

Fecha de recepción
del artículo:
9 de junio del 2012

Fecha de aceptación
del artículo:
16 de octubre del 2012

La primacía de la realidad en la contratación pública laboral¹

The primacy of reality in public labor contracts

Juan Carlos Orjuela Rodríguez*
Manuel Mauricio Moreno Villamizar**

Resumen

La Constitución Política de Colombia dispone que el trabajo sea un derecho fundamental de las personas; pero lamentablemente en nuestro país se ha desvirtuado de la realidad. En primera medida por la forma en que se han visto

Cómo citar este artículo: Juan Carlos Orjuela Rodríguez & Manuel Mauricio Moreno Villamizar. *La primacía de la realidad en la contratación pública laboral*. Revista DIXI. Diciembre 2012. At. 42.

¹ El presente artículo nace de un análisis profundo del “principio de la primacía de la realidad laboral”, que se presenta cuando en la Constitución Política de Colombia el trabajo se refleja como un valor y un principio esencial que forma parte del desarrollo del Estado. El título de la investigación original es: “La contratación de prestación de servicios por parte de la Policía Nacional, área de sanidad, seccional Meta, es contraria al principio de la primacía de la realidad”.

* Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Bogotá. Magíster en Dirección y Gestión de Empresas Internacionales de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Especialista en Derecho Tributario Internacional de la Universidad de Barcelona, España. Actualmente docente de tiempo completo de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Villavicencio. Correos electrónicos: jcorjuelarodriguez@hotmail.com, juan.orjuela@ucc.edu.co

** Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Villavicencio. Licenciado en Matemáticas de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Villavicencio. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre, sede Bogotá. Licenciado en Ciencias Religiosas y Ética de la Universidad Juan de Castellanos. Especialista en Administración de la Informática Educativa de la Universidad de Santander, Bucaramanga. Docente de Básica Secundaria y Media en el Magisterio. Docente de tiempo completo de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Villavicencio. Actualmente docente en educación básica a nivel público. Correos electrónicos: morenovillamizar@hotmail.com, manuel.moreno@ucc.edu.co

generalizadas las diferentes modalidades del contrato de prestación de servicios, en razón a que este se ha convertido en la forma más eficaz de evadir la estabilidad laboral, las prestaciones sociales y la seguridad social, con una intención deliberada de simular una situación jurídica distinta de la real, para incumplir las obligaciones laborales que dispone la ley.

Palabras clave

Constitución Política de Colombia, contrato, evadir la realidad contractual, trabajo.

Abstract

The Political Constitution of Colombia provides that labor is a fundamental right of the people, but unfortunately in our country this has diverted from reality. First, because of the way in which the different modalities of service provision contracts have been generalized, due to the way in which these have become the most effective way to avoid labor stability, social benefits and social security, through deliberate attempts to simulate a social status different from the actual one, working to avoid the obligations mandated by Law.

Keywords

The Political Constitution of Colombia, contract, evade contract reality, labor.

■ Introducción

En la Constitución Política de Colombia, el trabajo es un valor fundamental y merece protección especial del Estado, independientemente de la modalidad que asuma, mientras esta sea lícita. El trabajo es inherente al hombre que busca satisfacer las necesidades de su existencia. Por tal razón, el fundamento del trabajo radica en el carácter social del hombre, en el que no sólo es un derecho sino un deber propio del ser humano que se proyecta en la sociedad. De ahí que la Constitución Política de Colombia enmarca el trabajo como un derecho y una obligación social.² El hombre es trabajador por naturaleza y así lo interpretó Karl Marx al ver el trabajo como una facultad exclusiva del hombre, que lo distingue de otras especies animales. Como el trabajo pertenece a la esencia del hombre, no debe ser alienante, es decir, que se convierte en objeto o mercancía, sino un medio

para alcanzar la proyección social de la persona en relación con su entorno.

