de prestación de servicios educativos de forma periódica, demanda nulidad de los actos que niegan el derecho al reconocimiento de relación laboral y pago de derechos.

RATIO DECIDENDI:

Existió vinculación por contratos sucesivos de prestación de servicios, para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración de carácter permanente. Mediante contratos de prestación de servicios, cuando las labores a desarrollar son de carácter permanente, busca la administración evitar el pago de prestaciones, no obstante la naturaleza laboral de la actividad efectivamente cumplida. Se genera una relación laboral bajo la forma contractual administrativa que debe ser amparada por la primacía de la realidad, sin que se pueda deducir a favor del actor asimilación a la condición de empleado público. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a la ley pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir objetivos del Estado en tareas permanentes e inherentes. RESUELVE: El reconocimiento de la existencia del contrato realidad.

APORTE DEL GRUPO:

Esta sentencia confirmadora de la aplicación del principio cita a las sentencias de constitucionalidad C-555 de 1994, y C-154 de 1997, y es citada por la sentencia final del trazo C- 614 de 2009. Su importancia radica en que establece lo que se denominara por la jurisprudencia criterio de continuidad o contratación sucesiva en la administración pública, para determinar la existencia de relación laboral, amparada en el principio de la primacía, y la imposibilidad de otorgar la condición de empleado público.

7.2.5	Radicación	(IJ) 0039, Sala Plena de lo contencioso
	Consejero Ponente	Nicolás Pájaro Peñaranda
	Consejo de Estado	Bogotá, noviembre 18 de 2003

ASUNTO. –

La actora suscribió contrato de prestación de servicios con la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas, obligada a prestar servicios de mantenimiento y generales en inmuebles, de aseo y cafetería, las cuales se llevaron a cabo bajo las pautas fijadas por el contratante y bajo la dirección de la persona encomendada por ésta para ello. Que tal contrato se prorrogó de manera sucesiva e ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 1996, fecha en la cual la actora presentó renuncia y que fue aceptada.

Argumenta que con las resoluciones impugnadas se le transgreden sus derechos, por cuanto las labores para las cuales se le contrató encuadran dentro de **una clara relación de naturaleza legal y reglamentaria**, pues de manera evidente aparecen los elementos esenciales del contrato de trabajo a que alude el artículo 23 del C.S. del T., norma aplicable según jurisprudencia de la H. Corte Constitucional. Que, así mismo, se quebrantó el principio de la igualdad pues a situaciones idénticas no puede dársele trato discriminatorio y como consecuencia de esto vulnerarse el derecho al trabajo, los derechos adquiridos, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Alega, además, la actora, que se incurrió en falsa motivación de los actos que se expidieron para denegarle el pago de sus prestaciones debidas pues se encuentran estructurados los elementos de una relación legal y reglamentaria y desconocerlo constituye ocultación de una situación real en la que aparece el elemento **subordinación y dependencia**, pues en la determinación administrativa acusada se sostuvo que lo que se dio fue una **relación de coordinación para el cumplimiento de las obligaciones contractuales**, amén de que por haberse suscrito varios contratos por término definido sin interrupción en el servicio, la entidad debió tomar las medidas tendientes a *“legalizar este tipo de vinculación”*.

RATIO DECIDENDI

“Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo. b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración

del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y c. Un salario como retribución del servicio”.

“Se incurre en una confusión manifiesta al pretender el actor que de la existencia de un contrato de trabajo se desprenda una **situación legal y reglamentaria**, lo que resulta, a todas luces, un imposible jurídico, pues los empleos públicos son creados en ejercicio de una función reglada como corresponde en un estado de derecho como el colombiano; y así, el Presidente de la República debe obrar dentro del marco de las normas constitucionales y legales con respecto a la creación, clasificación, nomenclatura de cargos y sistema salarial...”.

Es inaceptable reconocer la existencia de una relación laboral en circunstancias en las cuales el contratista coordina con su contratante la prestación del servicio pues allí, evidentemente, no se advierte la existencia de una relación de subordinación:

“Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”.

Finalmente, no se vislumbra el quebranto al principio de la igualdad, puesto que una es la situación del empleado público, que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales aquélla no adquiere vida jurídica; elementos que se encuentran consagrados en el art. 122 de la C.P., que dan origen al pago de las prestaciones que corresponden a este tipo de servidores públicos; otra, muy distinta, la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, que no genera relación laboral ni prestaciones sociales; y otra, a la que da lugar el contrato de trabajo, que con la administración no tiene ocurrencia sino sólo cuando se trata de construcción y mantenimiento de obras públicas.

Por último, no se aprecia la falsa motivación que se endilga al acto atacado, pues en verdad la denegación del pago de prestaciones sociales como si la actora hubiese estado involucrada en una situación legal y reglamentaria se hizo con

base en que el vínculo establecido con la administración fue el de un contrato de prestación de servicios, argumento que resulta válido a la luz de las razones que se han expuesto a lo largo de la parte motiva de esta providencia”.

RESUELVE: Revocar el fallo y denegar las súplicas de la demanda instaurada.

APORTE DEL GRUPO:

Esta jurisprudencia es una sentencia fijadora de criterio, es citada por la sentencia del Consejo de Estado radicaciones 4312 de abril de 2005 y 2152 de marzo de 2008. Es de gran importancia en el cambio de línea porque a diferencia de las estudiadas anteriormente, niega rotundamente la existencia de un contrato realidad, a pesar que se configuran los tres elementos de una relación laboral, pues por un lado menciona que en un contrato de prestación de servicios el contratista coordina con su contratante la prestación del servicio, tales como el horario, metas, cargas y por otro lado menciona que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales no puede llevar a desconocer los elementos esenciales que se exigen para que una persona acceda a la función pública.

ACLARACIÓN DE VOTO.- IJ 039

Consejero: DARIO QUIÑONES PINILLA

Se demostraron dos de los tres elementos de la relación de trabajo: la actividad personal y remuneración, sin embargo, no se probó la continuada subordinación, por lo que no se puede asegurar que la prestación del servicio correspondiera a una relación de trabajo, razón fundamental para negar las pretensiones, y no la planteada en la sentencia en el sentido de considerar la imposibilidad de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

SALVAMENTO DE VOTO Sentencia IJ-039

Consejeros: RICARDO HOYOS DUQUE- GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR - ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ E. - JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

En el caso concreto no es de recibo que la actora haya estado vinculada por prestación de servicios en labores de aseo y cafetería dentro del giro ordinario de la entidad, sin que se hubiera creado el empleo en la planta de personal, esto viola

principios fundamentales del trabajador y desconoce los derechos prestacionales, al utilizar la excepción en forma permanente para evadir el pago de las acreencias laborales, pues frente al contrato de prestación de servicios se demostró que se disfrazó una verdadera vinculación laboral y debió darse aplicación al principio de la primacía.

