

**PRIMACÍA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOBRE LA  
RELACIÓN LABORAL COMO CAUSA CONSTITUTIVA DE PLANTAS  
PARALELAS EN LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE  
NARIÑO**

**ANNIE ELIZABETH DIAZ PANTOJA  
ALIXON RODRIGUEZ RUANO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN DE PASTO  
2011**

**PRIMACÍA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOBRE LA  
RELACIÓN LABORAL COMO CAUSA CONSTITUTIVA DE PLANTAS  
PARALELAS EN LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE  
NARIÑO**

**ANNIE ELIZABETH DIAZ PANTOJA  
ALIXON RODRIGUEZ RUANO**

**Proyecto de monografía presentado como requisito para optar al Título de  
Especialista en Derecho Administrativo**

**Asesor:  
Doctora: Heydy Diana Villota**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN DE PASTO  
2011**

## **NOTA DE RESPONSABILIDAD**

Las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo de grado son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1° del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado del honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

**Nota de Aceptación**

---

---

---

---

---

---

---

Firma del Asesor

---

Firma del Jurado

---

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, Febrero de 2011.

## RESUMEN

La investigación tiene como punto de partida, la práctica que se ha institucionalizado en las entidades del Estado, consistente en el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales bajo el velo de los denominados contratos de prestación de servicios, y llega al punto de determinar como las llamadas plantas paralelas de las entidades públicas, y concretamente de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, son la materialización del desconocimiento del principio de la primacía de la realidad. Entendiendo la “planta paralela” como la institucionalización de un grupo de personas vinculadas a las entidades estatales mediante contratos de prestación de servicios, durante largos periodos; y partiendo del hecho que el desconocimiento del principio de la primacía de la realidad, se hace desde el punto de vista administrativo, pues los operadores judiciales pese a la variación jurisprudencial que se ha venido dando en materia reconocimiento de una relación laboral derivada de contrato de prestación de servicios, han dado aplicación a dicho principio en muchos de sus fallos, cuando de los supuestos fácticos y jurídicos, se ha evidenciado el ocultamiento de relaciones laborales.

## **ABSTRACT**

The research is a starting point, the practice has been institutionalized in state entities, consisting of the concealment of true labor relations under the guise of so-called service contracts, and reaches the point of determining how calls plants parallel public entities, and specifically the Department of Education Department of Nariño, are the embodiment of ignorance of the principle of the primacy of reality. Understanding the "parallel plan" as the institutionalization of a group of people linked to state agencies under contract to provide services over long periods, and from the fact that ignorance of the principle of the primacy of reality, is made from the administrative standpoint, as the judicial case law despite the variation that has been given in recognition of an employment relationship arising from contract services, have application to this principle in many decisions, where the assumptions fact and law, has shown the concealment of labor relations.

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN .....	10
1. VINCULACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO.....	13
1.1 ASPECTOS GENERALES .....	13
1.2 REGIMEN DE LOS EMPLEADOS OFICIALES.....	13
1.3 DIFERENCIAS ENTRE EMPLEADO PÚBLICO Y TRABAJADOR OFICIAL.....	16
1.4 RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS....	21
2. CRITERIOS DIFERENCIADORES ENTRE RELACION LABORAL Y EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.....	27
2.1 ELEMENTOS DE LA RELACION LABORAL Y DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.....	27
2.2. ALTERNATIVAS Y MEDIOS PROCESALES .....	31
3. PLANTAS PARALELAS .....	39
3.1 ASPECTOS GENERALES. ....	39
3.2 CAUSAS DE SU IMPLEMENTACION.....	39
3.3 PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD.....	54
3.4 CONSECUENCIAS GENERADAS POR LA DESFIGURACION DE LOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS. ....	60
4. CONCLUSIONES.....	63
BIBLIOGRAFÍA. ....	65

## GLOSARIO

**ACCION DISCIPLINARIA:** Facultad que poseen la propia administración y todos los ciudadanos de acudir ante las autoridades competentes para que se adelanten las investigaciones y se impongan las sanciones legales, contra servidores públicos que cometan irregularidades en el desempeño de la función.

**CENTRALIZACION ADMINISTRATIVA:** Existe el régimen de centralización administrativa cuando los órganos se agrupan colocándose unos respecto a otros en una situación de dependencia tal que entre todos ellos existe un vínculo que, partiendo del órgano situado en el más alto grado de ese orden, los vaya ligando hasta el órgano de ínfima categoría, a través de diversos grados en los que existen ciertas facultades

**DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA:** La cual consiste en confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración central una relación que no es la de jerarquía" y concluye: "el único carácter que se puede señalar como fundamental del régimen de descentralización es el de que los funcionarios y empleados que lo integran gozan de una autonomía orgánica y no están sujetos a los poderes jerárquicos.

**GLOBALIZACION:** Es un proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala, que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unificando sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. Universalización de los medios.

**NEOLIBERALISMO:** Designa una filosofía política, fundada en el valor de la libertad individual, describe así mismo un conjunto de principios ideológicos de una serie de partidos políticos en el mundo occidental e identifica una perspectiva de análisis frente a los mecanismos rectores del funcionamiento de la economía.

**PLANTA DE PERSONAL:** Listado de cargos identificados con una nomenclatura específica, acompañado de un código y un grado, distribuido por niveles, y cuya remuneración corresponde a la posición que tenga cada cargo dentro de la misma nomenclatura.

**PLANTA PARALELA DE PERSONAL:** Dícese de la Institucionalización de un grupo de personas vinculadas a las entidades estatales mediante contratos de prestación de servicios, durante largos periodos de tiempo.

**PRINCIPIO PRIMACIA DE LA REALIDAD:** Principio de rango constitucional. Este principio hace prevalecer, en caso discordancia, lo fáctico, es decir, lo que

realmente ocurre, sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera.

**SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES:** Corresponde a los recursos que la Nación, transfiere a las entidades territoriales, departamentos, distritos y municipios para la financiación de los servicios a su cargo.

**SITUADO FISCAL:** Son dineros que la nación aporta para la Salud y la Educación. La cifra para cada departamento resulta de dividir el total destinado por el gobierno asignado a cada sectores el periodo anterior, ajustado por un índice de crecimiento salarial determinado también por el gobierno sobre la población obtenida en el mismo año. Por el índice de necesidades básicas insatisfecha, se determinaron las categorías departamentales y distritales, el ingreso per-capita territorial y la dignidad de la población sobre el territorio.

## INTRODUCCIÓN

En la Constitución de 1991, uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se erige el Estado Social de Derecho es el trabajo, en virtud de ello en el artículo 53 Constitucional se consagraron los principios mínimos fundamentales de éste derecho, los cuales constituyen verdaderos mandatos de carácter autónomo, pero que aún hoy siguen siendo desconocidos y vulnerados por parte del mismo Estado, quien se supone por mandato del artículo segundo ibídem, tiene como fin garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, y esto se afirma, en razón a que las entidades estatales, son las que han institucionalizado la práctica de vinculación de personal mediante contrato de prestación de servicios ocultando verdaderas relaciones laborales y desconociendo principalmente el principio de primacía de la realidad.

Sin lugar a discusión, el sistema de ingreso a los cargos de carrera a través del mérito, limitó en gran medida aquella vieja práctica de clientelismo y corrupción a la hora de proveer cargos del estado, pero las estrategias politiqueras, no tardaron en buscar nuevos nichos de cargos para pagar sus favores y es así como se valen de la textura abierta de la contratación estatal para satisfacer sus intereses y uno de los mecanismos iniciales fue el aprovechamiento de los procesos de reestructuración, en los cuales suprimieron muchos cargos de planta, los que fueron cubiertos posteriormente por contrato de prestación de servicios, argumentando obviamente insuficiencia de cargos para cumplir con la función administrativa, este en el mejor de los casos, pues existen otras entidades en las cuales no se adoptaron plantas de personal, sino que están conformadas solamente por personal vinculado mediante contrato de prestación de servicios, donde se refleja un verdadero ejemplo de ocultamiento de relaciones laborales, acompañadas eso si del desconocimiento de principios como la estabilidad laboral, primacía de la realidad, igualdad entre otros.

La vinculación de personal a las entidades del Estado, no sólo procede por el sistema de méritos, sino que existen otras formas de acceder a ellas, tal es el caso del contrato de prestación de servicios, el cual surgió como una alternativa para el Estado, en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, este tipo de contratos está plenamente definido en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, del cual se logra inferir y así lo ha decantado la jurisprudencia, estos tienen carácter temporal, criterio éste que constituye una de las principales características diferenciadoras entre aquel y la relación laboral.

Aunado a lo anterior y pese al desarrollo jurisprudencial que se ha dado sobre los principios mínimos del derecho laboral, y en especial sobre la primacía de la realidad como principio sobre el cual se erige la verdadera materialización de los

derechos de los trabajadores, se ha evidenciado la proliferación de contratos de prestación de servicios como principal forma de vinculación de personal, por parte de las entidades estatales, las cuales han recurrido a ellos, ya no de manera excepcional sino que lo han convertido en la regla general de vinculación.

Para analizar la problemática planteada necesariamente se parte del estudio de los tipos de vinculación que se dan en el sector público, pues dependiendo de la forma en que se vincula un funcionario al Estado y de su permanencia, se determinará el régimen aplicable y por ende las condiciones laborales a las cuales se somete. Por ello en el estudio que nos ocupa se precisan las diferencias existentes entre un empleado público y un trabajador oficial, así como también las características propias de los contratos de prestación de servicios, precisiones éstas que permitirán establecer cuando se está frente a uno de los regímenes mencionados y cuando se ha mutado de un tipo de vinculación a otra.

Al abordar el estudio de los elementos, tanto de la relación laboral como del contrato de prestación de servicios, se logra el cumplimiento de uno de los objetivos específicos de la investigación, cual es, el caracterizar los fundamentos constitucionales y legales de las formas de vinculación mencionadas, dicha precisión permite abordar el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre los parámetros bajo los cuales puede generarse una relación laboral a partir de un contrato de prestación de servicios, en aplicación precisamente del principio de primacía de la realidad, análisis que se centra especialmente en las sentencias C-056 de 1993, C-555 de 1994 y C-154 de 1997, las cuales constituyen el fundamento jurisprudencial más importante sobre la materia. Como parte esencial de la investigación, se analizan los cambios doctrinales y jurisprudenciales sobre la aplicación y alcance del principio de primacía de la realidad, y para ello se retoman las tesis planteadas por la Sala Plena del Consejo de Estado y por la Sección Segunda de éste alto tribunal, conceptos que al ser analizados a la luz de los supuestos fácticos que se presentan en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, permiten la realización de un planteamiento crítico encaminado a reforzar los argumentos sobre los cuales se soporta la hipótesis planteada.

Dentro de este contexto, la investigación nos conduce al análisis de las llamadas “plantas paralelas”, acápite dentro del cual se definen los conceptos básicos y se realiza un estudio dentro de la Secretaría de educación Departamental de Nariño, no obstante las limitantes, pues resulta difícil la aplicación de encuestas al personal de contratistas que allí labora, precisamente por el temor a que la información se difunda y les implique la no renovación de su próximo contrato, con todo, se logró la recopilación de información documental y verbal, lo que permitió la consolidación de datos reales a partir de los cuales se puede evidenciar un ejemplo claro sobre las llamadas plantas paralelas y sobre como el Estado mismo a través de entidades como la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, incurre en el desconocimiento y vulneración de los principios mínimos de los

trabajadores, situación que conlleva como se verá, a la consolidación de consecuencias graves no solo para la entidad estatal, sino para quienes permiten éste tipo de prácticas.

La vinculación de personal a las entidades del Estado, mediante contrato de prestación de servicios de carácter permanente se ha vuelto tan común, que quizá por ello, no se logra vislumbrar de manera plena, que con dicha práctica se materializa el desconocimiento del principio de primacía de la realidad, principio que hoy debería estar aún más reforzado, normativa y jurisprudencialmente, en aras a evitar la vulneración de los principios mínimos laborales, tal como se evidencia en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño. Se espera que el presente estudio contribuya al menos a generar la discusión académica sobre el tema las llamadas plantas paralelas en las entidades estatales, las cuales son el resultado del desconocimiento del principio de primacía de la realidad por parte de estas.

# **1. VINCULACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO**

## **1.1 ASPECTOS GENERALES**

Con la expedición de la Constitución de 1991, se produjo un cambio significativo en lo que tiene que ver con las formas de ingreso de personal, al sector estatal y es así como en su artículo 125, se consagró que el ingreso a los órganos y entidades del Estado, serían de carrera exceptuando allí otras formas de vinculación como lo son, los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley y dentro de éstos últimos precisamente se enmarcan los contratos de prestación de servicios regulados por la ley 80 de 1993.

Dentro de las modalidades de vinculación, las que menos ofrecen dificultades, desde el punto de vista que se analiza en el presente estudio, son la vinculación de empleados públicos mediante concurso de méritos, los empleos de elección popular y los de libre nombramiento y remoción, en tanto que la vinculación de trabajadores oficiales y la vinculación por contrato de prestación de servicios, si presenta dificultad, pues las entidades estatales utilizan el contrato de prestación de servicios de manera indebida, vinculando a personal, que de manera clara desarrollan sus labores bajo los elementos de permanencia, horario y subordinación, creando verdaderas relaciones laborales, las cuales conllevan de manera inherente el derecho a percibir prestaciones sociales y demás derechos laborales a favor de los trabajadores que se enmarcan dentro de dichas situaciones.

Para efectos de nuestro estudio, se analizará en este acápite, lo atinente al régimen jurídico de los empleados oficiales y de los contratos de prestación de servicios contemplados en la ley 80 de 1993, pues será a partir de ellos, que se estructurarán sus características, los elementos distintivos y alcance de cada una de éstas formas de vinculación.

## **1.2 REGIMEN DE LOS EMPLEADOS OFICIALES**

Las personas que prestan servicio al Estado reciben el nombre genérico de empleados oficiales, estos se dividen en dos categorías, denominados empleados públicos y trabajadores oficiales de acuerdo con la relación jurídica que los vincula con la administración; se denominan empleados públicos los funcionarios que se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, y trabajadores oficiales, quienes lo hacen mediante una relación de carácter contractual, como lo hacen los trabajadores del sector privado.

En cuanto a los empleados de la administración, distintos a aquellos que trabajan en obras públicas y en empresas estatales similares a las de los particulares, para ellos se han expedido estatutos especiales, los cuales se fundamentan en la carrera administrativa, ésta, *“es un sistema de administración de personal que tiene por objeto mejorar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la estabilidad de sus empleados y la posibilidad de ascender...”*, según la define el artículo 180 del decreto 1950 de 1.973.