La Constitución Política de Colombia presenta el trabajo como un derecho fundamental de las personas, que en la práctica se ha desvirtuado por la forma como se ha generalizado la modalidad del contrato de prestación de servicios, con el fin de evadir la estabilidad laboral, las prestaciones sociales y la seguridad social, con una intención deliberada de simular una situación jurídica distinta de la real para incumplir obligaciones laborales. Esta visión beneficiosa para una de las partes de la relación laboral, que es ilegal y arbitraria porque vulnera principios constitucionales —especialmente la primacía de la realidad— la ha asumido el Estado, que paradójicamente debería ser el mayor garante de los derechos laborales en las diferentes entidades territoriales, con respecto a lo cual en repetidos fallos la jurisprudencia de las altas cortes ha llamado la atención de su arbitrariedad u omisión. El Estado presenta una variedad de la modalidad de contratación estatal, que, de acuerdo con el caso, puede ser bajo la vinculación de una relación

² Constitución Política de Colombia 1991. Título II. Capítulo I: De los derechos fundamentales. Derecho al Trabajo. Artículo 25.



estatutaria, relación contractual laboral, o por medio de una vinculación de prestación de servicios, pero, como se mencionaba anteriormente, la administración pública prefiere optar por la última como una forma de camuflar la verdadera realidad contractual estatal estatutaria o laboral, como sucedió por ejemplo en el caso de los trabajadores del antiguo Instituto de Seguros Sociales.

Tan es así, que incluso en la contratación por prestación de servicios de algunas entidades del Estado se evidencia contradicción entre lo que ocurre en la práctica y lo que se pacta en el contrato, en consonancia con el principio constitucional, artículo 53, que determina que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

Una investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Villavicencio,³ demostró que la modalidad de contratación de la Policía Nacional con algunos de los profesionales de la salud a su cargo es de carácter estatutario, es decir, relación legal o reglamentaria (contratación pública). Como regla excepcional son empleados públicos de hecho, en razón a que ellos se asemejan a los de libre nombramiento y remoción;⁴ lo anterior en razón a que en ellos se dan todos y cada uno de los requisitos para que exista una relación laboral,

tales como una subordinación o dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración a cambio.

Sin embargo, la entidad estatal realiza periódica y sucesivamente un contrato de prestación de servicios profesionales, razón por la que se establece una presunción legal de contrato administrativo, como los que se dan con los profesionales de la salud que laboran en el Departamento de Sanidad. No importa cómo se ha llamado el contrato, lo importante es lo que realmente sucede en la relación contractual entre las partes, ya que en la realidad es un contrato de trabajo lo que se ha venido prestando en la Policía Nacional por parte de los profesionales de la salud.

Este mismo fenómeno ocurre con regularidad en todas las instituciones del Estado, pero especialmente en aquellas en las que no se tiene conciencia de que la realidad prima sobre lo escrito en el papel.

La investigación se diseñó con un método de búsqueda de carácter bibliográfico y de campo, es decir, de carácter mixto. El primer momento se fundamenta en la recopilación de información de carácter documental, con el propósito de profundizar el marco legal, doctrinal y jurisprudencial. El segundo se fundamenta en la recopilación de información directamente en el campo de actuación del fenómeno que se estudia a través del método de la encuesta, por medio del cuestionario y la entrevista.

■ Problema de investigación

La Policía Nacional de Colombia⁵ fue establecida por el Decreto 1.000 del 5 de noviembre de 1891,

³ Trabajo de investigación titulado “La contratación de prestación de servicios por parte de la Policía Nacional, área de sanidad, seccional Meta, es contraria al principio de la primacía de la realidad”, realizado en el 2011 por el Lic. Manuel Mauricio Moreno Villamizar, y dirigido por el doctor Juan Carlos Orjuela Rodríguez, como requisito para obtener el grado de abogado en la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Villavicencio.

⁴ Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 125, sobre la carrera administrativa.

⁵ <http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/institucion/Organizacion/Organigrama/Estructura>. (4 marzo, 2011).

siendo Carlos Holguín el presidente de Colombia. Con la creación de esta institución se suplantó a la policía departamental, la policía municipal, el cuerpo de serenos y el escuadrón de guardias montados.