La actora no planteó la existencia de una relación de trabajo con la administración solo solicitó el reconocimiento y pago indexado de acreencias laborales, por ello no puede afirmarse que la libelista pretenda que se le reconozca una situación legal y reglamentaria, lo que busca es que se declare la existencia de una relación de carácter laboral administrativa porque, si bien en apariencia existió un contrato de prestación de servicios, en la práctica se dio una relación laboral, no se habla de existencia de contrato de trabajo pues es inadmisibles tratándose de vinculación de servidores públicos con relación legal y reglamentaria.

Por otra parte, si se demuestra la existencia en planta de personal de empleos con funciones esencialmente iguales a las asignadas a los contratistas de prestación de servicios, opera la figura del “contrato realidad” por la evidente discriminación que implica el tratamiento distinto no justificado respecto de personas que se encuentran en situación similar. Así no puede desconocer el juez que frente a la multiplicidad de oferta laboral en el mercado, por proceso de modernización o reducción del Estado y de apertura económica, el trabajador tiene que aceptar las condiciones impuestas por el empleador, lo que explica la proliferación de esta clase de vinculación contractual.

Los yerros de la administración en la vinculación de sus servidores para evadir cargas prestacionales no pueden trasladarse a los administrados, **y superando la tesis hasta ahora aceptada por esta Corporación, puede decirse que éstos tienen derecho a que se les reconozca su condición de empleados públicos** con todos los efectos inherentes. Puede, incluso, afirmarse que la jurisprudencia no ha sido consistente porque, a pesar de considerar desvirtuado el contrato de prestación de servicios y de aceptar la existencia de una verdadera relación laboral, se ha negado a hacerle producir las consecuencias que de ella se derivan, entre ellas, reconocer el tiempo de servicio laborado como útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Esta sentencia es un retroceso a la jurisprudencia del Consejo de Estado puesto que en múltiples sentencias se ha reconocido la primacía, en casos similares.

APORTE: Este salvamento de voto, da un paso substancial a la tesis inicial del Consejo de Estado respecto a no reconocer la calidad de empleado público pues a pesar de reconocer la existencia de la relación laboral no se reconocían sus efectos prácticos, situación que se ha ido modificando con las nuevas posturas del Consejo de Estado las cuales se analizan en sentencias futuras. Se reconoce en

esta sentencia el criterio de igualdad que posteriormente en el tiempo formara parte del concepto de función permanente en las sentencia C-614 de 2009.

SALVAMENTO DE VOTO IJ -039

Consejeros: ALBERTO ARANGO MANTILLA - GERMÁN AYALA MANTILLA
FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA- RAMIRO SAAVEDRA BECERRA- ALEJANDRO
ORDÓÑEZ MALDONADO

Es absurdo considerar que un auxiliar de servicios generales en vez de cumplir su labor bajo subordinación, lo haga en coordinación con la Dirección, como lo afirma la decisión mayoritaria. En ese orden, las razones expuestas en la decisión de sentencia son argumentos que distraen el problema jurídico, y conducen a dejar sin control la actuación de la administración constituyendo un verdadero retroceso frente a la jurisprudencia de esta Corporación.

Se analizó el caso a partir de una lectura aislada del n° 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, sin fijar sus alcances, desconociendo la normatividad que ha gobernado la función pública la cual no fue tenida en cuenta por la Sala Plena al proferir el fallo: el Decreto Ley 2400 de 1968, que por el artículo 87 de la ley 443 de 1998 se aplica a los empleados del Estado señala que para el ejercicio de las funciones permanentes se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios.

Contrariando lo afirmado en la sentencia, sí puede sostenerse que celebrar un contrato prestación de servicios para cumplir funciones permanentes de la administración quebranta la ley, por ser contrario a expresa prohibición legal.

En el asunto examinado, no se celebró el contrato por el término estrictamente indispensable, sino que este se prorrogó de manera sucesiva e ininterrumpida, además se presentó renuncia y la administración la aceptó.

Se demostró que la demandante desarrollaba labores de mantenimiento y servicios generales en instalaciones adscritas a la Administración Judicial, aseo y cafetería, de forma personal, bajo condiciones previamente señaladas por la administración, cumpliendo horario, probándose los elementos de una relación laboral de derecho público, la cual se pasó por alto en razón a que la decisión se apoyó en los criterios doctrinarios, sin descender a la realidad procesal.

La Sala Plena explica que anteriormente se consideraba que el contrato de prestación de servicios con verdadero objeto laboral era inexistente al contrariar la primacía de la realidad pues corresponde al objeto moralmente imposible del artículo 1.518 del C.C., el carácter de inexistente implicaba que no se requiera pronunciamiento judicial para invalidar lo que no existe, pero en su nueva tesis, la

sala plena rectifica su jurisprudencia indicando que tal efecto no será la inexistencia sino la nulidad del contrato, en aplicación de los artículos 1.741, 1.523 y 1.519 del C.C, que desarrollan la causa y el objeto ilícitos como causal de nulidad absoluta del contrato, la cual requiere pronunciamiento judicial.

APORTE: El presente salvamento de voto realizado a la sentencia IJ 0039 a aclara un punto fundamental respecto a la necesidad de declaración judicial de nulidad del contrato, expresado en la decisión mayoritaria. Igualmente se aparta de la tesis respecto a la cual la primacía de la realidad no puede llevar a desconocer los elementos esenciales que se exigen para que una persona acceda a la función pública, dando mayor importancia a la aplicación del principio sobre las solemnidades legales para acceso a la función pública.

7.2.6	Radicación	0099-03
	Consejero Ponente	Alejandro Ordoñez Maldonado
	Consejo de Estado	Bogotá, febrero 19 de 2004

RATIO DECIDENDI.

Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en **forma coordinada** con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor. El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente.

De esta manera, para el punto de la subordinación, se requiere analizar en cada caso concreto, la forma como se dieron las relaciones de prestación, deslindando así la existencia de relaciones de coordinación con las de subordinación, las que se distinguirían por un mayor poder de limitar la autonomía del contratista, bien sea mediante la formulación de órdenes (no sólo directrices o pautas), o por la imposición de verdaderas sanciones disciplinarias, por ejemplo. Habrá de demostrarse entonces, situaciones como las siguientes: - Que la actividad del contratista es similar o igual a la que cumple un servidor de planta de la misma entidad. - Llamados de atención u órdenes expresas recibidas por el contratista. -Asignación de actividades que implicaban subordinación y dependencia. - Similitud entre el valor de los honorarios del contratista y la remuneración prevista para los servidores con las funciones parecidas a las que aquél desarrolla. - Entrega de tareas e informes que eran objeto de revisión o corrección. - Celebración de varios contratos en períodos próximos (sin solución de continuidad).