La noción de servidor público viene dada por los artículos 6, 122, 123, 124, 126, 127 y 129, de la Constitución de 1991, en los cuales se puede evidenciar la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un determinado vínculo jurídico, conforme a lo consagrado en el artículo 123 Constitucional, *“son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”*.

Según el profesor, José María Obando Garrido<sup>1</sup>, *“Empleado público es la persona que labora de manera habitual y permanente en la Administración pública, es un destino u ocupación que le permite ejecutar funciones propias del Estado. (...). En sentido directo es alguien que ejerce funciones administrativas, por lo que de igual manera se le distingue como funcionario público, debido a los deberes y atribuciones connaturales a la posición, porque la persona natural que ocupa un cargo se halla investida de funciones, compromisos y responsabilidades públicas”*.

De lo consagrado en el artículo 123 constitucional, se puede colegir, que el constituyente clasificó a los servidores del Estado en tres categorías, a saber: 1. Los miembros de las corporaciones públicas. 2. Los empleados públicos. 3. Los trabajadores oficiales del Estado. No pocos han sido los inconvenientes que ha generado esta distinción, especialmente la existente entre empleado público y trabajador oficial, y cuya característica esencial de este último, en términos generales, según la doctrina y la jurisprudencia, radica en que son aquellos que prestan sus servicios para desempeñar actividades de construcción y mantenimiento de obras.

Una diferencia práctica sería la planteada por el profesor, Obando Garrido, quien expresa:

*“El ordenamiento jurídico constitucional y legal hace una diferenciación genérica entre estas dos clases de servidores del Estado: quienes desempeñan cargos de responsabilidad, efectúan actos de gestión y ejecutan funciones públicas que implica autoridad, dirección, mando, control o vigilancia en todas las entidades oficiales son empleados públicos; y las personas*

---

<sup>1</sup> OBANDO GARRIDO, José María. Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Segunda Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá: Ediciones TUNVIMOR. 2005. Pág.255.

*naturales que prestan sus servicios en organismos de construcción y mantenimiento de obras, o sirven en empresas y sociedades que operan en actividades industriales o económicas parecidas a la de los particulares, se denominan trabajadores oficiales<sup>2</sup>*

La naturaleza jurídica de la vinculación del empleado público, es netamente de carácter objetivo, es decir, que se encuentra previamente establecido en normas de carácter constitucional, legal y reglamentario, de tal manera que su aplicación no depende de la voluntad del empleado sino que es el Estado, a través del ordenamiento jurídico, quien establece los requisitos y la forma de ingreso del mismo. Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en el artículo 122 constitucional, el cual establece que *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”*. Esto se constituye además, en una limitante para el propio Estado a la hora de proveer los empleos que requiera, erradicando prácticas de otrora, cuando los nombramientos obedecían a intereses particulares y pago de favores políticos del gobernante de turno.

Nota característica de la provisión de los empleos públicos en los órganos y entidades del Estado, la constituye la carrera administrativa, consagrada en el artículo 125 de la Constitución Política, cuya finalidad según la Corte Constitucional está dada en los siguientes términos:

*“El propósito de instaurar un sistema efectivo para el cumplimiento de la función pública al servicio de los intereses generales cuyo manejo está a cargo de la Ramas del Poder Público, quedó plasmado en la Constitución Política de 1991, al consagrar la carrera administrativa como un instrumento que responda a criterios que garanticen el verdadero desarrollo de los objetivos y programas de la organización del Estado sin que sea la filiación política o las recomendaciones partidistas, lo que pueda determinar el nombramiento de un servidor público para un empleo de carrera, su ascenso o su remoción.*

*En virtud de dicha consagración y para garantizar la estabilidad en el empleo de los órganos y entidades del Estado, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad en que debe desarrollarse la función administrativa, se estableció en la Carta Fundamental que el ingreso a los cargos de carrera y ascenso en los mismos, se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, a fin de determinar los méritos y calidades de los candidatos, sin que pueden tenerse en cuenta para los efectos del acceso a la función pública, su promoción o su retiro, móviles de carácter político que perturban la acción del Estado en el adecuado cumplimiento de sus fines<sup>3</sup>”*

---

<sup>2</sup> *Ibíd.*, Pág.248.

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-306 de 1991.

Además de la implementación del sistema de concurso para el ingreso a la carrera administrativa, el constituyente consagró un requisito para el aspirante y una limitante para la administración, pues por una parte en el artículo 122 constitucional expresó que: *“Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”*, formalidad que debe llevarse a cabo en el acto de posesión, la cual por prohibición legal (decreto 1950 de 1973 Art.53), no podrá darse por parte de la administración, cuando se estuviere frente a las causales contempladas en la ley para tal efecto, constituyendo lo anterior una especie de garantía reforzada para el acceso al empleo público.

### **1.3 DIFERENCIAS ENTRE EMPLEADO PÚBLICO Y TRABAJADOR OFICIAL**

La diferenciación entre empleados y trabajadores del Estado, viene dada de manera abstracta por el texto Constitucional, pero es el legislador a través de la ley el que impone el régimen aplicable a cada uno de ellos, regulando de manera independiente los aspectos salariales, prestacionales, disciplinarios y laborales en general, inherentes a cada uno de ellos, bajo el entendido que dicha regulación deberá ajustarse a los principios mínimos fundamentales del trabajador, como la igualdad de oportunidades, la remuneración vital, la estabilidad, la favorabilidad y la aplicación del principio de primacía de la realidad.

La forma de vinculación del funcionario con la administración, constituye una característica diferenciadora, según se trate de un empleado público o un trabajador oficial. Si el trabajador por ejemplo se vincula a la administración mediante un acto administrativo de nombramiento expedido por la respectiva entidad, se considera empleado público; si por el contrario lo hace mediante la suscripción de un contrato de trabajo, se considera un trabajador oficial de ello se infiere entonces que el empleado público, ingresa a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, el trabajador oficial en cambio lo hace por medio de un contrato de trabajo.

En efecto, a los empleados públicos se les considera funcionarios de carrera cuando han sido inscritos en carrera administrativa, y se rigen por una normatividad especial, pues su regulación viene dada por una compilación de los decretos 2400 y 3074 de 1.968, sus reglamentarios 1950 de 1.973 y 583 de 1.984, el decreto 3135 de 1.968, su reglamentario 1848 de 1.969, el decreto 1045 de 1.978, la ley 13 de 1.984 y su decreto reglamentario 482 de 1.985, Ley 909 de 2.004 y su decreto reglamentario 1227 de 2.005; con fundamento en estas leyes se rige su ingreso, permanencia y retiro del servicio.

Las controversias que se suscitan entre los empleados públicos y las entidades empleadoras por la razón de la interpretación de la naturaleza de las normas que rigen su relación con la administración, deben ventilarse ante la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, el régimen que se aplica por tanto a estos empleados, es de derecho público.

Por otra parte la característica principal de los trabajadores oficiales, consiste en que se encuentran vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, lo cual los ubica en una relación de carácter contractual laboral, semejante a la de los trabajadores particulares; la consecuencia más importante de esta relación contractual laboral consiste en que las normas a ellos aplicables constituyen apenas un mínimo de garantías a su favor, de modo que es posible discutir las condiciones laborales, tanto al momento de celebrar el contrato como posteriormente por medio de pliego de peticiones, los cuales pueden dar por resultado una convención colectiva, un pacto colectivo; debe tenerse en cuenta, sin embargo, que si se trata de trabajadores de un servicio público, no pueden hacer huelga; el régimen jurídico que se aplica a estos trabajadores oficiales es en principio de derecho común, y en consecuencia, los conflictos laborales que surjan, son de competencia de los jueces laborales; sin embargo, algunas normas de derecho público son aplicables a los trabajadores oficiales, como es el caso de las normas de régimen prestacional contenidos en los decretos 3135 de 1.968 y 1848 de 1.969, los cuales establecen que dichas normas se aplicarán a los trabajadores oficiales como garantías mínimas, sin perjuicio de lo que se establezca en las convenciones colectivas.

Las controversias que se susciten entre los trabajadores oficiales y las entidades empleadoras por motivo de la interpretación de la naturaleza de las normas que rigen su relación con la administración, se ventilan ante la Jurisdicción Laboral

La categoría de empleados o funcionarios públicos viene dada por la misma ley y conforme a lo consagrado en el artículo 5 del decreto 3135 de 1.968, el artículo 2 del decreto 1848 de 1.969, el artículo 3 del decreto 1950 de 1.973, y el artículo 1 de la ley 909 de 2004, tal categoría la ostentan las siguientes personas:

- ✓ Las que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, por regla general, salvo las que presten servicios en la construcción y mantenimiento de obras públicas.
- ✓ Las que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, salvo las que lo presten en la construcción y mantenimiento de obras públicas y aquellas otras que desempeñen actividades que los estatutos determinen como susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales; estas últimas actividades solo pueden corresponder a empleos de carácter puramente auxiliar y operativo, según lo ordena el artículo 76 del decreto 1042 de 1.978.
- ✓ Las que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en actividades de dirección o confianza determinadas en los estatutos.
- ✓ Las que prestan sus servicios 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, según se desprende del artículo 3 del decreto 3130 de 1.986 y de la interpretación jurisprudencial.

- ✓ De acuerdo con los decretos 1975 y 2163 de 1.970, los registradores, los notarios y sus empleados subalternos son igualmente empleados públicos.

Estos empleados se caracterizan por estar vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria; esta vinculación se manifiesta en la práctica por el acto de nombramiento y posesión del empleado, y quiere decir que el régimen al cual quedan sometidos está previamente determinado en la ley, de manera que no hay posibilidad legal de discutir y acordar con la administración las condiciones de prestación del servicio, ni al momento del nombramiento, ni posterior a la posesión, ya que ellos solo pueden presentar peticiones respetuosas a la administración.

Sobre quienes se consideran trabajadores oficiales, su clasificación se puede evidenciar, a partir de lo consagrado en el artículo 5 del decreto 3135 de 1.968, artículo 3 del decreto 1848 de 1.969 y el artículo 3 del decreto 1950 de 1.973, esto es:

- ✓ Las que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias en labores o actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas.
- ✓ Las que prestan sus servicios en establecimientos públicos en actividades de construcción y mantenimiento de obras públicas y en aquellas otras actividades que los estatutos determinen como susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales.
- ✓ Las que prestan sus servicios en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, salvo las que desarrollan actividades de dirección o confianza determinadas en los estatutos.
- ✓ Las que prestan sus servicios en sociedades de Economía Mixta con capital público superior al cincuenta por ciento y menor del noventa por ciento del capital social, según lo ha interpretado la jurisprudencia, lo mismo que las que prestan sus servicios en Sociedades de Economía Mixta con capital público igual o superior al noventa por ciento del capital social en actividades diferentes a las de dirección y de confianza determinadas en los estatutos.

De lo anterior se colige, que la naturaleza del vínculo de un funcionario al servicio del Estado, viene dada por la clase de organismo en el que se presta el servicio, esto como regla general y las excepciones a la misma, se derivan o dependen más bien, de la naturaleza de la actividad o función desempeñada por la persona.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el régimen de ingreso al servicio oficial está determinado por una subdivisión de los empleos públicos, según la cual pueden ser de varias clases, a saber: empleos de libre nombramiento y remoción;

empleos de carrera administrativa, empleos de período fijo como los de elección popular, empleos temporales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción, como su nombre lo indica, son aquellos en relación con los cuales la autoridad competente para su nombramiento y remoción puede tomar estas medidas en forma discrecional; frente al tema la Corte Constitucional ha mencionado que dicha discrecionalidad no es absoluta, pues está limitada por los requisitos mínimos que la ley ha establecido para cada uno de los empleados; pero lo fundamental es que la entidad nominadora puede escoger libremente entre quienes reúnen esos requisitos mínimos y podrá prescindir de sus servicios en el momento que lo considere conveniente sin necesidad de motivar su decisión, la idea básica es que tal calidad la tienen los empleados de confianza, ya sea por tratarse de las principales jerarquías directivas o por tratarse de los empleados más allegados a los directivos, de manera que todos los demás tienen, en principio, la calidad de empleados y empleos de carrera, lo cual quiere decir que gozan de las garantías previstas por las normas legales.

De acuerdo con esta clasificación el ingreso al servicio público se realiza de tres maneras: ordinario, en periodo de prueba y provisional; al acto de nombramiento debe agregarse la posesión como requisito de ingreso al servicio.

El nombramiento ordinario, es el que se utiliza para proveer un empleo de libre nombramiento y remoción; el provisional es el que se utiliza para proveer transitoriamente empleos de carrera, bien por ausencia temporal del titular del cargo, o cuando existe vacante definitiva del cargo, pero sin que se hayan surtido las normas de selección que se exigen para esta clase de empleos; el nombramiento por periodo de prueba es cuando se trata de proveer un empleo de carrera, habiendo cumplido los requisitos de selección mediante sistema de mérito, precisando que posterior a éste, y si el aspirante supera el periodo de prueba, procede entonces el nombramiento en propiedad y la inscripción en carrera administrativa.

El sistema de mérito, consiste básicamente en que la selección debe hacerse mediante concurso, con el fin de que la filiación política o consideraciones diferentes del mérito personal, no sean tenidas en cuenta, una vez se produzca el proceso de selección, el empleado queda en un periodo de prueba, durante el cual está sometido a calificación por servicios, cuando el empleado termina el periodo de prueba, será evaluado por la respectiva entidad y en caso de obtener calificación satisfactoria, se ordena la inscripción del empleado en la respectiva carrera administrativa, y a partir de ello es que realmente adquiere la calidad de empleado de carrera, caso contrario, el mismo, será retirado del servicio.

En lo que tiene que ver con la permanencia en el servicio, si bien es cierto que las normas sobre carrera administrativa pretenden dotar a los empleados públicos de

estabilidad en sus empleos, también lo es que estas normas solo cobijan esta categoría de trabajadores, en tanto que los trabajadores oficiales gozan de las garantías establecidas en su favor por el Código Laboral, en lo referente a duración del contrato, causales para darlo por terminado, indemnización por despido injusto o el reintegro a la actividad laboral, etc., circunstancias todas que establecen una gran diferencia entre unos y otros.

Durante la prestación del servicio, todos los empleados tienen derecho a que se satisfagan, sus derechos mínimos laborales como un trabajador particular, es decir, remuneración oportuna, vacaciones, primas, licencias, permisos, prestaciones sociales, etc., además el empleado de carrera administrativa tiene el derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando cumpla con lealtad, eficiencia y honestidad los deberes a su cargo; lo mismo que el derecho de ascenso por mérito.