Es importante reconocer que la Policía Nacional es un cuerpo armado, permanente, de naturaleza civil, encargado de mantener y garantizar el orden público interno de la nación, constituido para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y organizado con régimen y disciplina especiales, porque es un régimen especial. En conjunto con las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), componen lo que en Colombia se denomina la Fuerza Pública. El presidente de la República es el jefe superior de la Policía Nacional, ejerciendo su autoridad por medio del ministro de Defensa Nacional y el director general de la Policía Nacional. En 1953, siendo presidente de la República el general Gustavo Rojas Pinilla, la institución fue adscrita al Ministerio de Defensa mediante el decreto 1.814 del 10 de julio, y se incorporó al Ministerio de Guerra como cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Militares, adquiriendo carácter de militar, cobijando a los miembros de la institución policial con el fuero penal militar.

En cumplimiento de la Ley 193 del 30 de diciembre de 1959, desde el 1° de enero de 1960 la nación asume a su cargo el sostenimiento, la dotación y el pago de los sueldos de la Policía en todo el territorio de la República, terminándose de este modo su proceso de nacionalización. Posteriormente, desde 1991 la Constitución Política de Colombia definió a la Policía Nacional como un cuerpo armado de naturaleza civil, suprimiéndola del Comando General de las Fuerzas Militares adscritas al Ministerio de la Defensa, según la Ley 62 del 12 de agosto de 1993.

En 1932, el Ministerio de Guerra creó el Departamento de Sanidad, el cual desde 1937 hasta 1958 se organizó y funcionó como Dirección General de Sanidad. En 1958 se decidió suprimir la citada Dirección y se crearon las Direcciones de Sanidad dependientes del comando de cada fuerza. En 1975 se organizó el Sistema Nacional de Salud y se creó en forma independiente el Sistema de Salud para las Fuerzas Militares. En 1990 se expidió la Ley 10 que mantenía dicha exclusión, igualmente reafirmada en la Ley 100 de 1993, la cual origina la expedición del Decreto 1.301 del 22 de junio de 1994 que organiza la sanidad como el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, creándose el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares como establecimiento público del orden nacional del cual forma parte el Hospital Militar Central. De esta manera, se dejó de lado el viejo esquema de organización independiente de cada fuerza. Con el Instituto se buscaba cambiar la forma de administrar los recursos de la salud al centralizar en un solo ente el manejo de estos. De igual forma, con la expedición de la Ley 80 de 1993, la Policía Nacional, Departamento de Sanidad, comenzó a vincular a los profesionales de la salud por medio del contrato de prestación de servicios, estableciéndose entonces una relación de contratante-contratista. Por falta de apoyo administrativo de los comandos de las fuerzas, entre otras razones, en 1997 se suprimió el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares con la expedición de la Ley 352 de 1997, mediante la cual se creó la Dirección General de Sanidad Militar como una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares cuya función principal es la administración del Fondo Cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, organizado por Decreto 2.193 de 1997.



La Ley 352 de 1997 establece que el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares está constituido por el Comando General de las Fuerzas Militares, la Dirección General de Sanidad Militar, el Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea y el Hospital Militar Central. Sin embargo, en esta misma norma se establece que cada fuerza deberá organizar en su estructura las direcciones de sanidad militar que tendrán a su cargo la prestación de los servicios de salud a sus usuarios. Por iniciativa del Ministerio de Defensa Nacional, en el 2000 el Gobierno Nacional reforma la Ley 352/97 con la expedición del Decreto Ley 1.795 de 2000, por el cual se reestructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, norma que por Sentencia C-479 del 2003 de la Corte Constitucional, fue declarada parcialmente inexecutable en su articulado.

Años después se expide la Ley 1.033 del 2006, por la cual se establece la carrera administrativa especial para los empleados públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa. Luego viene el Decreto 091 del 2007, por el cual se regula el sistema especial de carrera del sector defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal (Ley 1.033 del 2006).

El Departamento de Sanidad de la Policía Nacional, Seccional Meta, está ubicado sobre la avenida principal vía antigua a Bogotá; cuenta con tres entradas, la principal al frente del barrio El Triunfo, para entrar al comando de la Policía Nacional; lateral derecho, barrio El Caudal, para entrar a Incorporación y lateral izquierdo, barrio La Esmeralda, para entrar a la Escuela de Carabineros “Eduardo Cuevas” y al Departamento de Sanidad.