En cuanto a la sujeción a un horario de trabajo, se analiza la labor habitual, es decir «constante y cotidiana, y que conlleve el cumplimiento de un horario de trabajo, no necesariamente durante todos los días de la semana, sino algunos, siempre y cuando la labor se realice frecuentemente en los días acordados.

En cuanto al aspecto probatorio, el Consejo de Estado advierte que los testimonios de personas que se encuentren en la misma situación que el demandante, que también desarrollaron o cumplen actividades como contratistas

de prestación de servicios, no tienen suficiente valor probatorio pues carecen de imparcialidad al tratarse de «declarantes que ostentan interés en el mismo proceso», debiendo entonces acudir a otros medios de prueba que en efecto demuestren el elemento de la subordinación.

RESUELVE: No acceder a las peticiones, por considerar que se trata de Mera Coordinación, y no haberse demostrado la subordinación exigida para el reconocimiento del contrato realidad.

APORTE DEL GRUPO

Esta jurisprudencia es citada por la Sentencia del Consejo de Estado radicación 2152 de marzo de 2008, y cita a la sentencia IJ-0039. Esta es una sentencia que continua con la posición de la sala plena del Consejo de Estado respecto al tema de coordinación planteado en la sentencia IJ 0039, pues menciona que entre las partes hubo una relación de coordinación y como consecuencia no se configura la existencia del elemento de subordinación, desvirtuando de tal manera la existencia de una relación laboral.

7.2.7	Radicación	4312-03 sala Contencioso administrativa
	Consejero Ponente	Jesús María Lemus Bustamante
	Consejo de Estado	Bogotá, Abril 07 de 2005

ASUNTO.-

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la demandante solicitó al Tribunal la nulidad del acto administrativo mediante el cual el Municipio negó el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales y solicita declarar que entre la actora y el municipio existió una relación laboral. Como consecuencia, a título de restablecimiento, solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales, durante el tiempo en el que laboró como Secretaria del Colegio de Bachillerato, con el mismo el mismo trato de los empleados públicos, a quienes se les reconocieron y se les pagaron todo tipo de prestaciones sociales.

RATIO DECIDENDI

En un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional, las que, sin embargo, **deben pagarse a título de indemnización porque no se puede adquirir la condición de empleado público** si no se accede al cargo en términos de ley.

La Sala encuentra probada la existencia de un vínculo laboral entre la entidad accionada y la demandante, se evidencia que la actora recibía órdenes del rector del Colegio, entonces no cumplía en forma autónoma o independiente su tarea.

Cabe señalar que en pronunciamiento de Sala Plena de esta Corporación se determinó no reconocer el “contrato realidad” cuando existían relaciones de coordinación entre el reclamante y la entidad respectiva (Rad.IJ-0039).

El presente caso se diferencia de las situaciones expuestas en la sentencia de Sala Plena en la medida en que entre la libelista y la entidad accionada no hubo relación de coordinación. La demandante cumplió su actividad conforme a instrucciones impartidas por el rector. Mal podría sostenerse que había relaciones de coordinación cuando la actividad de la actora se realizó de conformidad con las orientaciones emanadas del ente mencionado y no bajo su propia dirección y gobierno; con mayor razón cuando se trataba de actividades como las secretariales, que se cumplen con sujeción a un determinado jefe o patrón.

Se probó subordinación, en cuanto a la prestación personal del servicio y al pago de un emolumento por dicha actividad, fueron aceptados por la propia entidad al

admitir que la vinculación con la Administración se debió a un contrato de prestación de servicios y que recibió a cambio de ello la suma de pago mensual.

RESUELVE.- Confirmará la decisión de primera instancia.

APORTE: Esta sentencia citada por la C-614, es clasificada como confirmadora del trazo jurisprudencial en cuanto a la aplicación del principio de primacía de la realidad, por cuanto cita pero se aparta de la sentencia IJ 039, aclarando que se reconoce el principio constitucional del artículo 53, y argumentando que no se configuran en el caso los elementos para que se presente una simple coordinación, sin embargo hace un análisis para descartarla. Esta providencia continua con el manejo inicial que se dio en el Consejo de Estado al establecer que los derechos laborales que se generen por la declaración de nulidad del contrato de prestación y consecuente reconocimiento de la existencia del contrato realidad deben pagarse a título de indemnización por cuanto no es factible adquirir la condición de empleado público sin los requisitos constitucionales.

7.2.8	Radicación	245-03 Sala Contencioso Administrativo, S2 Sb
	Consejero	Jesús María Lemos Bustamante
	Consejo de	Bogotá, 23 junio de 2005

ASUNTO.

La actora laboró desempeñándose en el cargo de Jefe de Presupuesto en el SENA., Florencia, desde 1992, en forma ininterrumpida, hasta 1997, vinculada mediante contratos administrativos de prestación de servicios y emisión de órdenes de trabajo por parte de la entidad. La institución desconoció los emolumentos salariales y prestacionales legales y extralegales que devenga un funcionario en el cargo de Jefe de Presupuesto. En 1997 la actora presentó reclamación solicitando el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones debidas, lo cual le fue negado mediante oficio 1100-21448, expedido por la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad.

RATIO DECIDENDI

La circunstancia de que consciente y libremente el trabajador haya aceptado las condiciones de contratación que le fueron planteadas en el contrato de prestación de servicios resulta indiferente en una situación como la que en abstracto se ha planteado, pues ni aún el consentimiento puede considerarse como expediente válido para que el trabajador renuncie a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución, estando incluido uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral la primacía de la realidad precepto que sirve de base para declarar la existencia de una relación laboral cuando, no obstante haber una formalidad distinta, prima el vínculo real por concurrir en él los elementos requeridos, la prestación personal, la subordinación y la remuneración.

No hubo relación de coordinación, la demandante cumplió labores propias de un funcionario público, y desarrollo su actividad conforme a instrucciones y orientaciones impartidas por la entidad y debía rendir a ésta informes, con mayor razón no hay coordinación cuando se trata de labores que implican el cumplimiento de funciones públicas típicas como las propias de una jefatura de presupuesto en tanto ello entraña la disposición de dineros públicos”.

RESUELVE. Acceder al reconocimiento del “contrato realidad”, y reconocer a título de indemnización, una suma equivalente a las prestaciones pagadas por la accionada a quienes desempeñen empleos de características similares a la actividad cumplida por la demandante, para lo cual se tomará como base de liquidación el valor pactado en el respectivo contrato de prestación de servicios u orden de trabajo.