El derecho de estabilidad laboral, se traduce en que los empleados de carrera, contrariamente a los de libre nombramiento y remoción, solo pueden ser desvinculados del servicio por causas previamente definidas en la ley y observando los procedimientos que ella establece; por otro lado, aparte de los derechos que los empleados tienen, la permanencia en el servicio les acarrea una serie de deberes y prohibiciones, cuyo incumplimiento les implica sanciones disciplinarias y de carácter administrativo, además de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir.

En lo relacionado con el retiro del servicio, se tiene que la cesación definitiva en el ejercicio de las funciones, se produce por lo general en los siguientes casos: por declaración de insubsistencia del nombramiento, por renuncia aceptada, por suspensión del empleo, por jubilación, por invalidez absoluta, por edad de retiro forzoso, por destitución, por revocatoria del nombramiento, por abandono del cargo y por muerte; vale la pena observar nuevamente que el nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente en cualquier momento y sin necesidad de motivar la decisión, en cambio el retiro de un empleado de carrera solo puede producirse por causas legales y mediante el cumplimiento de los requisitos y procedimientos que las normas establezcan, no obstante las causales de retiro para unos u otros se encuentran plenamente establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por medio de la cual se regula el empleo público y la carrera administrativa, sin perjuicio eso si de lo que dispongan normas especiales.

Según lo expuesto, vemos que la regulación que la ley hace en las relaciones laborales del Estado con las personas que ejercen sus funciones, tiene diferentes matices, de acuerdo al modo de vinculación al aparato estatal, por cuanto puede desempeñar diferentes funciones dentro del objeto de su actividad laboral, catalogándolo como empleado público o trabajador oficial, también respecto de la calidad de la entidad vinculante, es decir, entidades que están vinculadas a las

diferentes ramas estatales como la judicial, ejecutiva y legislativa, así como las empresas que tienen un aporte del Estado al capital social de la empresa como las Sociedades de Economía Mixta, agregando además que según se trate de un empleado público o trabajador oficial, los derechos laborales difieren entre sí, sin que constituya violación al derecho de igualdad, sin perjuicio de los casos en que una vinculación adquiera las características de la otra, bien por la labor que se desarrolla o por el tipo de entidad para la que labora el funcionario.

#### **1.4 RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

Otra de las formas de vinculación a las entidades del Estado la constituye, los contratos de prestación de servicios, el profesor, Luis Alonso Rico puerta, expresa que “El contrato de prestación de servicios, es uno de los contratos estatales que mayor cuestionamiento ha tenido. Razones de diversa índole se aducen para su celebración y para su crítica.

Algunos cuestionan que la celebración de los mismos es francamente ilegal, en cuanto representan simples nóminas paralelas, contrarias en un todo al orden jurídico, agregan que la no causación de prestaciones sociales contribuye a una pauperización de la fuerza laboral, a lo que debe sumarse todo el régimen de la seguridad, que es carga impuesta al contratista.

Se cuestiona igualmente que ningún vínculo afectivo une a este tipo de servidores con las instituciones, puesto que no pueden desarrollar sentido de pertenencia, dado que su labor, de carácter “transitorio”, siempre está sometida a la zozobra permanente sobre su renovación”<sup>4</sup>.

Pero así como existen quienes critican la vinculación de personal a las entidades del Estado mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios no faltan quienes la defienden, valiéndose en principio de la textura abierta de la normatividad contractual y de los vacíos que presenta el ordenamiento jurídico sobre los tipos de vinculación diferentes a la de los servidores públicos. El profesor Rico Puerta, manifiesta: “*Otros argumentos defendiendo la celebración de los contratos de prestación de servicios, señalando que no se trata de una relación laboral, sino de una relación legal y contractual, en virtud de lo cual, la remuneración atiende al concepto de honorarios, no de salarios, lo cual está acorde con la normatividad que sobre la materia prevé el régimen del empleado oficial, el Estatuto Tributario y la Ley 190 de 1995. (...)*.”

*Aducen, contra la posibilidad de causación de vínculo laboral y prestaciones sociales, lo mismo que indemnización por terminación unilateral sin justa causa, que lo que se presenta allí es simplemente la terminación del objeto, que tiene como fundamento normativo lo previsto en la ley 80 de 1993. (...)*

---

<sup>4</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Bogotá: Editorial Leyer. Quinta Edición. 2008. Pp. 369 a 370,

*En lo que respecta a la suscripción periódica de contratos por los contratistas, sus defensores aducen como móvil para tal conducta, la necesidad inminente que la administración tiene que cubrir las deficiencias que no pueden ser subsanadas con el personal de planta según clara advertencia del nral 3º del artículo 32 de la ley 80/93, toda vez que su ampliación o su definición no son del resorte del representante legal sino del Consejo Directivo como máxima autoridad en esta materia, según los lineamientos que para el efecto se trace el régimen del empleado oficial y concretamente en la Constitución Política, artículos 122 y s.s., Decretos Leyes 1950 de 1973 y 1042 de 1978 y en Ley 27 de 1992. (...).*

*Aducen que en dichos establecimientos, se sigue la regla general prevista en el Artículo 5ª del Decreto 3135 de 1968, cual es, la de que todo el personal vinculado mediante una relación legal y reglamentaria queda sometido a la genérica denominación de empleado público, puesto que la categoría de trabajador oficial no puede ser adoptada por el establecimiento público, sino con fundamento en lo previsto en la sentencia C-484 de octubre 30 de 1995. Por tal razón, como no es posible tener trabajadores oficiales hasta tanto no se cumpla esta condición, sólo le resta a la administración contratar el personal de conformidad con lo previsto en la ley 80 de 1993, Artículo 32, numeral, 3º. (...)*<sup>5</sup>

Tesis defensivas como la mencionada, han permeado a las entidades públicas, quienes las han aplicado con todo y sus yerros interpretativos, a sabiendas que ello no es así, pero que en últimas, resulta una posición cómoda que da paso a la celebración desmedida de contratos de prestación de servicios, como única forma de eludir las prohibiciones que impuso la Constitución frente a la vinculación de personal al Estado a través del régimen de carrera, a partir de 1991.

Los contratos de prestación de servicios, fueron instituidos como formas de vinculación de personal a las entidades estatales, para realizar labores específicas y temporales y que no pudieran ser realizadas por personal de planta, en aras a contribuir con el normal funcionamiento de las entidades, y es así como en el derogado decreto ley 222 de 1983, en sus artículos 163 y 167, se consagraba:

*Artículo 163. De la definición del contrato de prestación de servicios.*

*Para los efectos del presente estatuto, 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 esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.*

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*, Pp. 330 a 373

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. De la remuneración a las personas naturales.

*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.*

Los artículos citados fueron declarados exequibles en su momento por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-056 de 1993; en ese entonces, se demandaron los artículos referidos, argumentando el libelista, que las personas naturales que prestan sus servicios con carácter permanente y desempeñan funciones administrativas en las entidades públicas, en desarrollo del contrato de prestación de servicios, pertenecen a la categoría de servidores públicos, como los denomina la nueva Constitución, y tienen todos los derechos inherentes a la misma, tales como vacaciones, prestaciones sociales y demás ventajas laborales, además de ello adujo que cuando el artículo 167 proscribió el pacto de prestaciones sociales en estos contratos, está violando las normas constitucionales que garantizan y desarrollan el derecho al trabajo, en su modalidad de derecho laboral público, pues en ese caso se regula una relación laboral de carácter público, sin importar que se denomine contrato administrativo de prestación de servicios.

Frente a estos cargos la Corte, consideró que las normas acusadas no eran violatorias de la Constitución, pues la autorización otorgada por el legislador a favor del gobierno para que celebre un contrato determinado resulta razonable, considerando además que *“la prohibición de pactar el pago de prestaciones sociales en los contratos de prestación de servicios, es consecuente con la naturaleza de ese contrato y su objeto que, de conformidad con la ley, no es subsumible en el esquema del contrato de trabajo”*<sup>6</sup>.

Frente al cargo de violación al principio de igualdad (CP art. 13) la Corte manifestó que *“El contratista independiente no puede homologarse al empleado público o al trabajador oficial. El trato diferente que en los dos supuestos reciben las categorías que pretenden contraponerse, se justifica por la existencia de una razonable diferencia que media entre ellas y que está dada por el carácter de trabajadores dependientes que exhiben los empleados públicos y trabajadores oficiales y la condición de independencia y autonomía propia del contratista”*<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-056 DE 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

En esta sentencia, la Corte basa la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral en el elemento de la subordinación afirmando que *“En el plano legal, frente a la entidad administrativa debe entenderse siempre un **contratista independiente**. La administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo. De crearse un acto semejante o de producirse su mutación en ese sentido, se ingresa en el campo de la patología de este típico contrato administrativo y en la ilegalidad de la correspondiente actuación o práctica administrativa, sin perjuicio de los derechos y garantías del trabajo que aun bajo este supuesto haya podido realizarse”*<sup>8</sup>.

La Corte Constitucional no descarta el hecho de que se pueda generar a partir de un contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral, y dijo:

*“Lo anterior no obsta para que en un evento de abuso de las formas jurídicas, en gracia del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (CP art. 53), se llegue a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios que en su sustancia material equivalga a un contrato de trabajo, en cuyo caso la contraprestación y demás derechos de la persona se regirán por las normas laborales más favorables. Postular esa contingente hipótesis - que de ocurrir conllevaría las consecuencias esbozadas - no autoriza a esta Corte a declarar la inexecutable de las normas demandadas”*<sup>9</sup>.

Por su parte la ley 80 de 1993 en el numeral 3º del artículo 32 precisó aún más la definición de los contratos de prestación de servicios en los siguientes términos

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

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”. (Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997).*

En la sentencia de exequibilidad mencionada, la Corte Constitucional, reafirmo los criterios bajo los cuales la administración podía acudir a la vinculación de personal mediante contrato de prestación de servicios y entre los argumentos más importantes mencionó:

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> *Ibíd.*

*“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”<sup>10</sup>.*

En la sentencia en cita, la Corte constitucional sentó su posición sobre las diferencias sustanciales que existen entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios, ratificando nuevamente la importancia y el alcance del principio de la primacía de la realidad, tema que se analizará con mayor juicio en acápite posteriores del presente estudio.

Al respecto el profesor, OBANDO GARRIDO<sup>11</sup>, manifiesta que *“el Estado somete sus actos a la Constitución y la ley, y en lo concerniente al Derecho Administrativo Laboral la potestad pública no puede ser arbitraria, sino que debe estar condicionada por un régimen que establezca claras facultades, limitaciones y competencias.*

*La Administración ha de actuar bajo el principio de legalidad, evitando las desviaciones y el exceso de poder, las violaciones normativas, las conductas omisivas y las atribuciones indebidas.*

*Las competencias son regladas y los directivos y altos empleados nominadores no pueden extralimitar sus funciones, ni ejercer la discrecionalidad en la designación de empleados cuando la ley no los autoriza; y deben respetar la carrera administrativa, las formas de ingreso y egreso, la moralidad de la función pública y los principios protectores del Derecho, consagrados en la Constitución y en la ley”; pese a la fijación de parámetros normativos sobre la procedencia, características y alcances de cada*

---

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>11</sup> OBANDO GARRIDO, José María. Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005. Pág.56.

una de las formas de vinculación, el mismo Estado incurre en el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales bajo el manto de la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, apartándose de los elementos propios de éste, para aterrizar en los elementos propios de la relación laboral.

De lo anterior se infiere, objetiva y lógicamente, que la vinculación que deviene de un contrato de prestación de servicios, es esencialmente diferente a la que se origina de una relación laboral subordinada, como la existente entre los empleados públicos y la administración.

En la primera, no existe subordinación, ni reconocimiento de salario, ni hay lugar al pago de prestaciones sociales, pues ello se deduce de lo consagrado en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, tampoco se origina responsabilidad de tipo disciplinario, por cuanto quienes se vinculan mediante este tipo de contratos no ostentan la calidad de servidor público, a contrario sensu, en la segunda, se está frente a una relación de dependencia y subordinación, en la que es requisito de la esencia el reconocimiento de una asignación salarial y ser sujeto de responsabilidad disciplinaria por faltas cometidas en el ejercicio de funciones propias del cargo.

Tal y como está concebida la normatividad aplicable a los empleados públicos y a las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios se arriba a la conclusión que a los primeros, le es reconocida una **asignación salarial**, mientras que a los segundos, se le pagan **honorarios**, retribuciones que tienen origen en actos diferentes, derivadas para el primer evento de la subordinación y dependencia a la administración, traducida a una relación de índole laboral, y en el segundo, como resultado de un acuerdo de voluntades en igualdad de condiciones.

Así las cosas, y al menos desde la posición teórica y normativa, un contratista no puede ser titular de derecho a una asignación, por cuanto ésta sólo se predica de funcionarios públicos, calidad de la cual no está investido el primero, lo que hace que no le sea aplicable el régimen propio del servidor público, y por tal, la prohibición contenida en el artículo numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Ley 80 de 1993. Numeral 3º del artículo 32. "En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

## 2. CRITERIOS DIFERENCIADORES ENTRE RELACION LABORAL Y EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

### 2.1 ELEMENTOS DE LA RELACION LABORAL Y DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

A partir de lo consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo se pueden determinar los elementos esenciales de una relación laboral, a saber, a) prestación personal del servicio, b) subordinación, c) retribución económica del servicio; en tanto que el contrato de prestación de servicios se sirve de los siguientes elementos: a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b) La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado. d) Su forma de remuneración es por honorarios. e) No se genera en estos contratos ninguna relación laboral y por ende no hay lugar al pago de prestaciones sociales.