■ La investigación en el entorno

El trabajo como un valor y un principio esencial del Estado, y como un derecho fundamental de las personas, se ha desvirtuado en la realidad colombiana, por la forma como se ha generalizado la modalidad del contrato de prestación de servicios con el fin de evadir la estabilidad laboral, las prestaciones sociales y la seguridad social, con una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real para ocultar las obligaciones laborales de ley. Se demuestra así una contradicción entre lo que ocurre en la práctica y lo que se pacta en el contrato, en consonancia con el principio constitucional que determina la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, tal como ocurre en la contratación de prestación de servicios por parte de la Policía Nacional, Departamento de Sanidad, Seccional Meta.

Es necesario que la sociedad retome el verdadero sentido del trabajo humano, que se ha desvirtuado por los abusos laborales que se están generalizando en nuestra sociedad. La Constitución Política de Colombia presenta el trabajo como un valor y un principio esencial del Estado, y como un derecho fundamental de las personas. El trabajo como realidad, inherente al hombre en una sociedad que lo legitima en el marco constitucional de Estado social de derecho, en el que prima la persona sobre otra realidad social del hombre, proyecta un gran ideal, que en la práctica se distorsiona por el sofisma del interés particular de minorías, que cada vez más, amasan riquezas por medio de la explotación laboral, olvidando el verdadero sentido social del trabajo como bienestar y bien común de la sociedad.

El modelo de contratación laboral en Colombia no garantiza ni satisface las necesidades vitales del hombre, ya que el trabajo se ha reducido a una forma de enajenación y alienación; se produce con una intención deliberada de simular una situación jurídica distinta de la real, para incumplir las obligaciones de una realidad contractual. Evade así su responsabilidad social de las obligaciones de una relación legal y reglamentaria, lo que da lugar a una contradicción entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos en los que es necesario darle prevalencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en los hechos que en verdad la determinan, siendo necesaria entonces la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad.

Por esta razón, el proyecto de investigación se orientó a la formulación del problema de tal manera que permitiera llamar el interés de la comunidad en general, con el fin de mejorar las condiciones y la calidad de vida de los trabajadores, describiendo y planteando una solución a la problemática laboral en la modalidad de contratación por prestación de servicios, especialmente entidades estatales, y de una forma concreta, en la Policía Nacional, Departamento de Sanidad, Seccional Meta.

■ Conclusiones

El trabajo es inherente al ser humano, y este a su vez transforma su realidad. El hombre transforma su entorno, buscando un bienestar común, que no se reduce en una simple compensación económica o adquisición de bienes, sino a realización personal; por esta razón, el trabajo no debe ser alienante.

La Constitución Política de Colombia establece que toda persona tiene derecho a un trabajo

en condiciones dignas y justas. Es importante que se brinden las garantías constitucionales y legales en el campo laboral para evitar que se vulneren los derechos de los trabajadores, porque se busca el desarrollo sostenible de la sociedad, el mejoramiento de la calidad de vida y la convivencia pacífica.

De igual forma, la Constitución y la ley presentan el trabajo como un derecho fundamental de las personas. Lamentablemente este principio se ha visto desvirtuado en la realidad, porque los empleadores del sector público y privado quieren tener la menor responsabilidad posible frente a las obligaciones con el trabajador, cuestión que ha llevado a una modalidad de contrato muy conocida como es la *prestación de servicios*, con el fin de evadir la estabilidad laboral, los aportes, las prestaciones y la seguridad social, con una intención deliberada de simular una situación jurídica distinta de la real, para incumplir las obligaciones de un contrato laboral.