APORTE DEL GRUPO

Esta es una sentencia confirmadora del principio de primacía de la realidad sobre las formas, es citada por las sentencias C-614 de 2009 y por la sentencia fijadora de criterio del Consejo de Estado radicación 2776 de abril de 2008. La sentencia analizada reconoce a título de indemnización el pago de prestaciones laborales; además introduce un cambio frente a las sentencias estudiadas anteriormente, porque reconoce que no hay coordinación cuando se trata de actividades propias de funciones públicas, como para este caso el cargo de Jefe de presupuesto.

7.2.10	Radicación	4669-04
	Consejero Ponente	Alejandro Ordoñez Maldonado
	Consejo de Estado	Bogotá, marzo 30 de 2006

ASUNTO.

Se demanda nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos que desconocen el reconocimiento de prestaciones y prórroga del contrato, fundamentados en existencia de órdenes de prestación de servicios en períodos discontinuos (1993-1998), suscritos con la entidad pública. Se manifiesta en la demanda que el objeto era prestar sus servicios como profesora, observando las normas impartidas por el Alcalde Municipal, con labores de un cargo académico, con cumplimiento de horario y salario, con subordinación al Alcalde y al Director del Centro Educativo, cumpliendo con el reglamento sin ninguna distinción respecto a los docentes de planta.

RATIO DECIDENDI.

La autonomía e independencia del contratista constituye el elemento esencial en la prestación de servicios, este contrato se desvirtúa cuando se demuestra la subordinación, por principio de primacía de la realidad.

Retoma jurisprudencia respecto del reconocimiento de las prestaciones sociales, y el derecho a que ellas se reconozcan, de conformidad con el régimen aplicable previsto para el servidor público, por aplicación del artículo 53 Constitucional que consagra el principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos consagrados en las normas laborales, el consentimiento del trabajador no puede considerarse válido para que renuncie a los beneficios prestacionales.

Como la actora no puede ser considerada empleada pública docente se debe entender que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede ampliarse hasta otorgar unas prestaciones sociales, propiamente dichas, pues ellas nacen a favor de quienes cumplen las formalidades sustanciales de derecho público y alcanzan la condición de servidor. Pero como la administración desconoció el derecho a la igualdad y ocasionó unos perjuicios estos deben ser resarcidos en los términos del artículo 85 del C.C.A. **La base para la liquidación de la indemnización que se reconoce será el valor pactado en cada orden de prestación de servicios.** Las asignaciones salariales en el caso de los docentes dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos y, aceptada como está la existencia del “contrato realidad”, también debe aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron de la remuneración, cuyo valor pactado servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devenga cualquier docente al servicio del Municipio. Por

su parte procede la prescripción de los derechos, excepción que debe aplicarse de manera oficiosa conforme al artículo 164, inciso 2, del CCA y que opera de la manera indicada por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Hay contrato realidad en docentes, cuando se presenta en la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios:

En efecto, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios pero no derogó el Decreto 2277 de 1979, artículo 2º “Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Definición reafirmada por la Ley General de Educación (115 de 1994). “La labor docente no es independiente, sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de reglamentos propios del servicio público de educación”²¹

En el caso la relación de coordinación no se presenta cuando la actividad se cumple conforme a instrucciones impartidas por sus superiores. Entre la libelista y la entidad accionada no hubo relación de coordinación, se cumplió la actividad conforme a instrucciones impartidas por los superiores, y orientaciones emanadas del centro educativo y no bajo su propia dirección y gobierno, probándose la subordinación.

RESUELVE: Declarar nulidad del acto acusado y ordenar pago a de **una indemnización** equivalente a las prestaciones devengadas por un docente del MUNICIPIO tomando como base de la liquidación, el valor pactado en los respectivos contratos de prestación de servicios.

APORTE: Se observa en esta sentencia confirmadora en el trazo jurisprudencial de la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos contractuales, la continuidad en el reconocimiento y pago de prestaciones laborales a título de indemnización, y la claridad en la aplicación del mandato legal respecto a la aplicación de prescripción de oficio aunque no haya sido alegada por la parte interesada, por ser de interés estatal. Esta sentencia es citada por la sentencia C-614 de 2009, y cita a las sentencias C-555 de 1994 y C-154 de 1997.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. C.P. Jesús María Lemos Bustamante, Expediente 2460-2003.

7.2.10	Radicación	2152-06 Sala de lo Contencioso
	Consejero Ponente	Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
	Consejo de Estado	Bogotá, marzo 6 de 2008

ASUNTO.-

El actor estuvo vinculado al Municipio de San Andrés- Córdoba, entre 1987-2000 mediante contratos de prestación de servicios como docente de tiempo completo en diversas escuelas rurales del municipio. Solicita se declare la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de salarios y prestaciones, e indemnización a título de restablecimiento del derecho.

RATIO DECIDENDI

Debe considerarse entonces que en este caso se encuentra probado que las labores desarrolladas por el demandante eran las mismas que las de los docentes de planta cumpliéndose los tres elementos de la relación laboral, prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio”.

Así las cosas, a partir de la sentencia que constituye el derecho en cabeza del contratista, es que queda autorizado para reclamar ante las autoridades administrativas las prestaciones sociales reconocidas a título de indemnización, porque antes de la anulación, el contrato de prestación de servicios gozaba de la presunción de legalidad y el derecho a obtener el pago de las prestaciones sociales materialmente no existía.

En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas sólo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia.

Con lo anterior, la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma”.

RESUELVE: DECLÁRAR la nulidad del Oficio mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales solicitados por el actor, Como consecuencia de ello, y a título de restablecimiento del derecho, se dispone: **ORDÉNASE** al Municipio el pago a título de indemnización del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los demás docentes de la entidad. **DECLÁRASE** que no hay lugar a la aplicación de la prescripción de los valores adeudados.

APORTE DEL GRUPO:

Esta sentencia es de gran importancia en el estudio jurídico y se clasifica como sentencia fijadora de criterio y de carácter dominante en la aplicación de lo resuelto, es citada por la sentencia C-614 de 2009, y cita a la sentencia C-555 de 1994. Su importancia radica en que cambia la sentencia a derecho constitutivo y no simplemente declarativo, generando que la prescripción corra desde el momento en que quede en firme la sentencia, implicando una gran transformación en la demanda y reconocimiento del derecho prestacional invocado, así al contrario de la sentencia que antecede no se da aplicación a la prescripción de las sumas reconocidas, sino solo a partir de de sentencia que reconozca la existencia del contrato realidad y el pago de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales surge el derecho a devengarlas y por tal razón empieza a correr el término para prescripción trienal.

7.2.11	Radicación	2776-2005 Sala de lo Contencioso S2Sb b
	Consejero Ponente	Jaime Moreno García
	Consejo de Estado	Bogotá, Abril 17 de 2008

ASUNTO.