Sin lugar a equívocos, la subordinación o la autonomía de la persona frente al empleador, constituye el elemento diferenciador entre la relación laboral y el contrato de prestación de servicios, tema frente al cual la corte constitucional en su sentencia C-154 de 1997 expresó:

*“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así 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, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”<sup>13</sup>.*

En apariencia, y en el campo teórico, la diferencia entre contrato de prestación de servicios y la relación laboral, se supera sin mayor dificultad, pero en el campo práctico el elemento diferenciador, se torna en un aspecto subjetivo, que en la mayoría de los casos requiere ser plenamente demostrado por parte del trabajador, ante dicha dificultad la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha

---

<sup>13</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

decantado el alcance conceptual del elemento de la subordinación, no obstante a partir de la sentencia IJ0039 de 2003, se acuñó por parte de la Sala Plena del consejo de Estado la llamada "relación de coordinación", término éste que torna aún más confusa la situación para el operador judicial y para la parte demandante, dentro de un proceso en el que se quiera obtener el reconocimiento de una relación laboral, derivada de la celebración de un contrato de prestación de servicios, pues en últimas la llamada "relación de coordinación" constituye una ficción jurídica que viene a desplazar el elemento de subordinación, impidiendo que se logre estructurar una relación laboral. Dada la importancia de esta temática y teniendo en cuenta que la doctrina muy poco se ha preocupado por dilucidarla, se cita in extenso, lo expresado por la sección segunda de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, a saber:

*"Así mismo, se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. En efecto, de conformidad con la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda:*

*"...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.**" (Se resalta)*

*En desarrollo del anterior postulado expuesto por la Sala Plena, la Sección Segunda ha dicho:*

*"...*

*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.*

*..."(Sentencia de la Subsección "B", M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03*

*"...*

*Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo artículo 53 de la Constitución.*

*Se arriman como pruebas de la subordinación dos declaraciones cuyo análisis pasará a efectuar la Sala.*

*Estas declaraciones no resultan concluyentes sobre la existencia de un vínculo de subordinación entre la accionada y el actor, pues de un lado, no se precisa bajo las órdenes de qué funcionario se encontraba el demandante como quiera que se duda por los declarantes acerca de quién cumplía dicho papel entre los coordinadores, el jefe de personal, la enfermera jefe, etc., como eventuales superiores del mismo; y de otro lado, se indica que el actor respondía a "cualquier persona de cualquier dependencia que lo llamara a mantenimiento", afirmación que introduce aún mayor duda porque se estaría confundiendo la existencia de una relación de subordinación con la solicitud de que sus servicios hiciera cualquier empleado de la entidad. Esto debilita la tesis sobre la existencia de un vínculo de sujeción del demandante con la entidad..."*

***De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que no son suficientes los elementos de prueba para configurar en el presente caso la existencia de una relación de tipo laboral por cuanto el demandante cumplió su oficio sin recibir instrucciones sobre el mismo; en efecto, la actividad consistió en aplicar sus habilidades de manera independiente y autónoma para el servicio de la entidad. La circunstancia de que laborara un número determinado de horas no constituye elemento para afirmar que existiera una relación de sujeción.***

*Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que*

*eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales”<sup>14</sup>.*

En este contexto, la diferencia entre el elemento de subordinación y “la relación de coordinación”, resulta demasiado sutil y corresponderá entonces al operador judicial, acorde con los supuestos fácticos y jurídicos, determinar los casos en los cuales se trata de la existencia de una relación laboral o de un contrato de prestación de servicios, aunado en todo caso al despliegue probatorio que realice la parte interesada, pues perfectamente en la realidad podría configurarse la existencia del elemento de subordinación pero al no aportarse las pruebas conducentes y pertinentes dentro de un proceso judicial, existiría la posibilidad que el fallador concluyera entonces, la existencia de una mera “relación de coordinación”.

En el mismo orden, reviste importancia analizar otro de los elementos diferenciadores entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral, y es el atinente a la temporalidad que se promulga frente al primero, la cual se deriva de la consagración que trae el artículo 32 de la ley 80 de 1993, en cuyo inciso segundo menciona: “...En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”. (Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997). (NEGRILLAS FUERA DE TEXTO).

El carácter temporal del contrato de prestación de servicios, encuentra su razón de ser, en el respeto que tuvo el legislador por el derecho a la igualdad, tan así que en la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, se enunció en su artículo 48 numeral 29, como falta gravísima la siguiente: “*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*” (Subrayado fuera de texto)

Al hacer estudio de constitucionalidad sobre la norma citada anteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia C- 094 de 2003, determinó:

*“Este elemento del ilícito disciplinario evidencia una de las irregularidades implícitas en el contrato de prestación de servicios con ocasión del cual se incurre en la falta. Tal irregularidad consiste en hacer girar el objeto del contrato en torno a funciones que requieran dedicación de tiempo completo, pues con tal ingrediente se desvirtúa su índole de contrato estatal para imprimirle el carácter de una relación laboral”<sup>15</sup>*

---

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Fallo 2161 de 2004.

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-094 DE 2003. M.P. JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Según lo anterior, la prestación del servicio por parte del contratista en desarrollo del objeto contractual no puede realizarse en forma exclusiva y de tiempo completo, por cuanto con dicha condición se estaría no solo vulnerando la naturaleza del contrato suscrito, sino mutando el vínculo inicialmente originado a la de un vínculo laboral.

## 2.2 ALTERNATIVAS Y MEDIOS PROCESALES

Una de las consecuencias generadas por las entidades estatales, cuando se ha permitido que los contratos de prestación de servicios generen una relación laboral, consiste en la proliferación de demandas en contra de las mismas por parte de los contratistas, pero frente a este tema y en aras a complementar la investigación que nos ocupa, se debe abordar el estudio sobre las vías procesales más adecuadas para que los demandantes reclamen el reconocimiento de la relación laboral presuntamente generada a favor de ellos y los demás derechos inherentes a la declaración de la misma, para ello se analizará la variación de la posición del Consejo de Estado sobre dicha temática.

La sala plena del Consejo de Estado, mediante fallo IJ-0039 del 18 de noviembre de 2003, con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, entro a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 27 de abril de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en contra la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por medio del cual se declaró la nulidad impetrada y ordenó el pago de las prestaciones reclamadas. En el fallo apelado, el a quo argumentó, que la actora laboró bajo las ordenes de la Dirección Seccional de Administración Judicial o de la persona delegada por esta entidad; cumplía el horario de trabajo establecido bajo continua dependencia laboral, por lo cual se dejó sin efecto la presunción establecida en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1.993 y la relación establecida fue la misma de los empleados públicos. Que como se desempeñó como aseo, función propia de empleado público, *"ineludible resulta su asimilación al orden legal y reglamentario"*.

En últimas, el a quo soporta la decisión apelada en los siguientes términos,

*."El simulado contrato de prestación de servicios suscrito con la demandante pretendió esconder una vinculación de derecho laboral público, pero, como se explicó, no le torga la condición de empleado público.*

*Sin embargo, no podía desconocerse que la actuación adelantada por la administración, rompió con el derecho a la igualdad, y con ello ocasionó unos perjuicios que deben ser resarcidos" (folios 117 - 118).*

Sin lugar a equívocos, el fallo impugnado obedeció a la tesis que venía siendo decantada de tiempo atrás por la Sección Segunda del Consejo de Estado, cuyo

contenido esencial se retoma del expediente 0466-04, y que por su relevancia resulta preciso citar a continuación:

*“La Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con quienes celebraron contratos de prestación de servicios, inicialmente señaló que por estar desvirtuados los elementos esenciales de este tipo de relación contractual, emergía una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre ella y la que desarrollan otros sujetos como empleados públicos que laboran para la misma entidad.*

*Lo anterior, bajo el supuesto de que desarrollaban idéntica actividad, cumplían órdenes, horario y prestaban servicios de manera permanente, personal, y subordinada. Se definió entonces, en atención a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que primaba la realidad sobre las formalidades y por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, no se accedía al reconocimiento de prestaciones sociales propiamente dichas, sino que, a título de “indemnización” para restablecer el derecho, se ordenaba el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los docentes oficiales que prestaban sus servicios en el mismo centro educativo, tomando como base el valor pactado en el contrato.*

*Igualmente se argumentaba la irrenunciabilidad de los derechos contra expresa prohibición legal (artículo 53 de la Constitución Política) y que al desnaturalizarse una relación laboral para convertirla en contractual regulada por la ley 80 de 1993, tales cláusulas no regían para el derecho por falta de existencia, caso en el cual no se requería de pronunciamiento judicial”<sup>16</sup>.*

En el fallo de la sala plena del Consejo de Estado, inicialmente mencionado, esa corporación al referirse al criterio jurisprudencial que venía siendo trazado por la sección segunda, señaló que: “... la argumentación dada en el respetable criterio jurisprudencial, resulta para la Sala, luego de examinarlo con detenimiento, contradictorio a la luz de conceptos ya definidos por la jurisprudencia, la doctrina y la lógica jurídica”.

Dentro de los aspectos cruciales de la argumentación expuesta por la sala plena del Consejo de Estado, en el fallo que se viene analizando y que constituye un cambio de jurisprudencia, no solo frente a la aplicación, alcance y límites del principio de primacía de la realidad, y respecto a las formalidades sustanciales de derecho público exigidas para adquirir la calidad de empleado público, sino frente a la vía procesal idónea para reclamar los derechos desconocidos en virtud de un contrato de prestación de servicios, se tienen los siguientes:

En primer lugar, al analizar el argumento del a quo, cuando manifiesta que el contrato al contrariar la ley, las buenas costumbres y el orden público, conlleva a la inexistencia del mismo, la Sala controvierte en el sentido de expresar que, el

---

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 24 de julio de 2008. Consejero Ponente. Alfonso Vargas Rincón.

hecho de que los contratos frente a los cuales se promulgue violación de la ley o del orden público, requieren de la declaración de nulidad, la cual deviene de una sentencia que disponga su invalidación y de manera concreta la alta corporación expresa:

*“En efecto, por una parte se sostiene que los contratos de prestación de servicios como el que se examina transgreden el mandato constitucional previsto en el art. 53 de la primacía de la realidad sobre las formas y el principio de la igualdad consagrado en el art. 13 lb., amén de ir en contravía de las previsiones de los arts. 15 y 16 del C:C **que no admiten que por convenio de los particulares se deroguen leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres**, como ocurre cuando se provoca la renuncia de derechos protegidos por mandatos de orden público, como los laborales; y por otra parte señala que como consecuencia de ello **el contrato es inexistente y sus cláusulas no producen efecto alguno**.*

*Sobre el particular debe anotarse lo siguiente: De conformidad con el art. 1741 del C.C. las nulidades producidas, entre otras cosas, por objeto y causa ilícita, "son nulidades absolutas".*

*El art. 1523 lb. prescribe que hay objeto ilícito "en todo contrato prohibido por las leyes", y el 1519 lb. también señala que "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación".*

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

*En efecto, si se presentare una causal de nulidad, como que el objeto del contrato se opone a la ley, a mandatos de orden público, se requeriría, para que las cosas regresen a su Estado anterior, de sentencia que disponga su invalidación, pues de no ser así, continuaría surtiendo efectos y sería imposible que las partes de la relación jurídica sustancial lo desconocieran”<sup>17</sup>*

En segundo lugar, la Sala entra a resaltar el carácter legal de los contratos de prestación de servicios, citando la exequibilidad del artículo 32 de la ley 80 de 1993, proferida mediante sentencia C-154 de 1997, y aduciendo además lo siguiente:

---

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia IJ 0039 del 18 de noviembre de 2003. Consejero Ponente, Nicolás Pájaro Peñaranda.

*“5. Pero, por si lo anterior fuese poco, desde ningún punto de vista puede sostenerse que el contrato de prestación de servicios celebrado por la parte actora con la administración se oponga a derecho, es decir, que se encuentre prohibido por la ley. En efecto, el art. 32 de la L. 80 de 1.993 prescribe:*

**"ART. 32. De los contratos estatales.** *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

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

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.*

*En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.*

*Resulta, por consiguiente, inadmisibles la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa”.*

En tercer lugar, la Sala acuña un nuevo criterio de diferenciación entre la relación laboral y el contrato de prestación de servicios, se debe recordar que la Corte Constitucional desde su sentencia C-056 de 1993, ya había establecido la subordinación como elemento diferenciador entre estas dos modalidades de vinculación, pero en este fallo se incluye la llamada “relación de coordinación” para tratar de reemplazar y desvirtuar el elemento de subordinación, requisito sine qua non para poder estructurar una relación laboral, la alta corporación mencionó:

*“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***<sup>18</sup>. (Negrillas fuera de texto).

En cuarto lugar, la Sala en una arraigada posición poco proteccionista hacia los derechos de los trabajadores, llega al punto de incurrir en una exégesis extrema, pues para dicha corporación el principio de primacía de la realidad no opera cuando de su aplicación se deriva un reconocimiento de derechos similares o iguales a los que ostentan los servidores públicos y dentro de su motivación dice:

*“Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir **“el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario: 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”** (sent C-555/94).*

*Como lo ha explicado la H. Corte Constitucional son los que se acaban de señalar elementos esenciales o sustanciales sin los cuales no es posible que se dé la situación legal y reglamentaria, ni es factible que se puedan pagar prestaciones sociales a quienes desarrollan la labor ni tampoco sumas equivalentes a ellas, porque, como se indicó, no se reúnen las exigencias **ad substantiam** para que se adquiera la condición de **empleado público**”*<sup>19</sup>.

Pero es que en la parte que aparece en negrillas en la cita anterior, la sala no retoma el texto traído a colación, de manera íntegra, tal como se encuentra consagrado en la sentencia C-555 de 1994, pues allí la Corte además mencionó que **“Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado,**

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> *Ibíd.*

**otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. (...)**". Con la postura adoptada por la sala en el fallo que se viene analizando, se entendería entonces que el principio de primacía de la realidad no operará en todos aquellos casos en que un contrato de prestación de servicios mute en una relación laboral oponible al Estado. De igual manera impone un único medio, para que quienes ostentan la calidad de contratistas reclamen o hagan efectivos los derechos que consideren vulnerados y es a través de la presentación de una acción contractual, por eso expresa:

*"Es probable que la administración, en algunos casos, burle ordenamientos superiores y en vez de nombrar a una persona para que ocupe un empleo público, porque hay vacantes en la planta de personal, celebra con ella contrato de prestación de servicios. En esa hipótesis puede pensarse en la viabilidad de la correspondiente acción que conduzca a la invalidación del vínculo contractual, invalidación que podría decretarse de oficio aunque la acción instaurada no sea la adecuada, caso en el cual el juzgador habrá de examinar el caso concreto y efectuará la valoración de las probanzas que se alleguen para acreditar los hechos que se aduzcan como fundamento de sus pretensiones y determinará las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de la situación"<sup>20</sup>.*

Finalmente y complementando el punto anterior, la sala desestima que sea posible reconocer a título de restablecimiento del derecho el pago de prestaciones sociales, cuando su causa generadora ha sido un contrato de prestación de servicios, a tal punto que se puede colegir que respecto del fallo apelado y en casos similares no procedería dentro de una acción de nulidad y restablecimiento de derecho, ni el pago de prestaciones sociales ni tampoco la indemnización, considerando que esta última podría obtenerse a través de una acción contractual; al respecto, la sala mencionó:

*"Además de la incongruencia mencionada, resulta contradictorio que se resuelva, como se hizo en el fallo de 5 de diciembre de 2.002, que **la indemnización que se ordena pagar como equivalencia de prestaciones sociales, sea a título de restablecimiento de derecho**, pues, como se vio antes, el resarcimiento del daño difiere sustancialmente del concepto de restablecimiento del derecho, **amén de que la obligación de indemnizar, en el supuesto de que existiera, no podría surgir del acto que denegó el pago de las pretendidas prestaciones, el cual se apoya en una incuestionable realidad contractual que no ha sido invalidada**. Si hubo detrimento, cosa que no se ha demostrado, ello lo ha achacado la jurisprudencia que ahora se rectifica, al contrato de prestación de servicios*

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*

*celebrado, contra el cual no está dirigida la impugnación que se formuló a través del escrito introductorio del proceso*<sup>21</sup>.