El Estatuto General de Contratación de la administración pública colombiana⁶ y la jurisprudencia establecieron que

El contrato de prestación de servicios es un contrato con el Estado a través del cual se vincula una persona natural en forma excepcional, para suplir actividades o labores relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, o para desarrollar actividades especializadas que no puede asumir el personal de planta; si bien con él se materializa una relación contractual entre la entidad estatal que contrata y la persona natural, relación que no

⁶ Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la administración pública colombiana. Artículo 32: el contrato de prestación de servicios.



admite el elemento de subordinación de parte del contratista, quien actúa como parte autónoma e independiente sujeta a los términos del contrato y de la ley contractual, las características de las labores que a ellos se encomiendan, que tienen una relación directa con el servicio público, exigen de la administración un minucioso control sobre sus calidades y condiciones, similar al que debe adelantar cuando selecciona a las personas que vinculará como servidores públicos.⁷

Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar al derecho del pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria, si se trata de un trabajador oficial, o ante la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto al empleado público, tal como lo afirma la Sentencia C-154 de 1997.⁸

La modalidad de contratación estatal (prestación de servicios) con la Policía Nacional, Departamento de Sanidad, Seccional Meta, evidencia contradicción entre lo que ocurre en la práctica y lo que se pacta en el contrato, en consonancia con el principio constitucional, artículo 53, que determina que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-326 de 1997. Magistrado: Antonio Barrera Carbonell. Santa Fe de Bogotá, 10 de julio de 1997.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Santa Fe de Bogotá. 19 de marzo de 1997.

El principio de la primacía de la realidad sobre lo formal nos protege de abusos frente a modalidades contractuales, al determinar que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual, porque lo que interesa es lo que sucede en la práctica, más de lo que las partes hayan convenido o establecido en documento.

En resumen, los elementos esenciales que rigen todo contrato de trabajo son la prestación personal del servicio, la subordinación y un salario a título de retribución. Se advierte que estos tres elementos (tipificados en la relación contractual laboral del trabajador oficial) son diferentes a los establecidos en la misma Constitución Política respecto de la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos (relación laboral administrativa de derecho público).

La modalidad de contratación de los profesionales de la salud en la Policía Nacional, Departamento de Sanidad, Seccional Meta, es un contrato realidad porque se tiene un vínculo de relación estatutaria (legal o reglamentaria), que reúne los tres elementos esenciales de un contrato laboral. Aquí no importa cómo se ha llamado el contrato, lo que importa es lo que está sucediendo en la relación contractual, que en la realidad es un contrato de carácter administrativo estatutario que se ha venido prestado con los profesionales de la salud en la Policía Nacional; sin embargo, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, porque no reúne los requisitos formales del artículo 122 de la Constitución para considerarse como tal.

A los empleados públicos se les aplica el derecho administrativo relevante para ellos (relación legal y reglamentaria), de conformidad con el Capítulo II de la función pública (artículos 122-131 de la Constitución Política). Ellos son los titulares de

los derechos y obligaciones consagrados en la normatividad en los diferentes campos: situacional, de carrera, remuneracional, prestacional, disciplinario, etc. Además, los vinculados bajo esta modalidad son reconocidos como servidores públicos o empleados oficiales, aunque concretamente como empleados públicos —de acuerdo con el art. 123 de la Constitución— pueden ser de libre nombramiento y remoción o carrera administrativa, estos últimos vinculados de manera permanente.

La diferencia esencial entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios radica en la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico-científico y constituye el elemento esencial de este contrato. El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (art. 53 C.P.).

La encuesta permitió establecer cómo en la prestación de servicios con la Policía Nacional concurren los tres elementos del contrato de trabajo, determinándose entonces que existe una incongruencia entre lo pactado y la realidad. El reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, aunque algunas providencias reconocen los funcionarios públicos de hecho. Cuando se desvirtúa el contrato de prestación de servicios por cuanto se logra demostrar la existencia de un contrato laboral, la persona que fue vinculada como contratista tiene derecho a recibir una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de pagar.

El contrato por prestación de servicios es muy diferente al contrato laboral, ya sea a término fijo o término indefinido. Está regulado por los códigos Civil, Administrativo o de Comercio, según sea la actividad; el contrato laboral está regulado por el Código Sustantivo del Trabajo, mientras que los servidores públicos están regulados por disposiciones legales vigentes, de contratación administrativa. En la prestación de servicios no hay subordinación, lo que significa que el trabajador no debe acatar un horario ni órdenes permanentes, únicamente debe cumplir con el objetivo para el que ha sido contratado y en el plazo acordado.