Se demanda mediante acción de nulidad y restablecimiento, la nulidad del acto -- que negó la solicitud de reconocimiento y pago de los derechos laborales por ser contrato de prestación regido por ley 80 de 1993 debido a la inexistencia del cargo de operador de sistemas dentro de la planta de personal--, y solicito el reconocimiento y pago de los derechos laborales, a los que estima tiene derecho como consecuencia de las órdenes de prestación de servicios suscritas con la entidad IFINORTE por haber laborado durante más de un año, mediante contrato de prestación de servicios, con prestación personal del servicio que no difería en nada de los trabajadores vinculados por contrato laboral.

RATIO DECIDENDI.-

Se reitera el criterio funcional "...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes".

Se reitera el Criterio de CONTINUIDAD, así: "La suscripción continua de ordenes de trabajo muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo sus servicios, no fue un vínculo ocasional o esporádico, sino una verdadera relación de trabajo, prueba de que la administración utilizó erróneamente la figura del contrato de prestación de servicios".

Hay una **importante Rectificación Jurisprudencial sobre el pago a titulo de prestación social y ya no de indemnización en contrato realidad**. La entidad, al contratar los servicios de una persona a través de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, en contradicción con artículo 53 CPC y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe su realización por ser actividades propias del personal de planta, que no requieren conocimientos especializados, impone al servidor una relación no convenida y lo induce a la firma de tales órdenes y contratos. El artículo 85 del C.C.A. al **concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho** prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño. La sala se aparta de la conclusión a la que llego en sentencia de 18 de marzo de 1999, y replantea tal posición, pues lo cierto es que en casos como el presente **no tiene lugar la figura indemnizatoria**, porque

sin duda alguna, la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado **puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho**, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la **declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario**, con todo aquello que le sea inherente. Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes.

Se ordena el pago a título de restablecimiento del derecho y se ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral. Para determinar el monto de la suma que debe reconocerse al demandante, se tendrán en cuenta: a. Los valores pactados en los contratos. b. Las prestaciones sociales que se reconocen a empleados de planta.

No opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una **sentencia constitutiva**, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

RESUELVE: Declarar la nulidad, ordenar a la entidad empleadora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, y cotizaciones para efectos pensionales.

APORTE. En esta sentencia catalogada como fijadora de criterio se establece un gran cambio conceptual pues se reconoce que debe existir **consecuentemente a la declaratoria de nulidad del contrato, la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario**, con todo aquello que le sea inherente a **título de restablecimiento del derecho** el pago de prestaciones sociales con los correspondientes aportes a seguridad social y pensional, más no a título de indemnización como venía reconociendo el Consejo de Estado, lo cual significa un cambio en la línea jurisprudencial. La prescripción solo opera a partir de la sentencia, momento en que surge el derecho, retomando lo conceptuado en la sentencia 2152 de marzo de 2008. Esta sentencia es citada por la sentencia C-614 de 2009, y cita a las sentencias C-154 de 1997 en cuanto a la aplicación del principio de primacía y a la Sentencia de Consejo de Estado radicación 0245 de junio de 2005.

Dentro de la evolución de la aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad en el Consejo de Estado, se encuentran variantes interesantes respecto a cómo se aplica el principio, tal es el caso de que inicialmente se reconocía como una indemnización sin que se reconociera la existencia de vínculo legal y reglamentario pues se violentaba las normas constitucionales de acceso a la administración, y luego se reconoce como pago de derechos laborales siendo posibles los mismos por la declaración judicial de la existencia de la relación laboral legal y reglamentaria a quien se le haya declarado la aplicación del principio de la primacía de la realidad, otro de los puntos importantes es el elemento de coordinación pues se introduce como un punto de análisis para desvirtuar la existencia de contratos realidad al enfrentar el elemento de subordinación frente a la mera coordinación que implica cumplimiento de directrices y horarios sin perder la autonomía del contratista, elemento que se ha presentado para muchas interpretaciones de los mismos miembros del Consejo de Estado generando sentencias con salvamentos de voto, finalmente otro de los puntos importantes que ha tenido evolución en esta alta Corte es el concepto de prescripción de derechos laborales al ser aplicado el principio de la primacía, pues inicialmente se consideraba sentencia declarativa, y ahora es constitutiva del derecho lo que modifica los términos de tiempo para hacer efectivos los derechos reconocidos. Por lo que el estudio de la evolución jurisprudencial de esta corte ha sido de gran importancia para el desarrollo del tema investigado.

7.3 SENTENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

7.3.1	Radicación	22426 Sala de Casación Laboral
	Magistrado Ponente	Eduardo López Villegas
	Consejo de Estado	Bogotá, abril 21 de 2004

ASUNTO.-

El Actor demandó al ISS solicitando reconocimiento de derechos laborales, argumentando haber realizado funciones como trabajador oficial, entre 1994 y 1995. Sus funciones eran la venta de los seguros de pensiones, salud y riesgos profesionales”. Por su parte el ISS argumenta la existencia de contrato de prestación de servicios. En primera instancia el Juzgado laboral Circuito de Bogotá en 2001 absuelve al ISS, de igual manera en trámite de apelación en segunda instancia se confirmó sentencia informando que *“No se explica en qué consistió el poder de subordinación, ni como se imponía al demandante tal facultad reguladora para hacerle cumplir sus deberes.*

RATIO DECIDENDI.

Las obligaciones en cuestión pueden entenderse “como órdenes e instrucciones sobre la forma como el demandante debía realizar su labor” tales obligaciones obedecen, en realidad, “al simple desarrollo del contrato administrativo regulado por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1990 (sic) de conformidad con lo establecido e (sic) el artículo 4º de esa normatividad que contempla como derecho de la entidad contratante, exigir al contratista ‘... la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado...’ lo que en concordancia con el ord. 8º del artículo 26 ibídem y con los deberes de los contratistas consagrados en el ordinal 2º del artículo 5º de la misma ley, inclusive somete a estos (sic) a recibir órdenes directas de la entidad contratante”.

Como manifestó acertadamente el tribunal que si bien tal instrucción “podría inducir a pensar en la existencia de dicha subordinación”, podía, sin embargo, ser igualmente atribuida “a la capacidad de asignarle al contratista zonas para el desarrollo del objeto del contrato, el objeto del contrato allí señalado -prestar sus servicios en forma estable, y “el pequeño intervalo por el que se designa horario ... es meramente circunstancial, e imputable, a las necesidades de aprovechar durante un lapso de tiempo razonable, la asistencia de público que no acredita la existencia de un horario estable durante la relación, situaciones que en conjunto no permiten, inferir la subordinación.