Con el fallo comentado la Sala Plena del Consejo de Estado varía completamente la posición que se venía sosteniendo por parte de la Sección Segunda, situación que en nada favorece a los intereses de quienes en virtud de un contrato de prestación de servicios terminaron inmersos en una relación laboral oculta bajo las formalidades de aquel.

La Sala Plena del Consejo de Estado, retoma y controvierte cada uno de los argumentos, pero no lo hace de una manera holística sino que hace un análisis aislado, pues implementa la llamada “relación de coordinación” pero no tiene en cuenta que se ha desvirtuado el carácter de la temporalidad que se promulga normativamente frente a los contratos de prestación de servicios, tal como lo consagra el numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, artículo éste que se torna en términos de Bobbio<sup>22</sup>, como una norma justa, válida pero ineficaz, el autor expresa: “*El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto*”. La norma en cita, no sólo se torna en ineficaz por el desconocimiento de los criterios fijados por el legislador para la procedencia de la celebración de contratos de prestación de servicios, por parte de las entidades del Estado, sino también por la utilización de los mismos para evitar el pago de prestaciones sociales.

Tesis como la expuesta por la Sala Plena del Consejo de Estado en el fallo IJ 0039 de 2003, respecto de los contratos de prestación de servicios, hacen que lo consagrado en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, resulte aún más ineficaz, máxime cuando el órgano judicial, pasa por alto criterios como el de la temporalidad que deben tener este tipo de contratos y exalta a su vez la parte de la norma que establece que “*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales*.”. De manera clara se ve comprometido y vulnerado el principio de inescindibilidad de la norma, pues la Sala en su tesis no hace alusión alguna a la temporalidad de los contratos de prestación de servicios, pero si aplica la parte de la norma que conviene para efectos de negar el reconocimiento de una relación laboral y por ende, las prestaciones sociales a que hubiere lugar, desconociendo por demás la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial la decantada en la sentencia C-154 de 1997, ya comentada.

En este punto del tema, y respecto a la ineficacia del numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se tiene que las entidades del mismo Estado, en su calidad de

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá: Editorial Temis. 1994, Pág. 22.

destinatarias primarias de la aplicación de la norma han incurrido en su incumplimiento, y cuando los administrados acuden al aparato judicial para obtener el resarcimiento de aquel, surgen tesis como la expuesta por la Sala Plena del Consejo de Estado, obteniéndose la ineficacia de la norma comentada ya no solo por la entidad que celebró los contratos de prestación de servicios sino también por parte del órgano judicial que debía velar por su aplicación y cumplimiento.

Entonces, a partir de la Sentencia IJ0039 del 2003, la Sección Segunda, comenzó a dar aplicación a la nueva tesis decantada por la Sala Plena, pero comienza a surgir una tendencia hacia la tesis anterior, en la cual concilian la tesis de la Sección Segunda con el fallo de la Sala Plena, y uno de los elementos bajo los cuales se ampara la primera para apartarse de la jurisprudencia de la segunda, es la diferenciación entre subordinación y coordinación, de lo cual se infiere que, si el elemento preponderante y demostrado dentro de una demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el de subordinación, habrá entonces derecho a apartarse del fallo de la sala plena y en consecuencia acceder al pago de prestaciones sociales por tratarse de una verdadera relación laboral, aunque existe otra tendencia de propender por el pago de éstas a título de indemnización, el caso es que cualquiera sea la forma de pago, lo que se rescata allí es la aplicación del principio de primacía de la realidad. Pero si el operador judicial, logra determinar que dentro de los hechos que rodean la demanda, lo que existe y se demuestra, es una relación de coordinación, la tesis a aplicar será la de la sala plena, cuya consecuencia inmediata será la de no reconocimiento de relación laboral y menos de pago alguno.

### **3. PLANTAS PARALELAS**

#### **3.1 ASPECTOS GENERALES**

Necesariamente debe partirse aquí, de aspectos tan elementales como definir qué es una planta de personal y qué es una planta paralela, pues ello permite la comprensión didáctica del presente estudio.

Una planta de personal es un listado de cargos identificados con una nomenclatura específica, esto es acompañado de un código y un grado, distribuido por niveles, y cuya remuneración corresponde a la posición que tenga cada cargo dentro de la misma nomenclatura.

Toda planta de personal debe corresponder a la estructura orgánica de la entidad, en consecuencia el número de cargos debe ajustarse a las dependencias que forman esa estructura orgánica y a las funciones que por mandato legal o reglamentario le han sido asignadas a cada entidad y su financiación provendrá de la Nación o de la entidad territorial correspondiente según sea su naturaleza jurídica.

En tanto que la planta paralela, se puede definir como la institucionalización de un grupo de personas vinculadas a las entidades estatales mediante contratos de prestación de servicios, durante largos periodos.

#### **3.2 CAUSAS DE SU IMPLEMENTACIÓN**

En el contexto laboral Colombiano, se ha venido institucionalizando una práctica lesiva a los derechos mínimos de los trabajadores, la cual consiste en la utilización de los contratos de prestación de servicios, como modalidad, para vincular funcionarios a las plantas de personal de las entidades públicas, bajo la denominación de contratistas, e instituyendo una relación con el empleador de carácter precario en lo que tiene que ver con los derechos laborales, los cuales son reducidos al simple reconocimiento de los llamados honorarios. Dicha realidad exige que se investigue sobre cuáles son las causas reales que han permitido la implementación de lo que se ha denominado las plantas paralelas dentro de las entidades públicas del Estado y dentro de ellas, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño.

Se considera, que la causa principal de la práctica mencionada, obedece en gran parte, al paso que se viene dando en virtud de las teorías del Estado Máximo al Estado mínimo, en virtud del cual el Estado se va desligando poco a poco de sus

responsabilidades, en aras a lograr una descarga de sus gastos principalmente, pues se observa, cómo el Estado, se ha constituido más en un Estado empresario, que en un Estado garante de los condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos, y puede deberse en gran parte al marcado carácter descentralizado de la constitución de 1991, en virtud del cual la administración Nacional traslado muchas de sus funciones a los departamentos y municipios, y otras a particulares. Constituye una realidad que el proceso de modernización del Estado requiere la implementación de dos aspectos, a saber, hacer del Estado un órgano de menor interferencia y mayor eficacia en beneficio de los ciudadanos, pero desafortunadamente se ha desviado el concepto inicial de modernización y se ha institucionalizado, que los mayores y mejores resultados a menor costo, se pretenden obtener a costa del desconocimiento de derechos laborales de quienes prestan sus servicios al Estado, a ello debe sumarse la tendencia Neoliberal, que ha influenciado de manera directa al Estado Colombiano y cuyo estudio, aunque breve, no podría pasarse por alto a la hora de establecer las causas reales que directa o indirectamente llevan a que el propio Estado, vulnere los principios, deberes y derechos que constitucionalmente tiene la obligación de proteger, cumplir y garantizar.

El Neoliberalismo y la Globalización, son fenómenos que aparecieron en el mundo para convertirse en protagonistas de los últimos años, no solo dentro de los modelos económicos sino también dentro de los modelos de Estado, la globalización busca desarrollar un nuevo proceso al interior de la economía mundial a través de la universalización de los medios de comunicación y de algunos valores culturales, en tanto que, el Neoliberalismo es un programa de reformas económicas que pretende hacer que algunos países no se rezaguen en su proceso de acoplamiento al mundo globalizado, sin embargo, los problemas aparecen al descubrirse que no todos los países tienen capacidad para competir de igual manera en el mundo globalizado, así como que las jerarquías están ampliamente marcadas.

El Neoliberalismo surge, como un modelo económico que termina por influir dentro de los modelos estatales de gran parte del mundo, y ello obedece a que dicho modelo hace una crítica constante al llamado “Estado de Bienestar”, pues dentro de las exigencias más importantes que requiere el Sistema Neoliberal, para su implementación y funcionamiento, está, la reducción estatal, con ella se busca que el Estado sea más eficiente y mucho más fácil de controlar, pero lo anterior implica necesariamente un ajuste estructural del Estado, pues en la medida en que reduzca su intervención, necesariamente debe reducir la estructura mediante la cual la ejercía.

Como si no bastara con lo anterior, dentro del contexto Colombiano, han hecho carrera y se han fortalecido de manera incontrolada las relaciones de compadrazgo y politiquería, donde se hace presente, la existencia de compromisos adquiridos por los gobernantes frente al grupo de personas que

colaboraron para llevarlo al poder, compromisos que no son otros, que la promesa de vinculación u otorgamiento de cargos, bajo sus distintas modalidades dentro de las entidades públicas.

Lo anterior ha permitido, que se haya desnaturalizado la figura de los contratos de prestación de servicios, por una parte y el ocultamiento de la relación laboral, por otra, pues debe tenerse en cuenta que el contrato de prestación de servicios surgió como una alternativa para que el Estado recurra a ellos, en aquellos eventos en que la función de la administración, no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, este tipo de contratos está plenamente definido en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, del cual se logra inferir y así lo ha decantado la jurisprudencia, que estos tienen carácter temporal e independiente, criterio éste que constituye una de las principales características diferenciadoras entre aquel y la relación laboral, tal como se mencionó en líneas anteriores. Pese a lo anterior, las entidades públicas han recurrido a ellos, ya no de manera excepcional sino que lo han convertido en la regla general de vinculación de personal a las mismas.

En la Constitución de 1991, uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se erige el Estado Social de Derecho es el trabajo, en virtud de ello en el artículo 53 Constitucional se consagraron los principios mínimos fundamentales de éste derecho, los cuales constituyen verdaderos mandatos de carácter autónomo, pero que aún hoy siguen siendo desconocidos y vulnerados por parte del mismo Estado, quien se supone por mandato del artículo segundo ibídem, tiene como fin garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, y esto se afirma, en razón a que las entidades estatales, son las que han institucionalizado la práctica de vinculación de personal mediante contrato de prestación de servicios ocultando verdaderas relaciones laborales y desconociendo principalmente el principio de primacía de la realidad.

Sin lugar a discusión, el sistema de ingreso a los cargos de carrera a través del mérito, limitó en gran medida aquella vieja práctica de clientelismo y corrupción a la hora de proveer cargos del Estado, pero las estrategias politiqueras, no tardaron en buscar nuevos nichos de provisión de cargos, para pagar sus favores y es así como se valen de la textura abierta de las normas que regulan la contratación estatal, para satisfacer sus intereses y uno de los mecanismos iniciales fue el aprovechamiento de los procesos de reestructuración de las entidades del Estado, en los cuales suprimieron muchos cargos de planta; proceso éste que surgió como consecuencia de la aplicación y materialización de las tesis que promulgaban el reduccionismo estatal y sobre las cuales se hizo alusión en las primeras líneas de éste acápite; los que fueron cubiertos posteriormente por contratos de prestación de servicios, argumentando obviamente insuficiencia de cargos para cumplir con la función administrativa, este en el mejor de los casos, pues existen otras entidades, como la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, en la cual

no se adoptó planta de personal, sino que está conformada solamente por personal vinculado mediante contrato de prestación de servicios, entidad que analizamos dentro del presente estudio, teniendo en cuenta que a partir de la realidad fáctica que allí se presenta, nos encontramos frente a un verdadero ejemplo de ocultamiento de relaciones laborales, acompañadas eso sí, del desconocimiento de principios como la estabilidad laboral, primacía de la realidad, e igualdad entre otros.

Para vislumbrar grosso modo, la forma en que se encuentra estructurada la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, sobre la forma en que se transfieren los recursos a ella y sobre cómo se lleva a cabo el desarrollo de sus funciones, se debe partir de los antecedentes fácticos y legales propios del departamento de Nariño, pues de ello deviene la situación actual de la secretaría de educación departamental.

El Departamento de Nariño, es una entidad certificada en el campo de la educación, en virtud de la descentralización administrativa ordenada en principio por la ley 60 de 1993, norma derogada por la ley 715 de 2001, por medio de la cual se establecieron normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se fijaron otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación.

El artículo original 356 de la Constitución Política de 1991, establecía el situado fiscal, como una transferencia de ingresos corrientes de la Nación a los Departamentos, el Distrito Capital y los Distritos Especiales, dicha transferencia estaba destinada a financiar los servicios de educación y salud, en los niveles que señalara la ley. Con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2001, se modificó de manera sustancial, los artículos 356 y 357 de la Constitución y cambió el esquema original de las transferencias a las entidades territoriales, esto es el situado fiscal, por el Sistema General de Participaciones, el cual fue implementado por la ley 715 de 2001.

La reforma en cuanto a la asignación de recursos, surge a raíz de una serie de graves problemas fiscales y por deficiencia en la cobertura de los servicios de salud y educación principalmente, que se estaban presentando con el modelo de transferencias diseñado por Constitución de 1991, para ello el Gobierno Nacional presentó al Congreso un proyecto de reforma constitucional, para cambiar el esquema y alcanzar el fin esencial de garantizar la estabilidad de los recursos asignados a dos sectores fundamentales para el desarrollo económico y social del país: la educación y la salud, proyecto que se materializó en el Acto Legislativo No. 1 del 30 de julio de 2001, por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política, a saber, el 347, el 356 y el 357. Esta reforma constitucional

entró a regir desde el 1º de enero de 2002, por expresa disposición del artículo 4º del Acto Legislativo y en ella se suprimió el situado fiscal y se creó el llamado Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios.

Teniendo en cuenta que el situado fiscal se creó inicialmente con el fin de transferir ingresos de la Nación a los departamentos con destino a la educación y la salud (reforma constitucional de 1968), los fondos educativos regionales se crearon como administradores de los recursos de la educación en los departamentos. Ante la descentralización de la educación con la expedición de la ley 60 de 1993, corresponde entonces a las Gobernaciones de los departamentos, a partir de su certificación el administrar ya no solo el servicio educativo sino los recursos girados por la Nación correspondientes a las transferencias del situado fiscal, los que venían siendo manejados a través del fondo educativo regional.