Surge entonces una serie de interrogantes, ya que si a estos profesionales de la salud —subordinados, con similitud de labores con los profesionales de planta y una vinculación necesaria y permanente— no se les puede considerar empleados públicos porque no reúnen los requisitos legales, ni trabajadores oficiales porque el decreto reglamentario número 091 del 2007 no los considera como tal, pero tampoco son contratistas con autonomía de una relación contractual estatal, entonces, en estos casos ¿qué se debe hacer?, ¿cómo se llena este vacío jurídico?, ¿o se debe legislar al respecto sobre el problema planteado y hacer una propuesta de proyecto de ley? Al respecto, la jurisprudencia presenta los aspectos que se describen en los siguientes apartados.

Sentencia T-026 de 2001⁹

La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones

⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-026 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá. 18 de enero de 2001.



de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del Estatuto del Trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato. En un Estado social de derecho, fundado en el trabajo (art. 1 C.P.), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo. Este principio guarda relación con el de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas externas, consagrado en el artículo 228 de la Constitución en materia de administración de justicia. Más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa, a los ojos del juez y por mandato expreso de la Constitución, el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinan. Es esa relación, verificada en la práctica como prestación cierta e indiscutible de un servicio personal bajo la dependencia del patrono, la que debe someterse a examen, para que, frente a

ella, se apliquen en todo su rigor las normas jurídicas en cuya preceptiva encuadra.

Consejo de Estado

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, se aplican entonces los principios constitucionales del artículo 53 de la Constitución Política que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos. De acuerdo con los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) de los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) de los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) de los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria —cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial— o a la jurisdicción contencioso administrativa,

cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.¹⁰

El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. Vale la pena precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral como la mencionada no implica conferir al actor de que se trate la condición de empleado público pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado. Se indicó que en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios por cuanto se logra demostrar la existencia de un contrato laboral, la persona que fue vinculada como contratista tiene derecho a recibir una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de pagar. De acuerdo con lo anterior, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, 1 de julio del 2009. Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08).

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.¹¹

Para demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad que tiene el nominador para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo,

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Bogotá, 15 de junio del 2006. Radicación número: 08001-23-31-000-1996-10553-01(2603-05).



tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia¹² para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.¹³

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 en 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 Política. La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación,

la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado. No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: nombramiento y posesión; por esta razón, cuando el contratista desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.¹⁴

Del anterior análisis y síntesis de la jurisprudencia se concluye que en caso de contradicción entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge en documentos, se le da preferencia a lo primero,

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de fecha 29 de septiembre del 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca (C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro).

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá, 13 de marzo del 2008. Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00471-01(0087-07)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá, 19 de febrero del 2009. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).

es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. Esto se debe a la frecuencia con que se utiliza la modalidad de la contratación de prestación de servicios en la realidad colombiana y de una manera concreta, a la forma como se está vinculando al trabajador con el Estado, para evadir responsabilidades como la estabilidad laboral, las prestaciones sociales, los aportes y la seguridad social, en contravía del ordenamiento jurídico. La Constitución Política y jurisprudencia es clara al determinar que si se demuestra que tuvo lugar la prestación continuada de un servicio personal subordinado, prima entonces esa realidad.

■ Referencias

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre del 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.
- Consejo de Estado: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, 1 de julio del 2009. Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08).
- Consejo de Estado: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Bogotá, 15 de junio del 2006. Radicación número: 08001-23-31-000-1996-10553-01(2603-05).
- Consejo de Estado: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá, 13 de marzo del 2008. Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00471-01(0087-07)
- Consejo de Estado: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá, 19 de febrero del 2009. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).
- Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 125, sobre la carrera administrativa.
- Constitución Política de Colombia 1991. Título II. Capítulo I: De los derechos fundamentales. Derecho al Trabajo. Artículo 25.
- Constitución Política de Colombia. Artículos 122 al 131: Capítulo II: De la función Pública.
- Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Santa Fe de Bogotá. 19 de marzo de 1997.
- Corte Constitucional. Sentencia T-026 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá. 18 de enero de 2001.
- <http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/institucion/Organizacion/Organigrama/Estructura>. (4 de marzo de 2011).
- Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la administración pública colombiana. Artículo 32: el contrato de prestación de servicios.