RESUELVE: El fundamento para descartar la existencia del contrato de trabajo fue eminentemente fáctico, por prueba documental, que concluyó que el elemento subordinación no aparece demostrado. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, NO CASA la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

<p>SALVAMENTO DE VOTO Expediente 22426 GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA ISAURA VARGAS DÍAZ</p>
--

En cuanto a los supuestos fácticos se observa que el contrato de prestación de servicios contiene un catálogo de obligaciones y además hay órdenes que se materializaron y varios documentos que prueban prestación de servicios de forma estable. El cumplimiento de un horario estricto en sitio determinado y para el desarrollo de precisas órdenes, constituye signo inequívoco de la subordinación. De manera exclusiva a disposición del I.S.S. puso su fuerza de trabajo en tiempo predeterminado, configurándose una prestación de servicios como trabajador oficial.

APORTE: Esta sentencia confirma la aplicación del principio de primacía con base en la existencia de los elementos esenciales del contrato, es citada por la sentencia C-614 de 2009.

7.3.2	Radicación	37617 Sala de Casación Laboral
	Magistrado Ponente	M.P. CAMILO TARQUINO GALLEGO
	CORTE SUPREMA DE	Bogotá, Agosto 31 de 2010.

ASUNTO.

Invocó la demandante que se declare la existencia entre ella y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, de un contrato laboral “contrato realidad”, como trabajador oficial, en el cargo de médico general, con vigencia enero de 1985 a junio de 2003, sin solución de continuidad; que, en consecuencia, se condenara al Instituto, a reintegrarla y a pagarle los salarios y prestaciones dejados de devengar. En subsidio, pidió que se lo condenara al pago de las cesantías e intereses sobre las mismas, durante toda la relación laboral; primas y bonificaciones asignadas a estos cargos; aportes por seguridad social integral a pensiones; indemnización convencional por despido; indemnización por despido sin justa causa; perjuicios materiales por lucro cesante y daño emergente; indemnización moratoria o indexación hasta la ejecutoria de la sentencia, conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y desde esa fecha, los intereses moratorios hasta el momento del pago.

RATIO DECIDENDI

“El Tribunal, para modificar la sentencia del Juzgado y condenar al Instituto demandado al pago de la indemnización moratoria, centró su argumentación en que antes de terminarse la relación contractual entre las partes, se había proferido, por la Corte, una sentencia condenatoria (Rad. 32200), en la que se dijo que existiendo varios fallos contra el ISS, en los que se ha reconocido la primacía de la realidad, y al haber persistido la entidad en la celebración de contratos de prestación de servicios, dicha actitud no podía ser considerada como constitutiva de buena fe que la exonere del pago de la citada indemnización”.

En criterio de la Corte, no es indicativa de buena fe la conducta del ISS, al desconocer a la demandante sus derechos laborales, alegando que actuó con el convencimiento de encontrarse frente a acuerdos de prestación de servicios, cuando en realidad se demostró la existencia de un verdadero contrato de trabajo. Ello es así, porque en verdad lo que se desprende del análisis del cargo, es la exclusiva inconformidad con el hecho de que el Tribunal hubiera enervado la buena fe del Instituto, ante la actitud reiterativa de celebrar contratos laborales con el ropaje de prestación de servicios, cuando ya había sido condenado por ese mismo aspecto.

Esa alegación y esa inconformidad no tuvieron la suficiente fuerza probatoria para demostrar el yerro endilgado, pues no asoma justificación, así fuere mínima, frente a la postura de haber continuado con un comportamiento porque el que ya había sido sancionado, así fuera en otro proceso, y alegar que actuó con el íntimo convencimiento de obrar de buena fe.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, **NO CASA** la sentencia proferida por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR, en el proceso ordinario, contra el ISS.

APORTE: Esta sentencia no está ligada al trazo jurisprudencial, pero su importancia de deriva del llamado de atención que se realiza a entidades públicas informando que no se puede invocar el principio de buena fé por parte de entidades públicas que cuentan con numerosos fallos que han dado aplicación al principio de primacía de la realidad cuando se han ocultado verdaderos vínculos laborales a través de contratos de prestación de servicios y se demanda con iguales supuestos fácticos, exhortando para que no se desfigure el contrato de prestación de servicios estatal al obligar a los interesados a acudir a instancias judiciales para que se reconozcan sus derechos laborales vulnerados.

La Corte Suprema de Justicia ha sido contundente en señalar la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma o la interpretación del “contrato realidad”, pues en aquellas situaciones en las que trabajadores oficiales celebran contratos de prestación de servicios pese a que en la realidad revisten una verdadera relación laboral, la ha declarado, sin dejar de lado tampoco el análisis de los elementos del contrato de prestación de servicios declarando la existencia del mismo en los eventos en que no se demostraba plenamente una relación laboral. En el mismo sentido, ha dicho que uno de los elementos determinantes para señalar cuándo una relación de trabajo es laboral y cuándo es civil, es el análisis de los elementos del contrato laboral y entre estos el elemento de la función permanente, pues si la labor contratada corresponde al “giro ordinario de los negocios” o hace parte del objeto social o función permanente de la empresa y, a ello se suman los demás elementos de la relación laboral, éste será un contrato de trabajo regido por el Código Sustantivo del Trabajo.

CONCLUSIONES

- Realizado un análisis a la legislación y a la jurisprudencia colombiana en la materia se encuentra que estas han buscado mantener la legalidad y constitucionalidad del contrato de prestación de servicios que ha evolucionado a fin de que no sea convertido en un instrumento que permita vulnerar los derechos mínimos laborales del personal que se vinculen a la administración pública, hasta el punto de exigir como condición mínima para su suscripción: la ausencia de personal suficiente ó la exigencia de conocimientos especializados, que sea por el termino estrictamente necesario y no sea susceptible de ser confundido con una relación laboral que implique el pago de prestaciones sociales.
- Por su parte la jurisprudencia ha mantenido la constitucionalidad de las normas que han regulado el contrato estatal de prestación de servicios, siempre que se den las exigencias legales para su real existencia, en el entendido que de encontrarse que la administración ha ocultado un verdadero vinculo legal y reglamentario o un contrato laboral con un contrato de prestación de servicios se debe propender por proteger los derechos laborales, dando plena aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre la forma.
- La legislación también ha optado por evitar el mal uso del contrato estatal de prestación de servicios, mediante la creación de la figura jurídica de contratos temporales contemplada en la ley 909 de 2004, que permite la vinculación de personal al servicio del estado de forma excepcional para cumplir funciones administrativas excepcionales y temporales, sin que tampoco pueda utilizarse esta figura para la permanencia de un empleo permanente, y sin necesidad a recurrir por error a la figura jurídica de contratación estatal de prestación de servicios.
- El código sustantivo del trabajo, establece que toda relación de trabajo personal está regido por un contrato laboral, de modo que de entrada, cuando una persona desarrolla un trabajo para otra, la ley está presumiendo la existencia de un contrato de trabajo, esta presunción jurisprudencialmente se vuelve una realidad en el momento que se configuran los tres elementos del contrato. La jurisprudencia de las tres altas cortes, se detiene a evaluar la subordinación como elemento determinante para verificar la existencia de un contrato realidad, por cuanto la prestación de servicio y el salario como pago por los servicios prestados son también parte de un contrato estatal de prestación de servicios, que no presentan grandes diferencias.
- Se puede concluir en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado consistente en la actitud de la administración contratante de

impartir órdenes a quien presta el servicio, así como otros de sus elementos conjuntamente como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales.