El Gobernador de Nariño, con base en las facultades que le confirió la Asamblea Departamental mediante la ordenanza 01 del 25 de enero de 2001, expidió el decreto 527 del 29 de junio del mismo año, por medio del cual se determina la estructura administrativa de la Gobernación de dicho departamento, posterior a ello se expediría la resolución 1964 del 28 de septiembre de 2001, por parte del Ministerio de Hacienda, por medio de la cual se otorgó la garantía de la Nación de que trata el artículo 63 de la Ley 617 de 2000, a las obligaciones de pago que se reestructuran del departamento de Nariño, con entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Los cambios legislativos producidos por la descentralización administrativa; por el cambio en los sistemas de financiación y administración del sector educativo; y el proceso de reestructuración a que se sometió el departamento de Nariño; pusieron fin a la razón de ser de los Fondos Educativos Regionales y ello dio lugar a que los empleados que lo integraban fueran asimilados a la planta de personal de la Gobernación de Nariño. En virtud de la certificación del Departamento de Nariño en materia educativa, le compete ahora no solo la administración del servicio educativo sino además la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones destinado a dicho sector y esto hace que la Secretaría de Educación Departamental inicie un rol mucho más activo y de mayor responsabilidad y para ello requiere una planta de personal que permita su funcionamiento administrativo, pero el departamento desde ese momento hace caso omiso a la necesidad imperante y opta por enviar al personal de administrativos que provenían del extinto Fondo Educativo Regional, para que se desempeñe en la Secretaría de Educación Departamental, personal del cual actualmente, solamente quedan 38 funcionarios y en lo demás siempre complementó el funcionamiento mediante personal vinculado mediante contrato de prestación de servicios, situación que se da incluso desde mucho antes del proceso de reestructuración.

En este punto resulta de vital importancia precisar lo siguiente: cuando se afirma que la Secretaría de Educación departamental de Nariño carece de una planta de personal se hace alusión a ella desde el punto de vista de su funcionamiento administrativo como tal y ha de tenerse en claro que el departamento de Nariño si cuenta con una planta de personal docente, directivo docente y administrativo, pero para los establecimientos educativos pertenecientes o administrados por dicha entidad territorial; los antecedentes legales de esta planta de personal surgen a partir del artículo 2º del decreto 3020 de 2002, que consagra:

*“Mediante acto administrativo la entidad territorial adoptará la planta de personal, previo estudio técnico, en el que determinen los cargos de directivos docentes, docentes por niveles o ciclos, y administrativos, de acuerdo con los criterios establecidos en la ley 715 de 2001 y este decreto.*

*La planta de personal será fijada en forma global y debe contener el número de docentes, directivos docentes y administrativos de cada departamento, distrito o municipio certificado, necesarios para la prestación del servicio educativo”.*

Así mismo la ley 115 de 1994 (artículos 147 y 151), faculto plenamente a las entidades territoriales para ejercer la dirección y administración de los servicios educativos estatales; es así como la ley 715 de 2001, señala que los departamentos son competentes para administrar, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la ley, con criterios de racionalidad y eficiencia con miras a una adecuada prestación del servicio educativo. Como complemento a lo anterior la Corte Constitucional mediante sentencia T-715/96 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, precisó:

*“Cuando la planta de personal es global y flexible ello implica que este tipo de reubicaciones constituye una contingencia propia del ejercicio de la autonomía de la entidad. (...)*

*La planta de personal global y flexible tiene por fin garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden”<sup>23</sup>*

Con base en estos argumentos, la Gobernación de Nariño adoptó la planta de personal de docentes, directivos docentes y administrativos, mediante decreto 1383 de 2003 y ajustada mediante decreto 1502 de 2005, tomando a los docentes,

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-715 de 1996. Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz.

directivos docentes y administrativos, como un número global desligado de un establecimiento educativo específico.

Ha de tenerse en cuenta que dicha planta se adoptó para los establecimiento educativos del Departamento de Nariño, pero la Gobernación de Nariño, no ha adoptado una planta de personal para el funcionamiento administrativo de la Secretaría de educación y en su lugar, ésta ha venido funcionando con 38 funcionarios administrativos provenientes del antiguo Fondo Educativo Regional y pertenecientes a los establecimientos educativos, quienes se encuentran en comisión en dicha entidad y con un promedio de 75 personas, entre profesionales, técnicos y asistenciales, vinculados mediante contratos de prestación de servicios.

A continuación se presenta un cuadro estadístico sobre los contratos de prestación de servicios celebrados desde el año 2004 hasta el año 2009, por parte de la Gobernación de Nariño, con el fin de garantizar el funcionamiento de la parte administrativa de la Secretaría de Educación Departamental, a saber:

**Cuadro 1. Contratos prestación de servicios en la Secretaria de Educación Departamental**

<b>AÑO</b>	<b>NUMERO TOTAL DE CONTRATOS CELEBRADOS</b>	<b>PROMEDIO REAL DE CONTRATISTAS VINCULADOS</b>
2004	67	67
2005	216	72
2006	148	74
2007	152	76
2008	168	84
2009	164	82
		<b>PROMEDIO DE CONTRATISTAS VINCULADOS DURANTE LOS AÑOS 2004 A 2009 = 75</b>

La estadística nos demuestra de manera clara que el número de contratos de prestación de servicios entre los años 2004 a 2009, se ha mantenido en una constante promedio real de 75 contratos. La columna No.2 del cuadro anterior, indica el número total de contratos de prestación de servicios celebrados por la Gobernación del Departamento de Nariño, para garantizar el funcionamiento administrativo de la Secretaría de Educación Departamental, para el caso del año 2005, corresponde a un número de 72 contratistas, con los cuales el Departamento de Nariño suscribió contratos de prestación de servicios con una

duración promedio de 4 meses cada uno, de ahí que el número de contratos celebrados en el año 2005 (216), triplique el número de contratistas del año 2005, en otras palabras, cada contratista suscribió un promedio de 3 contratos en el año 2005. En los demás años los contratos celebrados fueron pactados por términos de duración de seis meses, de ahí que el número de contratos duplique el número de contratistas.

Teniendo en cuenta que el promedio de contratistas que han venido laborando en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño desde el año 2004 hasta el año 2009, se mantiene en un número promedio de 75, y partiendo del hecho que a 31 de diciembre de 2009, siguen vinculados 27 contratistas que han tenido continuidad desde el año 2004, se puede afirmar, que de todo el personal de contratistas vinculados a la entidad aludida entre los años 2004 a 2009, solamente un 35% de ellos continúan laborando actualmente en calidad de contratistas, pues de manera permanente se producen cambios paulatinos de personal en dicha entidad, los cuales son mucho más evidentes, en los periodos en que se producen los cambios de Gobierno Departamental en Nariño, pues para nadie es un secreto, que ello obedece a la influencia de la fuerza política que ostenta el poder en un momento determinado.

No obstante el desarrollo dado, en materia de principios del derecho laboral, persisten prácticas como la evidenciada en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, encaminadas a desconocer los derechos mínimos de los trabajadores y una de las principales formas de hacerlo, es a través de los llamados contratos de prestación de servicios.

De manera flagrante la Gobernación de Nariño, ha transgredido la verdadera filosofía de los contratos de prestación de servicios, tornando a su vez en ineficaz el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, pues ha utilizado esta figura, para la vinculación de personal en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y ello se evidencia en el hecho de que la gran mayoría de ellos, no son de carácter temporal sino que su permanencia se ha prolongado en el tiempo, tan así que en promedio, la mayoría de las personas que allí laboran actualmente llevan un tiempo de labores en dicha entidad, de 4 a 5 años, situación que conlleva a afirmar en principio, que la prestación del servicio por parte de dichas personas se caracteriza por la permanencia y no por la temporalidad que se ha predicado respecto de los contratos de prestación de servicios.

Sobre el tema de la temporalidad, como elemento característico de los contratos de prestación de servicios, la Corte Constitucional, al analizar la demanda de exequibilidad del Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa", en la sentencia C-154 de 1997, manifestó:

“(…)

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. **En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente**<sup>24</sup>. (Negrillas y Subrayas fuera de texto)

El tema de la temporalidad de los contratos de prestación de servicios ha sido regulado además por la ley 790 de 2002, en cuyo artículo 17 contempla que: “En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”. En el mismo sentido el artículo 21 de la ley 909 de 2004, atinente a los empleos de carácter temporal, expreso:

“1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a 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 doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

(...)”

Dentro de la categoría de empleos de carácter temporal y dadas las características exigidas para la procedencia de los contratos de prestación de servicios contempladas en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, se puede afirmar que es viable que las entidades estatales adopten personal mediante este tipo de vinculación, siempre y cuando se den las condiciones exigidas en el artículo en cita.

Con base en lo anterior y al analizar más a fondo la situación laboral que se viene dando en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, se puede observar, por un lado, la actitud dilatoria y evasiva frente a la adopción de la planta

---

<sup>24</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

de personal que garantice el funcionamiento de la misma y por otro la tendencia a mantener su funcionamiento mediante personal vinculado a través de contratos de prestación de servicios, y ello obedece a que las entidades que se encuentran en dicha situación, representan verdaderos “pasteles” para pagar favores políticos, mediante la concesión de dicha clase de contratos, repartición que se extinguiría, si allí se adoptara una planta de personal. Pero por otra parte se expone la entidad a una posible sanción disciplinaria, situación de la cual no está exenta, dado que en el Departamento de Nariño ya existe un antecedente de sanción dentro del proceso disciplinario con radicación No.085-11090-02, por medio del cual la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, mediante fallo del 10 de noviembre de 2003, resolvió y confirmó el mediante Fallo de Primera Instancia No. 020 del 30 de abril de 2003, dictado por la Procuraduría Regional Nariño, en el cual sancionó con destitución e inhabilidad general de 10 años, al Contralor municipal de Pasto (N).

Dentro del pliego de cargos del fallo citado se expresa:

*“El 10 de octubre de 2002, la Procuraduría Regional de Nariño, profirió el **Pliego de Cargos No. 47** en contra del implicado (folios 153 a 167), aduciendo que “... celebró varios contratos u órdenes de prestación de servicios en los meses de **JUNIO Y JULIO DE 2002**, existiendo, al parecer, los funcionarios de planta de la dependencia a su cargo que podrían ocuparse de las labores contratadas..”, además considera que el hecho que se hubiere solicitado al contralor que se adelantasen contrataciones de servicios por presunta carencia de personal, no lo exime de responsabilidad, en los términos del numeral 5º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, se concluye que, la contratación habría dado lugar a una planta paralela, pues el Contralor Municipal de Pasto habría adelantado movimientos de carácter presupuestal, afectando el rubro de sueldos de los servidores públicos de la entidad”<sup>25</sup>.*

En el fallo de Primera Instancia No. 020, el 30 de abril de 2003, la Procuraduría Regional de Nariño manifestó *“que está probado en el plenario que el Contralor Municipal de Pasto (Nariño) celebró 15 contratos de prestación de servicios, con lo cual habría dado lugar a una planta paralela, pues las labores que iban a ejercer los contratistas, requerían de dedicación de tiempo completo, además que en algunos casos se contrató para reemplazar a personas a las cuales se les había decretado vacaciones reglamentarias...”*

Dentro del trámite de segunda instancia el Ad quem disciplinario, dentro de la parte motiva del fallo menciona:

---

<sup>25</sup> Procuraduría delegada para la Economía y la Hacienda Pública. Fallo del 10 de noviembre de 2003, dentro de la Radicación No.085-11090-02.

*“... Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o que requieran conocimientos especializados” pero como se dijo anteriormente, en el caso de autos, no se cumplían ninguno de estos presupuestos.*

*Para el caso de autos, tratándose de funciones públicas de carácter permanente e inherentes a un ente de control como es la Contraloría Municipal de Pasto, éstas tendrían que ser distribuidas entre los funcionarios vinculados a ésta, y sólo se podría entrar a contratar siempre y cuando dichas actividades no pudieran realizarse con personal de planta o requirieran conocimientos especializados, porque en este caso, como lo ha dicho la Corte “será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”. C- 154 de 1997- Sala Plena- del 19 de marzo de 1997.*

*La Corte ha considerado que “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 con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley; tampoco puede comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, 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 – C-154 del 19 de marzo de 1997, “caso que no ocurrió, por cuanto no aparece que para realizar la contratación de prestación de servicios se haya optado por algún tipo de selección objetiva de las personas a quienes se les contrató mediante órdenes de servicios”<sup>26</sup>.*

Lo anterior evidencia que mediante un proceso disciplinario, sí es posible sancionar a los funcionarios responsables de las entidades, como lo es la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, en todos aquellos casos en que se haya incurrido en la celebración desmedida de contratos de prestación de servicios de carácter permanente, pues ello contraviene la filosofía y la normatividad aplicable a este tipo de vinculación, conllevando a la estructuración de una relación laboral oculta de manera intencional. Debe agregarse que en la medida en que se presenten las quejas correspondientes, los organismos de control podrán hacer efectivas las normas que restringen o prohíben la celebración desmesurada de contratos de prestación de servicios que no obedezcan a los parámetros establecidos por la ley, y por ende se garantiza el respeto por los derechos mínimos laborales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>26</sup> *Ibidem.*

La Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, rescato la constitucionalidad del Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; frente al cargo formulado por el demandante, en el sentido que dicha norma vulneraba el derecho a la igualdad por que permite, motiva e induce a la administración pública a contratar por prestación de servicios a personas para que desarrollen las mismas actividades o funciones públicas que desempeñan trabajadores oficiales y empleados públicos, vinculados a las plantas de cargos de las entidades contratantes, con las mismas obligaciones y deberes que aquellos, dando origen a una relación que en la práctica tiene carácter laboral por la subordinación y dependencia con que se realiza, con lo cual se genera un trato desigual y discriminatorio entre contratistas y servidores públicos, en materia de garantías y derechos laborales, a pesar de que la base fáctica entre todos es idéntica, respecto a este cargo, la corte controvertió en los siguientes términos:

*“En el caso bajo estudio la pretendida vulneración al derecho fundamental a la igualdad no tiene cabida por cuanto no pueden predicarse condiciones desiguales en situaciones fácticas diversas entre sujetos que han prestado servicios en forma evidente y diferente a la administración pública, unos a través de una relación contractual y otros mediante una relación laboral de origen contractual, legal o reglamentario. La misma naturaleza, características y elementos esenciales del vínculo que los une a la administración pública, determina que la regulación legal sea diametralmente opuesta, dadas las situaciones fácticas diversas en que unos y otros se desempeñan, en cuanto a las finalidades, obligaciones, y responsabilidades que cumplen. La restricción demandada hace prevalecer el respeto al derecho a la igualdad en tanto que sólo autoriza la contratación por prestación de servicios de personas naturales cuando las actividades de administración o funcionamiento de la entidad "no puedan celebrarse con personal de planta", precisamente para evitar que al mismo tiempo personal de planta y contratistas realicen idénticas labores en igualdad de condiciones pero con tratamientos laborales distintos, en desmedro de los contratistas”<sup>27</sup>.*

En este punto debe precisarse, que la Gobernación de Nariño ha venido vulnerando el derecho a la igualdad de todo el personal que labora en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, pues todos ellos, pese a ser contratistas, desarrollan las mismas o similares actividades que las que desempeñan los funcionarios de planta de la Gobernación de Nariño, y lo que lo hace más evidente es que como la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, no cuenta con una planta de personal para su funcionamiento administrativo, todos los contratistas en últimas son quienes la constituyen, y por medio de ella, dicha entidad ha venido funcionando. Cabe preguntarse entonces ¿Acaso no existe en el caso planteado un desmedro de los derechos laborales de los contratistas, cuando ellos en realidad son quienes constituyen la planta de personal de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño?

---

<sup>27</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Una de las exigencias que resulta común en las normas contentivas de los contratos de prestación de servicios, hace referencia a que solo se podrá celebrar contrato de prestación de servicios cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades a contratar, y debe preguntarse entonces ¿Cuándo se entiende que no existe personal de planta en la respectiva entidad estatal?, y la respuesta se obtiene a partir de lo consagrado en el artículo 3° del decreto 1737 de 1998, que dice:

**"ARTICULO 3o.** <Modificado por el artículo 1 del Decreto 2209 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

*Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.*

*Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar".*

Según lo anterior y dando respuesta al interrogante que nos condujo hasta este punto de argumentación, debe afirmarse entonces, que sí existe un desmedro de los derechos laborales de los contratistas de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y el sustento de tal afirmación se reduce a lo siguiente: tal y como se encuentra regulado el contrato de prestación de servicios, si éste se celebra cuando existe personal en la planta de la respectiva entidad, con capacidad, especialidad y en el número suficiente para prestar el servicio que se requiere contratar, se incurre en violación y desfiguración de las normas que lo regulan y de la filosofía de éste tipo de contratos, peor aún resulta tal vulneración, cuando la entidad no cuenta con una planta de personal y aún así mantiene su funcionamiento con vinculación de personal a través de los contratos de prestación de servicios, como si no existiese ningún tipo de prohibición legal para ello.

Otro aspecto a destacar, lo constituye el hecho de que la vigencia de los contratos celebrados entre la Gobernación de Nariño y las personas que laboran en la

Secretaría de Educación Departamental de Nariño, en su gran mayoría no tienen carácter temporal sino que permanecen en el tiempo mediante la celebración o renovación continua del contrato, además de ello sus funcionarios, siempre deben cumplir con un horario pues de no hacerlo su próxima contratación se vería comprometida; por otra parte, si bien en aquellos contratos se fija un objeto determinado, el contratista termina realizando muchas más funciones de las pactadas en aquel, situaciones que permiten colegir que allí se encuentran ocultas, verdaderas relaciones laborales y como si fuera poco sus funcionarios terminan percibiendo los famosos “honorarios” y privados de las prestaciones sociales que por virtud del principio de primacía de la realidad tendrían pleno derecho.

Resulta pertinente analizar los argumentos de mayor relevancia jurídica de la sentencia IJ 0039 de 2003, emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, bajo la situación fáctica que se presenta en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, en aras a demostrar el desacierto en el que se incurre.

La Sala sostiene que el vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contraria a la ley, y ello es acertado en el sentido de que efectivamente la celebración de este tipo de contratos está permitida y regulada por el estatuto contractual Colombiano, tal como se enunció en el acápite correspondiente de este estudio, pero ya dentro de un caso concreto solo se podrá afirmar lo mismo, siempre y cuando los contratos celebrados se ajusten a los criterios fijados por la normatividad y la ejecución de los mismos, se compadezca con la filosofía de este tipo de vinculación.

Para el caso de la Secretaría de Educación Departamental se puede afirmar que si los contratos de prestación de servicios se hubiesen celebrado en forma temporal, para adelantar un proceso administrativo determinado, para cuyo desarrollo y finalización no fuere suficiente con el personal con que cuenta dicha entidad, ilógico sería pretender en un futuro tratar de obtener el reconocimiento judicial de una relación laboral a favor de este tipo de contratistas, pues bajo los términos expuestos se tendría plena validez y asidero jurídico, para negar tal pretensión. Pero si se evidencia, como en el caso de los 27 contratistas, que han venido laborando en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño desde el año 2004 hasta el 2009, equívoco resultaría siquiera, mencionar que tales contratos de prestación de servicios no son contrarios a la ley.

En igual forma la Sala menciona que no existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario, es lo cierto que un contratista no podría derivar de su vinculación su asimilación a la carrera administrativa en condiciones de igualdad a la de un empleado público cuya vinculación resulta de carácter legal y reglamentario, pues

con ello se estaría desconociendo el sistema de acceso meritocrático impuesto por la Constitución de 1991, pero si se analiza la situación de los 27 contratistas vinculados en la Secretaría de Educación departamental de Nariño desde el año 2004 hasta el 2009, allí si se podría predicar su derecho a ser incorporados mediante la adopción de planta en provisionalidad, y el precedente sobre lo propuesto, se encuentra en el artículo 38 de la ley 715 de 2001, en donde se viabilizo de manera legal que los docentes directivos docentes y administrativos que se encontraban vinculados mediante órdenes de prestación de servicios deberían ser incorporados en la planta de personal en provisionalidad; además de ello cuando la Corte Constitucional estudió la demanda de exequibilidad del Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa", en la sentencia C-154 de 1997, manifestó:

“(…)

*c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. **En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente**”<sup>28</sup>. (Negrillas y Subrayas fuera de texto)*

Cierto es también que pese a existir los mecanismos legales, el Departamento de Nariño, ha omitido y dilatado la adopción de una planta provisional para el funcionamiento administrativo de la Secretaría de Educación Departamental a cambio de mantener incólume la práctica de compensación de favores políticos mediante la vinculación de funcionarios por contratos de prestación de servicios, que no son otra cosa que distractores reales de una relación laboral, violatoria de todos los principios mínimos de los trabajadores, establecidos en el artículo 53 Constitucional.

Lo anterior permite afirmar entonces que en la actualidad existe una primacía del contrato de prestación de servicios sobre la relación laboral, situación que ha sido propiciada por entidades del Estado como la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y ello ha contribuido a la implementación de “plantas paralelas” en las mismas y cuya existencia se prolongará en la medida en que se

---

<sup>28</sup> *Ibíd.*

mantengan tesis como la adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado en el fallo IJ-0039 de 2003.

### **3.3 PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD**

Cuando se plantea el problema objeto de investigación sobre si las llamadas plantas paralelas de las entidades públicas y en concreto sobre si la planta de personal de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, constituye la materialización del desconocimiento del principio de la primacía de la realidad, se hace desde el punto de vista administrativo, pues los operadores judiciales pese a la variación jurisprudencial que se ha venido dando en materia de reconocimiento de una relación laboral derivada de un contrato de prestación de servicios, han dado aplicación a dicho principio en muchos de sus fallos, se hace referencia lógicamente a aquellos casos en que se ha dado aplicación a la tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado, cuando de los supuestos fácticos y jurídicos, se ha evidenciado el ocultamiento de relaciones laborales. Corresponde entonces, analizar dicho principio, partiendo desde su contenido, alcance y la forma en que las entidades públicas, como lo es, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, ha incurrido en su inaplicación, análisis éste que nos permite avanzar hacia el estudio de las consecuencias negativas que ello implica, no solo para la administración sino para los administrados.

Un concepto adecuado sobre el principio de primacía de la realidad sobre las formas, es el traído por las Doctoras Isabel Goyes y Mónica Hidalgo <sup>29</sup> *“Significa que cuando hay discrepancia entre lo que ocurre y lo que se encuentra en documentos, debe prevalecer lo primero. El término contrato realidad fue creado por De la Cueva y Molitor, estableciendo con éste la diferencia entre un contrato civil y otro laboral. Con el primero existe un acuerdo de voluntades y con el segundo existe una relación laboral cuyos efectos jurídicos nacen del cumplimiento del contrato de trabajo, mientras que en el acuerdo civil el cumplimiento nace del acuerdo de voluntades.*

*No obstante, la realidad del trabajo no excluye el surgimiento del contrato porque este es importante para la concretización de la relación laboral y para determinar condiciones que puedan exceder del nivel mínimo de protección del derecho. Además que el contrato de trabajo se supone verdadero, lo que implica demostrar que no es así si en la realidad ocurriera otra cosa, Lo que no debe hacerse es prevalecer las formas frente a la realidad.*

*La fundamentación de este principio radica en la motivación de la buena fe y que la realidad refleja siempre la verdad. Es un principio que está ligado con la idea de*

---

<sup>29</sup> GOYES MORENO, Isabel e HIDALGO OVIEDO, Mónica. Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales. Ediciones UNARIÑO. Primera Edición. Pasto 2006. Págs.52 y53.

*justicia y es un mecanismo que sanea la formalidad incoherente así provenga de una actitud intencional o de un error, lo que importa no es establecer esas intenciones, sino trabajar sobre la buena fe y corregir la discordancia”.*

El alcance y límite del principio de primacía de la realidad, se fijó por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 1994, providencia hito sobre dicha temática y por medio de la cual se estudió la constitucionalidad de los artículos 6° y 16° transitorios de la Ley 6° de 1993 y otros artículos de la Ley 115 de 1994, de plano la corte deja sentado que dicho principio se aplica incluso en todos aquellos casos en que el Estado aparece como empleador, y es que así la corte no lo hubiese mencionado, dicho principio debería ser aplicado en primer lugar por el Estado, en todas sus actuaciones, pues dicho mandato viene impuesto desde el artículo 2° del texto Constitucional, al prever como uno de los fines esenciales del Estado, el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución.

En la sentencia citada anteriormente, se deja claro que el principio de primacía de la realidad; tiene como fin, quitar el velo que cubre verdaderas relaciones laborales, para conferirles a los trabajadores los derechos laborales mínimos que confiere una relación laboral, y se precisa además el alcance de aplicación de este principio, en los siguientes términos:

*“Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.*

*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”<sup>30</sup>.*

Ampliamente decantado, por la doctrina y la jurisprudencia nacional, se encuentra el concepto, contenido y alcance del principio de primacía de la realidad, criterios que poco a poco han venido siendo aplicados por parte de los operadores

---

<sup>30</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-555 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Calderon.

judiciales; ahora lo que debe ocupar la atención es el desconocimiento, por parte de las entidades del Estado, de los principios laborales mínimos consagrados en el artículo 53 constitucional, el cual se materializa, mediante prácticas que conllevan a ocultar relaciones laborales, entre las que encontramos la celebración de contratos de prestación de servicios, precisando de antemano que desde la Ley 222 de 1983, el legislador había sido explícito en cuanto a cuando era procedente la celebración de este tipo de contratos y debe aceptarse que tal y como están concebidos resultan de vital importancia para el adecuado y oportuno funcionamiento de las entidades estatales, las cuales en determinados momentos, no logran cumplir con las funciones asignadas, bien porque no cuenta con el personal idóneo o porque con el que tiene no alcanza a desarrollar dichas funciones.

El profesor, Luis Alonso Rico puerta<sup>31</sup>, expresa que: El contrato de prestación de servicios, es uno de los contratos estatales que mayor cuestionamiento ha tenido. Razones de diversa índole se aducen para su celebración y para su crítica.

Algunos cuestionan que la celebración de los mismos es francamente ilegal, en cuanto representan simples nóminas paralelas, contrarias en un todo al orden jurídico, agregan que la no causación de prestaciones sociales contribuye a una pauperización de la fuerza laboral, a lo que debe sumarse todo el régimen de la seguridad, que es carga impuesta al contratista.

Se cuestiona igualmente que ningún vínculo afectivo une a este tipo de servidores con las instituciones, puesto que no pueden desarrollar sentido de pertenencia, dado que su labor, de carácter “transitorio”, siempre está sometida a la zozobra permanente sobre su renovación.

La discrepancia e inconformidad surgen, a partir de la forma como las entidades estatales y entre ellas la Gobernación de Nariño, acuden a la celebración de contratos de prestación de servicios, en principio para evitar la adopción de una planta de personal para el funcionamiento administrativo de la secretaría de educación departamental de Nariño y consecuentemente, mantener ocultas relaciones laborales, situación que les permite conservar un nicho de cargos disponible para pagar los favores políticos del gobernante de turno.

Como corolario, las entidades estatales y en un intento ingenuo, incluyen en los contratos de prestación de servicios que suscriben, todo tipo de cláusulas encaminadas a desvirtuar la generación de una relación laboral, pero que en últimas y en virtud del principio de primacía de la realidad se tornan en ineficaces, pero aún así, las entidades estatales a la hora de contestar demandas laborales, encaminadas al reconocimiento de relaciones laborales, insisten en la validez de

---

<sup>31</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso, Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Bogotá: Leyer. Quinta Edición. 2008. Pp.369 a 370.

las mismas y alegan entre otras, para desvirtuar los hechos que sustentan la demanda, situaciones como que el contratista al celebrar el contrato lo hizo de manera libre y espontánea, que él conocía sobre el alcance e implicaciones del contrato y aún así aceptó dicha situación y una serie de argumentos que lo único que denotan es la actitud arbitraria de las entidades estatales frente a los contratistas, frente al tema la sección segunda del Consejo de Estado, se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“Ahora bien, 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 u orden de trabajo resulta indiferente en una situación como la que 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. La misma norma de la Carta Fundamental previó, además, como uno de los principios mínimos fundamentales, en materia laboral, la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, 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”<sup>32</sup>.*

Dentro del análisis realizado a la sentencia C-555 de 1994, se observa de manera clara la tendencia general de las entidades públicas, en lo atinente al sustento jurídico a partir del cual justifican la celebración de los contratos de prestación de servicios, de manera concreta se retoma la posición asumida por el Ministerio de Educación Nacional, dentro de la providencia que se cita, en la cual expresó:

*“Sus argumentos pueden sintetizarse, así: (1) la vinculación laboral a través de contrato es legítima y a ella puede apelar el Estado con miras a ofrecer posibilidades de empleo a las personas en edad de trabajar ( CP arts. 53 y 54 ); (2) la congelación de las plantas de personal, no dejó alternativa distinta de la contractual para incorporar profesores y de esta manera atender las necesidades del servicio, lo que a su vez representó para éstos oportunidades únicas de obtener un sustento y "mejorar sus condiciones de vida"; (3) el ingreso al servicio público mediante la modalidad estatutaria, no tiene carácter forzoso ni está llamada a tener una vigencia histórica indefinida, más aún si se tiene presente que la contractual ostenta frente a este sistema ventajas tales como las de poder simultáneamente desplegar múltiples actividades y suscitar en la persona una actitud no conformista y creativa; (3) no puede calificarse de discriminatoria la relación laboral si ha nacido de la libre voluntad de las partes y si el contratista recibe una remuneración que le permite subsistir; (4) no puede afirmarse que se viola la igualdad cuando a todos los contratistas se les aplica las normas contractuales y, a los funcionarios, las de carrera; (5) la vía contractual es una forma escogida por el Estado para ampliar el campo*

---

<sup>32</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 15 de junio de 2006. Rad.2603-05. Consejero Ponente. Jesús María Lemus.

*laboral, no existiendo otras formas "a lo mejor más satisfactorias; pero no se trata de no hacer nada; se trata de hacer lo que se pueda a cambio de nada"; (6) por razones de orden, salvo que la ley se torne indefinida en su aplicación temporal, se justifica que la inclusión en la nómina se limite a los contratistas vinculados con anterioridad al 30 de Junio de 1993"*<sup>32</sup>.

Argumentos como los esbozados anteriormente, serían de recibo si el contrato de prestación de servicios se ajustara a los parámetros establecidos en el estatuto contractual, ilógico resulta entonces, que las entidades del Estado acudan a ellos cuando en la realidad, han dado lugar a la configuración de una relación laboral, y esto precisamente es lo que ocurre en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, en donde se aprovecha la necesidad del contratista, de obtener un ingreso y de mantener un trabajo, para desconocer principios como el de dignidad humana, igualdad, estabilidad en el empleo, y primacía de la realidad, entre otros, además se vulnera el principio de moralidad administrativa, los principios de transparencia e igualdad que debe regir la contratación estatal, que en últimas repercuten en los principios de eficacia y eficiencia de la actividad pública, con respecto a éstos últimos y haciendo alusión a las relaciones que adquiere el Estado para con sus trabajadores, la Corte Constitucional en sentencia T-321 de 1999, manifestó lo siguiente:

*"En este sentido, se encuentra la Corte ante un asunto de constitucionalidad en el cual están en juego principios y directrices de la gestión pública en su conjunto, como son la **eficacia** de su actividad y la **eficiencia** de quienes la tienen a cargo.*

*La **eficacia** está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados.*

*La eficacia es, en palabras de Luciano Parejo Alfonso, "una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del Estado social en el ámbito jurídico-administrativo"1. El mismo autor añade que "en definitiva, la eficacia es la traducción (...) de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de 'socialidad' del Estado".*

*Según el autor citado, este criterio conduce a la conclusión de que la Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general, y adicionalmente a que el valor eficacia implique una condición de*

---

<sup>32</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-555 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Calderón.

calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal **en su resultado**"<sup>2</sup>. Obsérvese al respecto que es justamente el principio de la eficacia el que permite valorar el uso que el agente le ha dado a una facultad discrecional.

(...).

En el terreno de las relaciones que los entes públicos establecen con sus servidores, se refleja necesariamente esta tendencia a la operación **eficiente** de la actividad estatal, que -se repite- es hoy principio constitucional de ineludible acatamiento, pero, no tratándose ya de "un recurso más", sino de la incorporación de la **persona humana** al desarrollo de las tareas que le corresponden, también la Constitución obliga al Estado a actuar dentro de criterios que respeten su dignidad (artículo 6º) y sus derechos (Preámbulo y artículos 1º, 2º y Título II de la Carta)..."

El artículo 53 de la Constitución Política contempla derechos inalienables e indisponibles de los trabajadores frente a cualquier patrono, y el 25 **ibídem** consagra la protección especial, a cargo del Estado, de las distintas modalidades laborales, lo que impide que, bajo la excusa de la racionalización, la tecnificación o el cambio de propietarios de las empresas, tales derechos sean disminuidos, afectados o desconocidos.

La Carta Política ha sido perentoria al declarar (art. 53) que "la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

**En tal sentido, aunque las personas entregan a las empresas, públicas o particulares, su capacidad laboral, el sistema jurídico que rige las relaciones de trabajo no puede entenderse ni aplicarse como una forma de sometimiento absoluto de la libertad y menos de la dignidad del trabajador, por motivos puramente institucionales, económicos o de otra índole.**

Entonces, los trabajadores prestan sus servicios a los patronos, mas no dentro del criterio de que éstos se encuentran bajo el dominio o propiedad de aquéllos, lo que implicaría una forma inaceptable de esclavitud, sino bajo el supuesto, del todo contrario, de que las instituciones y las normas están al servicio de las personas, lo que corresponde al carácter profundamente humanitario de la Carta Política"<sup>33</sup> (Negritillas y Subrayas fuera de Texto)

Dentro del contexto Colombiano, desafortunadamente se ha gestado una pugna entre los altos tribunales y ello ha tenido repercusión en las decisiones judiciales, pues nótese que a la hora de fallar especialmente el Consejo de Estado se ha apartado de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, claro ejemplo de ello se puede evidenciar con la tesis expuesta en la sentencia IJ 0039 de 2003, en la cual no sólo se conforma con hacer carrera al término de "relación de

---

<sup>33</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-321 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández.

coordinación” como elemento llamado a reemplazar el elemento de subordinación y a partir del cual se puede desconocer una verdadera relación laboral sin mayor argumentación jurídica, sino que además limita la aplicación del principio de primacía de la realidad, al limitar la vía procesal de los contratistas únicamente a la acción contractual, dando prelación en últimas a lo formal sobre lo sustancial.

### **3.4 CONSECUENCIAS GENERADAS POR LA DESFIGURACION DE LOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS**

No pocas son las consecuencias generadas por las prácticas referidas anteriormente, entre las principales, están, primera: el desconocimiento de normas contenidas en la Constitución Nacional, en donde se advierte que para proveer cualquier empleo público de carácter remunerado se requiere que esté contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (CP art. 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (CP. Art. 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (Art.124), así mismo se desconoce y torna ineficaz, la normatividad que regula la contratación estatal, al generar relaciones laborales a partir de la celebración de contratos de prestación de servicios y conlleva además a la implementación de las llamadas “plantas paralelas”, que como ya se ha dicho, no son otra cosa que la institucionalización de un grupo de personas vinculadas a las entidades estatales mediante contratos de prestación de servicios, durante largos periodos. De igual manera se desconoce todo el régimen laboral, estructurado desde el artículo 53 constitucional, por medio del cual se establecieron los principios mínimos laborales, desconociendo de plano los derechos laborales de los trabajadores.

Segunda: las entidades que acuden a este tipo de prácticas contractuales, entre ellas la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, no mantienen una línea constante en el desempeño de sus funciones ni en el cumplimiento de los planes de desarrollo, pues ello se ve afectado en gran medida por el cambio constante del personal de contratistas y por la falta de compromiso de una parte de ello, pues pese a que un buen número de los funcionarios que laboran en la entidad mencionada llevan un promedio de permanencia entre 4 y 5 años, son consientes que en cualquier momento la administración va a prescindir de sus servicios. Esta consecuencia deviene indubitablemente del abuso de la vinculación mediante el contrato de prestación de servicios, de la falta de estabilidad en el empleo y de la materialización del desconocimiento del principio de primacía de la realidad por parte de la entidad estatal.

Una tercera consecuencia, consiste en el detrimento patrimonial del Estado, pues en principio, se pensaría que la suscripción de contratos de prestación de servicios, como mecanismo para disminuir costos de funcionamiento, para evitar el pago de prestaciones sociales a quienes se vinculan mediante esta modalidad, resulta benéfico para el Estado, situación que no se compadece con la realidad, pues en estos eventos, si se llegare a demostrar la relación laboral, surgen la obligación de pagar la condena que le haya sido impuesta dentro de una sentencia, condenas que por lo general implican el pago de cuantiosas sumas por parte del Estado.

Cuarta: surge para los funcionarios que celebran los contratos de prestación de servicios, desconociendo los parámetros normativos que los regulan, la acción disciplinaria; precisamente para evitar el abuso por parte de las entidades estatales respecto a la celebración de contratos de prestación de servicios, encaminados a ocultar relaciones laborales y por ende a desconocer los derechos laborales de las personas vinculadas mediante este mecanismo, el legislador consagró dicha práctica como falta gravísima en el numeral 29 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, consistente en "*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*", la Corte Constitucional al resolver la demanda de inconstitucionalidad de la citada norma mediante sentencia C-094 de 1993, expresó:

*"Como puede advertirse, la falta disciplinaria gravísima consagrada por la disposición demandada no está determinada por la sola suscripción de un contrato de prestación de servicios sino por el desconocimiento de la normatividad relativa a la contratación estatal, a la función pública y al régimen laboral de los servidores públicos y por la consecuente generación de relaciones laborales irregulares, de tratamientos laborales diferenciados y de cuantiosas demandas y condenas contra el Estado.*

*En este orden de ideas, si la ilicitud sustancial de una falta disciplinaria está determinada por la afección del deber funcional del servidor público, es claro que en el supuesto recogido en la norma demandada ese presupuesto se satisface pues la suscripción irregular de un contrato de prestación de servicios, que genera ese cúmulo de consecuencias, plantea el incumplimiento de los deberes funcionales de los servidores estatales y el desplazamiento de la atención del interés general en el ejercicio de la función pública. Por lo tanto, elevar ese comportamiento a la calidad de falta disciplinaria es legítimo en cuanto a él le es inherente la afección del deber funcional del servidor público".*

(...)

8. *En todo caso, no debe perderse de vista que la finalidad de la norma es evitar la suscripción indiscriminada de contratos de prestación de servicios con*

*el objeto en ella indicado y hacerlo desconociendo su índole de contrato estatal para encubrir relaciones laborales que, ignorando los procedimientos legítimos de acceso a la función pública, generan nóminas paralelas y lesionan los derechos de trabajadores.*

(...)

*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 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”<sup>34</sup>.*

Y es que la falta disciplinaria se configura precisamente por la confluencia de las otras consecuencias que se generan por el surgimiento de relaciones laborales producto de la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, en otros términos, la consecuencia en cuestión no es otra cosa que la materialización de las demás que aquí se estudian.

---

<sup>34</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-094 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

#### 4. CONCLUSIONES

Fenómenos como, el reduccionismo del Estado, la descentralización, la implementación de políticas neoliberales desde los años 80, y la tendencia modernizadora y globalizadora, han conllevado a la minimización del intervencionismo del Estado Colombiano y por ende a la reducción de la estructura de las entidades, a través de la cual ejercía dicho intervencionismo, pero esa reducción de las estructuras, viene dada por supresión de cargos dentro de las entidades del Estado, la cual no es del todo absoluta, pues las necesidades de personal que se generan, son suplidas mediante la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios.

Los contratos de prestación de servicios, fueron instituidos como formas de vinculación de personal a las entidades estatales, para realizar labores específicas y temporales y que no pudieran ser realizadas por personal de planta, en aras a contribuir con el normal funcionamiento de las entidades, características que se pueden evidenciar de lo consagrado en el numeral 3<sup>a</sup> del artículo 32 de la ley 80 de 1993, pero desafortunadamente su procedencia excepcional ha sido convertida por parte de las entidades del Estado, como la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, en regla general y en práctica continua para la vinculación de personal, ya no de manera temporal sino permanente, materializando con ello el desconocimiento del principio de primacía de la realidad, lo cual obedece a la aún vigente práctica clientelista dentro de las entidades estatales, por parte de los gobernantes de turno..

De la estadística consolidada sobre el número de contratos de prestación de servicios celebrados entre el año 2004 y 2009, por la Gobernación de Nariño, para vincular personal que presta sus servicios en la Secretaría de Educación Departamental y del porcentaje de permanencia de los contratistas durante el mismo periodo, se logra concluir que, por haberse desvirtuado el carácter temporal de los mismos, por la inexistencia de una planta de personal y por la lógica presencia de los elementos de una relación laboral, la entidad mencionada ha utilizado el contrato de prestación de servicios, para ocultar verdaderas relaciones laborales, dicha práctica ha contribuido a la implementación de una “planta paralela” dentro del Departamento de Nariño, a partir de lo cual se evidencia una clara primacía del contrato de prestación de servicios sobre la relación laboral.

El desarrollo jurisprudencial, por parte de la Corte Constitucional, en materia de principios mínimos laborales ha sido prolijo, y frente al alcance de la aplicación del principio de primacía de la realidad lo ha llevado y aplicado, aún en aquellos casos en que dentro de un contrato de prestación de servicios se logre demostrar la existencia de una relación subordinada, tal como lo estableció el la sentencia C-154 de 1997, por medio de la cual declaró la exequibilidad condicionada del numeral 3<sup>o</sup> del artículo 32 de la ley 80 de 1993. No obstante, la Sala Plena del Consejo de Estado, con la tesis sentada en la sentencia IJ 0039 de 2003, ha

restringido de manera extrema la aplicación del principio de primacía de la realidad, posición que coadyuva a que la práctica de ocultar las relaciones laborales permanezca incólume, a que los derechos de los administrados no le sean reconocidos y a la involución del desarrollo constitucional de los principios mínimos laborales.

## BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto. TEORIA GENERAL DEL DERECHO. Segunda Edición. Bogotá: Temis, 1994.

CAMPOS RIVERA, Domingo. DERECHO LABORAL. Séptima Edición. Bogotá: Temis, 2003.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991.

DECRETO-LEY 222 DE 1983.

GOYES MORENO, Isabel e HIDALGO OVIEDO, Mónica. PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL: LINEAS JURISPRUDENCIALES. Primera Edición. Pasto. Ediciones UNARIÑO. 2006.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-306 de 1991, T-406 de 1992, C-056 de 1993, C-555 De 1994, Sentencia T-715 de 1996 C-154 de 1997, Sentencia T-321 de 1999, C-793 de 2002, C-094 de 2003.

LEY 60 DE 1993.

LEY 80 DE 1993.

LEY 115 DE 1994.

LEY 715 DE 2001.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Primera Edición. Bogotá: Legis. 2000.

MORA CAICEDO, Esteban y RIVERA MARTINEZ, Alfonso. DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL ADMINISTRATIVO. Bogotá: Quinta Edición. Leyer. 2006.

OBANDO GARRIDO, José María. Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Segunda Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Ediciones TUNVIMOR. Bogotá: 2005.

PALACIO HINCAPIE, Juan Angel. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Quinta Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2005.