- Con respecto de la facultad disciplinaria como elemento de la subordinación, se ha establecido no se debe sancionar a quien efectúe un contrato de prestación de servicios, sin embargo si éste implica el ejercicio de funciones públicas está sometido a la facultad disciplinaria por las funciones que desempeña, sin reconocer que esto corresponda al elemento de subordinación pues implicaría la desnaturalización del contrato de prestación de servicios.
- En el desarrollo jurisprudencial es procedente aclarar que se acude ante la jurisdicción administrativa a través del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y/o indemnización, posición asumida por el Consejo de estado actualmente, sin embargo en algunas providencias no referenciadas este análisis, se había establecido que se debía acudir mediante acción contractual, tesis que fue superada.
- La jurisprudencia del Consejo de Estado en una sentencia de importancia jurídica IJ 039 agrega un término nuevo al argot jurídico para diferenciar cuando no se presenta el elemento subordinación, denominado coordinación, pues se establece que una actividad meramente coordinada con el quehacer diario de la entidad y basada en las cláusulas contractuales, no es subordinada. Los fallos ha decantado que no hay coordinación cuando se trata de labores que implican el cumplimiento de funciones públicas típicas como las propias de una jefatura de presupuesto, mensajería, técnico y operador de sistemas de Entidad Pública, Jefe de Departamento de Riesgos Profesionales y docentes. No obstante no existe pronunciamiento de las otras cortes con referencia a este nuevo elemento de análisis.
- Es claro conforme al precedente jurisprudencial que los contratistas no pueden homologarse a los empleados públicos o a los trabajadores oficiales ni desarrollar funciones que ordinariamente corresponden a aquellos, sino, exclusivamente, las que sean necesarias para el cumplimiento de proyectos especiales o solución de contingencias de manera que no prestan funciones públicas.
- A el contratista a quien se le reconoce la existencia de contrato realidad, inicialmente la Jurisprudencia le reconocía las prerrogativas de orden prestacional a título de indemnización, con el argumento de que no se pueden negar los derechos prestacionales laborales, y que tampoco se puede adquirir la condición de empleado público si no se accede al cargo

en los términos de ley, y por lo tanto no hay lugar a restablecimiento del derecho por la imposibilidad de conferir una condición que no puede tener por ley, dando lugar a la reparación por medio de la indemnización.

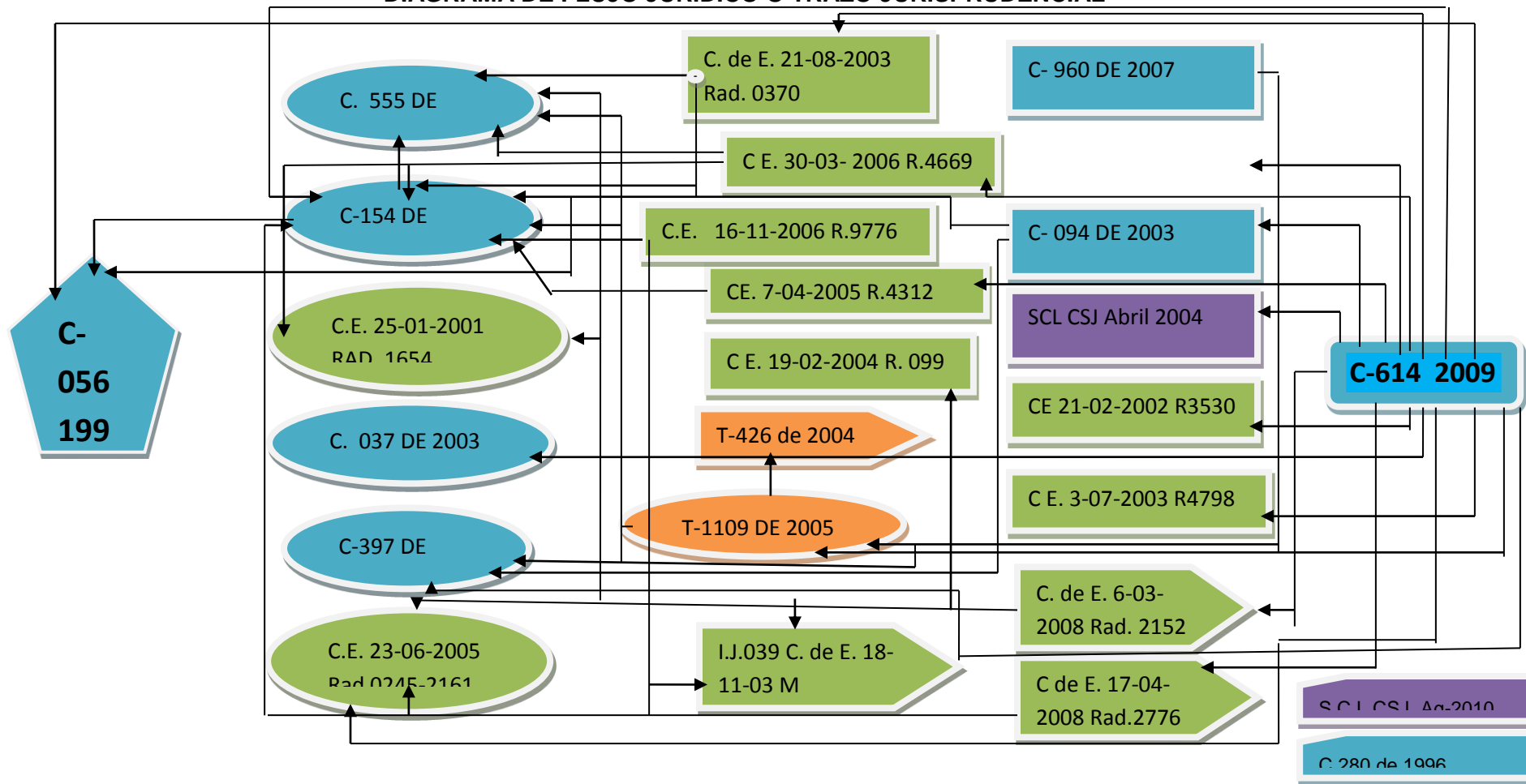
- En el año 2008 existe un cambio jurisprudencial en la consecuencia del reconocimiento del contrato realidad referido a la no aplicación de la prescripción, al considerarse que la sentencia que reconoce la existencia de un vínculo legal y reglamentario es una **sentencia constitutiva del derecho** y por lo tanto la prescripción empieza a contarse desde el fallo, en la medida en que el derecho surge a partir de ella, siendo desde este momento posible exigir derechos por contrato realidad que antes de la sentencia no existían. A partir de este pronunciamiento ya no es viable la aplicación de la figura de la prescripción como excepción o de oficio.
- Otro gran avance jurisprudencial del Consejo de Estado en el año 2008, es ordenar el pago de derechos laborales, a título de restablecimiento del derecho, desechando la línea inicial de reconocimiento a título de indemnización., pues esto tiene cabida al declararse judicialmente la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente.
- Se observa de igual manera que jurisprudencialmente se agrega un nuevo elemento a la relación laboral únicamente a fin de determinar con claridad si se está ante la presencia de contratos estatales de prestación de servicios o ante la existencia de un contrato realidad, cual es la FUNCION PERMANENTE, y define taxativamente los criterios que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el tipo contractual. Estos son Criterio funcional, Criterio de igualdad, Criterio temporal o de la habitualidad, Criterio de la excepcionalidad y Criterio de la continuidad. Estos criterios fueron retomados por la sentencia arquimédica C-614 de 2009, con fundamento en pronunciamientos realizados en fallos del Consejo de Estado en los cuales se estudio la existencia del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.
- La sentencia C-614 de 2009 una sentencia de gran importancia pues conmina a las Entidades Públicas y a los organismos de control para que se advierta y se evite esta práctica. No obstante, el precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para las entidades y autoridades públicas, durante cerca de dos (2) años de entrada en vigencia el mandato de la Corte Constitucional, han persistido en celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales y jurídicas para realizar labores y actividades permanentes.
- Finalmente dentro del análisis jurisprudencial realizado son sentencias que se catalogan como de carácter dominante la C-614-2009 por cuanto unifica

criterios para analizar si hay función permanente, la Sentencia del Consejo de Estado radicación 2152 de marzo de 2008 que cambia el carácter de la sentencia de declarativo a constitutivo, la sentencia de sala plena del consejo de estado IJ. 039 de 2003, que introduce el concepto de coordinación frente al de subordinación, la sentencia del 17 de abril de 2008 que establece que consecuentemente a la declaratoria de nulidad del contrato debe existir la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente a título de restablecimiento del derecho, y la sentencia T- 1109 de 2005 sobre la protección por parte de la jurisdicción constitucional concedida como amparo transitorio al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades pactadas por los sujetos.

UNIVERSO CITACIONAL: RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA EN LAS DOS ÚLTIMAS DÉCADAS

ANO	1993	1994	1996	1997	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL	C.-056	C. 555	C-280	C-154			C- 037	T-426	T.- 1109	C.- 397	C- 960		C-614	
							C- 094							
SENTENCIAS CONSEJO DE ESTADO					25-01-2001 CP Nicolas Pajaro.	21-02-2002 CP Jesús Lemus.	3-07-2003 CP Ordoñez Maldonado	19-02-2004 MP. Alejandro Ordoñez	7-04-2005 CP. Jesús Lemus B	30-03-2006 CP. Alejandro Ordoñez.		6-03-2008 CP Gustavo Gómez Aranguren		
							21-08-2003 C.P. Jesús Lemus		23-06-2005 CP. Jesús Lemus	16-11-2006 CP Jesús Lemus		17-04-2008 CP Jaime Moreno.		
							IJ 039 de 18-11-2003 MP. Nicolás Pájaro							
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA								Cas Lab. 21-04-2004 MP López V.						Cas Lab. 31-08-2010 MP Tarquino

DIAGRAMA DE FLUJO JURIDICO O TRAZO JURISPRUDENCIAL



- -
- PROVIDENCIA FUNDACIONAL PUNTO FINAL DEL TRAZO. FIJADORAS DE CRITERIO ANCLAJE CONFIRMAT. HUERFANAS.
- CONSEJO DE ESTADO S. CONSTITUCIONALIDAD C.C. SENTENCIAS DE TUTELA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

BIBLIOGRAFIA

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid. 2005.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Constitución Política de Colombia. Bogotá, Legis, 2012.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Único Disciplinario. Bogotá: Diario oficial, 2002.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 de 1993. Por la cual Estatuto de Contratación Pública. Bogotá: Diario oficial, 1993.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 de 2007. Por el cual se Modifica el Estatuto de Contratación Pública. Bogotá: Diario oficial, 2007.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1010 de 2006, por la cual se adopta medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral. Bogotá: Diario oficial, 2010.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa. Bogotá: Diario oficial, 2004.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 244 de 1995, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario oficial, 1995.

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Legis, 29° edición, 2012.

COLOMBIA MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Decreto 1848 de 1.969, Por el cual se reglamenta el decreto 3135 de 1968. Bogotá: Diario oficial, 1969.

COLOMBIA MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL. Decreto 2025 de 2011, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 sobre intermediación laboral. Bogotá: Diario oficial, 2011.

COLOMBIA DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Decreto 734 de 2012, por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación Pública, y se dictan otras disposiciones. Diario oficial, 2012.

FANDIÑO GALLO, Jorge Eliecer. Régimen Jurídico del Contrato Estatal. Bogotá D.C. 2008.

GOYES MORENO, Isabel, y HIDALGO OVIEDO, Mónica. Principios del Derecho Laboral: Líneas jurisprudenciales, San Juan de Pasto, 2007.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, Bogotá, 2008.

SOLARTE, Franco y SANCHEZ CERON, Alejandro. Análisis de la Reforma a la Contratación Estatal y otros temas. Bogotá, 2007.

COLOMBIA Corte Constitucional, Sentencia. C-056 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA Corte Constitucional, Sentencia C-055 de 1994 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 1996 MP Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997 MP Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003 MP Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA Corte Constitucional, Sentencia C-094/03 MP Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 2004 MP Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-1109 de 05 MP Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 2006 MP Jaime Araujo Renteria.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-960 de 2007 MP Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia de 25 de enero de 2001 C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia de 21 de febrero de 2002 C.P. Jesús Lemus Bustamante.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia de 3 de julio de 2003. C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia de 21 de agosto de 2003. C.P. Jesús Lemus Bustamante.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia de 18 de noviembre de 2003. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia de 19 de febrero de 2004. C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia de 7 de abril de 2005. C.P. Jesús Lemus Bustamante.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia de 21 de abril de 2004. M.P. Eduardo López Villegas.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 31 de agosto de 2010. M.P. Camilo Tarquino Gallego.

RUIZ, Ramón. Distinciones entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho (en línea). En: Organización Urbe et ius, España, s.f. (Consultada: 15 de Marzo de 2013). Disponible en internet: http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf