

JAIME ALEJANDRO DÍAZ VARGAS

**EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA  
DE LA REALIDAD EN LAS  
RELACIONES LABORALES DE  
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**



Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 13

---

JAIME ALEJANDRO DÍAZ VARGAS

**EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA  
DE LA REALIDAD EN LAS  
RELACIONES LABORALES DE  
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Díaz Vargas, Jaime Alejandro

El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública / Jaime Alejandro Díaz Vargas. —Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda, 2012

240p. —(Serie documentos de investigación en derecho, no. 13)  
ISBN 978-958-8745-42-8

1. CONTRATOS DE TRABAJO 2. CONTRATOS DE SERVICIOS 3.DERECHO LABORAL I.  
Título

344.01 ed.21

Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 13  
EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LAS RELACIONES  
LABORALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Universidad Sergio Arboleda

© Jaime Alejandro Díaz Vargas  
jaime\_diazv@hotmail.com  
Teléfono: (575) 420 3838 - 420 2651

Primera edición: noviembre de 2012  
Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio  
sin previa autorización escrita del editor

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones  
de la Universidad Sergio Arboleda  
Calle 74 No. 14-14  
Teléfono: (571) 3257500 ext. 2131  
www.usergioarboleda.edu.co  
Bogotá, D.C.

Director editorial:  
Jaime Arturo Barahona Caicedo  
jaime.barahona@usa.edu.co

Diseño de carátula:  
Jimmy F. Salcedo Sánchez  
jimmy.salcedo@usa.edu.co

Diagramación:  
Luz Amparo Escobar Marín  
luza78@gmail.com

Impresión:  
Digiprint  
Bogotá, D.C.

ISBN: 978-958-8745-42-8

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo Uno</b>	
<b>ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION .....</b>	<b>17</b>
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	17
1.2 HIPOTESIS .....	19
1.3 JUSTIFICACIÓN .....	19
1.4 OBJETIVOS .....	20
1.4.1 General .....	20
1.4.2 Específicos .....	21
1.5 METODOLOGÍA .....	21
1.6 RESULTADOS ESPERADOS .....	22
<b>Capítulo Dos</b>	
<b>PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS .....</b>	<b>25</b>
2.1 CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL .....	26
2.1.1. Conceptos .....	27
2.1.2. Funciones .....	30
2.2. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD: CONCEPTOS, ALCANCES Y EFECTOS JURIDICOS .....	31
2.2.1. Doctrina extranjera .....	32
2.2.1.1. Manifestaciones doctrinales de Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez .....	32

2.2.1.2. Argentina .....	38
2.2.1.3. Perú .....	43
2.2.1.4. Venezuela .....	45
2.2.1.5. España .....	48
2.2.1.6. Otros países .....	52
2.2.2. Doctrina nacional .....	54
2.2.2.1. Concepto .....	55
2.2.2.2. Alcances y efectos jurídicos .....	58

### **Capítulo tres**

<b>EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO .....</b>	<b>65</b>
--	-----------

3.1	CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO .....	66
3.1.1.	Legal .....	67
3.1.2.	Constitución .....	73
3.1.3.	Jurisprudencia .....	76
3.1.3.1.	Corte Suprema de Justicia .....	76
3.1.3.2.	Consejo de Estado .....	82
3.1.2.3.	Corte Constitucional .....	88
3.2.	CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD .....	99
3.2.1.	Expresa consagración constitucional .....	99
3.2.2.	Es un principio protector del trabajo .....	100
3.3.	PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO .....	100
3.3.1.	Existencia de conducta o hecho tipo .....	101
3.3.2.	Existencia de un acuerdo o documento .....	103
3.3.3.	Oposición entre escritos, documentos o acuerdos y los hechos .....	103
3.3.4.	La prueba de los hechos .....	104

<b>Capítulo Cuatro</b>	
<b>EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS .....</b>	<b>107</b>
4.1. VINCULACIONES DE PERSONAL A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	108
4.1.1. Modalidad Estatutaria .....	110
4.1.2. Modalidad contractual .....	112
4.1.3. Auxiliares de la Administración .....	113
4.1.3.1. Supernumerarios .....	113
4.1.3.2. Contratistas de la administración .....	114
4.2. LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS .....	115
4.2.1. Antecedentes .....	116
4.2.2. Contrato de prestación de servicios y la relación laboral .....	129
4.2.3. Concepto de contrato de prestación de servicios personales .....	131
4.2.4. Características .....	135
4.2.5. Diferencias con el contrato laboral .....	139
4.2.6. Aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre los contratos de prestación de servicios administrativos .....	142
4.2.6.1. Conceptualización doctrinal .....	143
4.2.6.2. Conceptualización Jurisprudencial .....	147
<b>Capítulo Cinco</b>	
<b>PROPUESTAS DEL AUTOR .....</b>	<b>193</b>
5.1. PRIMERA PROPUESTA: RECONOCER UNA INDEMNIZACIÓN POR LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN .....	195

5.2.	SEGUNDA PROPUESTA: ESTABLECER UNA PRESUNCIÓN DE CONTRATO LABORAL A FAVOR DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE CARACTERICEN UNA RELACIÓN LABORAL .....	206
6.	CONCLUSIONES .....	219
7.	BIBLIOGRAFÍA .....	231



## ABREVIATURAS

C.S. del T:	Código sustantivo del trabajo
C.P:	Constitución Política
C.C:	Código Civil
CSP:	Corte Suprema de Justicia
CE:	Consejo de Estado
C Conts:	Corte Constitucional
D.S:	Decreto supremo
LCT:	Ley de Contrato de Trabajo.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
Sent:	Sentencia
Rad I:	Radicado Interno
Sec II:	Sección Segunda
Sec III:	Sección Tercera
Sec VI:	Sección Cuarta
Subsec A;	Subsección A
Subsec B;	Subsección B



## INTRODUCCIÓN

En Colombia desde la década de los noventa se experimenta una tendencia hacia la degeneración de las formas propias en las que se concreta la relación de trabajo, de hecho es cada vez más usual observar en la actualidad la utilización de otros modos de contratación de prestación de servicios personales que se encuentran al margen de la legislación laboral, produciendo de esta forma, un detrimento de los derechos y garantías laborales de quien se contrata bajo uno de estos modos, pero que el fondo se busca para que preste un servicio o efectúe una labor personal, bajo continuada dependencia y subordinación.

Estas formas de contratación no laborales e incluso los laborales sin vocación de permanencia en el tiempo, con las que se contrata servicios personales, vienen siendo utilizados indebidamente y frecuentemente en los sectores públicos y privados. Cabe resaltar que en el ámbito de la contratación estatal, se acentúa con el transcurrir de la vida nacional, como secuela de los procesos de reestructuración de la parte orgánica y burocrática del Estado, que obedecen a las exigencias de los también llamados procesos de globalización y deslaboralización.

La consigna que deja entrever la administración pública es una concepción donde el Estado tiende a contraerse en funciones, si antes fungía fundamentalmente como prestador de servicios y ejecutor de actividades con personal propio adscrito a la función pública, ahora se encamina a realizar labores de control, vigilancia y regulación, preservando en sus plantas de personal sólo el material humano necesario para garantizar la funcionalidad de las entidades que se dediquen a estas funciones.

No obstante, las entidades públicas que conforman el Estado se ven evocadas a recurrir a la vinculación de personal en aras de cubrir la demanda de funcionalidad que necesitan para poder operar institucionalmente. Es así como, verbigracia, acuden a la forma de contratación estatal estudiada, logrando con ello vincular a personas naturales, para que éstas dentro de un término estrictamente necesario, ejecuten funciones concernientes a dichas entidades, teniendo en cuenta que no pueden desarrollarlas con los funcionarios adscritos o porque requieren de conocimientos especializados.

Este modo no laboral de contratación estatal es imprescindible para obtener la colaboración de particulares que no pueden prestar sus servicios en las condiciones de laboralidad de un empleado público, sin embargo, como se estudia en este trabajo de investigación, viene siendo utilizado fraudulentamente por la administración público para someter a los contratistas a que en vez de prestarle un servicio personal de forma independiente y autónomo, lo hagan bajo dependencia y continua subordinación en las condiciones de un empleado público. Generando esta situación un desconocimiento de las normas laborales vigentes de carácter nacional e internacional, y además de las que regulan este modo de contratación estatal.

Ante este panorama, los contratistas que se sienten trabajadores al servicio del Estado, acuden a las instancias judiciales en busca del amparo de sus derechos y garantías laborales, en virtud del principio objeto del presente estudio. Es mediante este principio del derecho laboral, consagrado en la Constitución Política de Colombia (art: 53), que se logra la protección de sus prerrogativas de índole laboral.

Precisamente en este trabajo se realiza un análisis de la aplicación y operancia del principio de la primacía de la realidad

sobre las formalidades, en especial desde la perspectiva del denominado contrato de prestación de servicios estatal.

Para tal efecto, se examinan las consideraciones doctrinales más resaltables en el ámbito nacional e internacional sobre el principio en mención. Se destaca de manera especial la conceptualización desatada en la doctrina latinoamericana, la cual como se establece en esta investigación desarrolla extensamente el concepto de este principio. Ésta delimita los alcances y efectos jurídicos que se generan con la aplicación del principio, fundamentalmente la prevalencia de la primacía de la relación laboral ante cualquier forma que las partes adopten y como consecuencia el reconocimiento de las prerrogativas y garantías del trabajador.

Explorada la doctrina, se pasa a ubicar dentro del ordenamiento jurídico el principio de la primacía de la realidad. En el marco de este análisis, se examina primero la forma como indirectamente se encuentra reglado en el código sustantivo de trabajo. Segundo se determina como está consagrado directamente en la Constitución política y se establece que en esta se anuncia como “principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales<sup>1</sup>”. Y tercero, se analiza el concepto desde la jurisprudencia de las altas Cortes.

Develada la forma como se encuentra consagrado este principio dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se llega al análisis de su aplicabilidad en los modos de vinculaciones de personas a las entidades estatales, especialmente la que se efectúa mediante

---

<sup>1</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#53](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53)*

la contratación administrativa de servicios personales. Dentro de este estudio se examina primero la doctrina que se refiere a la aplicabilidad y operacionalidad del principio de la primacía sobre este modo de contratación estatal. Esta confluye en que se viene haciendo un mal uso de esta figura contractual, esencialmente porque se vinculan personas a la administración mediante una supuesta relación contractual, que a la postre termina convertida en una relación laboral, debido a que el contratista resulta prestándole un servicio personal, bajo dependencia y continua subordinación a una entidad pública. Y segundo se exponen los criterios jurisprudenciales emanados de las altas Cortes sobre las consecuencias jurídicas que conlleva establecer judicialmente la primacía del vínculo laboral, por virtud de la aplicación del citado principio. La jurisprudencia, en especial la del máximo tribunal administrativo y constitucional, se ocupa de delimitar la aplicación de este principio en los contratos de prestación servicios, la cual en la actualidad básicamente gira en torno a reconocer la primacía de la relación laboral y el reconocimiento de los derechos prestacionales que se causen, bajo el entendido de que en virtud de ello no se confiere el status de empleado público.

Ahora, ante la necesidad de evitar el uso indebido del modo de contratación estatal por prestación de servicios personales, se plantean dos posibles soluciones con las cuales se contribuye a la guarda de las garantías y derechos de los presuntos contratistas, quienes finalmente terminan convertidos en empleados estatales. Con ello, también se busca concientizar a la administración pública sobre el uso razonable conforme a Ley de esta forma de contratación, porque de lo contrario las arcas del Estado se seguirán desangrando con las condenas que se le imponen judicialmente, representativas de los derechos patrimoniales no cancelados en su momento contractual a los contratistas que resultan prestándole

un servicio personal, bajo continua dependencia y subordinación. Estas soluciones se tratan se anuncian y tratan a fondo en el CAPÍTULO 5 de este trabajo.





## **Capítulo Uno**

### **ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION**

A fin de que el lector conozca el proceso previo investigativo que antecedió la presente obra que lleva por nombre *“EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”*, y que además facilitará la comprensión de las partes restantes, se agrupan en este capítulo sus elementos más relevantes, como lo son: el planteamiento del problema, las hipótesis, la justificación de la elección del tema, los objetivos, la metodología y los resultados esperados.

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En Colombia en la actualidad se percibe la creciente contratación de servicios personales a través de formas no laborales en el sector privado y público. En este último, se vienen utilizando la forma de contratación administrativa de prestación por servicios para obtener la colaboración de personas independientes a la administración que no pueden prestar sus servicios en las condiciones de laboralidad requeridas por un empleo público. No obstante, a la par se viene haciendo un mal uso de este modo de contratación pública, toda vez que las entidades estatales la utilizan para someter a los contratistas, a que le presten un servicio personal de manera dependiente y bajo continua subordinación.

Esta problemática, viene siendo abordada por la jurisprudencia nacional conforme al principio consignado en su artículo 53,

denominado como “la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales<sup>2</sup>”. No obstante, y como se palpa de la lectura de la doctrina jurisprudencial, la aplicación del principio se extiende parcialmente, llegando a procurar una indemnización a favor del contratista reducido a trabajador, la cual equivale a los valores correspondientes a prestaciones sociales dejadas de recibir.

Este tratamiento jurisprudencial se percibe de tal forma, debido a que no se concretiza legislativamente una Ley que contenga el anhelado estatuto del trabajo, para su pleno ejercicio, la cual incluya en forma efectiva este principio. Entonces frente a esto cabe plantear las siguientes preguntas:

En forma general: ¿Es la “primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales<sup>3</sup>” un principio Constitucional de aplicación inmediata?

En el aspecto fáctico: ¿Por qué se vulnera en la administración pública el principio de “la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales<sup>4</sup>” en la prestación de servicios personales?

Visto lo anterior, se sitúa el problema de la investigación en la actual aplicación e inaplicación del estudiado principio Constitucional, cuando se contratan temporalmente personas naturales en las diferentes

---

<sup>2</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#53](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53)*

<sup>3</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#53](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53)*

<sup>4</sup> *Ibíd.*,

entidades públicas a través de la forma no laboral denominada como contrato administrativo de prestación por servicios.

## **1.2. HIPOTESIS**

Mediante la aplicación judicial del principio de la primacía de la realidad se debe procurar la protección de todos los derechos y garantías laborales de quienes, en el marco de un contrato administrativo por prestación de servicios personales, resultan prestándole un servicio personal a la entidad pública contratante, bajo dependencia y continua subordinación.

Con la indebida y fraudulenta contratación administrativa de prestación de servicios personales, por medio de la cual las entidades públicas compelen a los contratistas independientes a prestarle sus servicios personales, se vienen trasgrediendo los derechos y garantías laborales que estos tendrían como trabajadores.

Por ello, cuando estos acuden a las instancias judiciales para conseguir el amparo de sus prerrogativas laborales, en ésta, conforme al referido principio, por lo regular se le reconocen derechos y garantías laborales a los que haya lugar de conformidad con el derecho al trabajo.

## **1.3. JUSTIFICACIÓN**

Con la necesidad de que se analice en su totalidad el cuerpo normativo sobre el cual descansa el principio de la primacía de la realidad sobre las formas laborales, a fin de asimilar su funcionalidad y comprender la aplicabilidad del mismo a las relaciones laborales de carácter estatal, en especial las que surgen como consecuencia de una aparente o fingida contratación administrativa por prestación de servicios personales, nace el interés de este investigador en realizar la presente tesis.

Además, a partir de este análisis se podrán construir propuestas u ofrecer soluciones jurídicas tendientes a evitar y al tiempo sancionar el uso fraudulento e indebido de la mencionada figura contractual, lo cual conllevará a proteger los derechos y garantías laborales de los contratistas transformados en trabajadores. En esto sobre todo, radica la importancia de haber seleccionado el tema objeto de estudio, puesto que, no se pueden seguir acolitando las flagrantes violaciones al derecho al trabajo, seguridad social, igualdad, entre otros, a la que son sometidos los supuestos contratistas de la administración pública en el marco de este modo de contratación pública, que en ultimas se transmuta en un silencioso modo de vinculación de personal a los entes del Estado.

Cabe destacar que, con este trabajo se dota al lector de una herramienta teórico-práctica con la que pueden argumentar o fundamentar el rechazo de la forma contractual de prestación de servicios personales, cuando a través de la misma se sometan a los contratistas independientes a que presten sus servicios personales, pero no con la debida dependencia y libertad propia y distintiva de este modo de contratación, sino con subordinación y dependencia, condiciones esenciales que guían una relación laboral.

## **1.4. OBJETIVOS**

### **1.4.1. Objetivo General:**

Realizar un análisis desde el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales estatales, esencialmente en las que surgen a partir de la indebida y fraudulenta utilización de la forma de contratación administrativa de prestación de servicios personales.

#### 1.4.2. Objetivos específicos:

- *Examinar* las consideraciones doctrinales de talla nacional e internacional sobre principio de la primacía de la realidad en materia laboral, y al tiempo, su alcance y efecto jurídico.
- *Demarcar* el principio de la primacía de la realidad sobre las formas dentro del ordenamiento jurídico Colombia.
- *Analizar* la aplicabilidad del principio de la primacía de la realidad sobre la forma de contratación administrativa de prestación de servicios personales.
- *Proponer* soluciones tendientes a evitar que las entidades públicas usen la contratación administrativa por prestación de servicios para encubrir relaciones laborales.

#### 1.5. METODOLOGÍA

La presente investigación es de tipo Jurídica, teniendo en cuenta que se analiza una cuestión de la órbita del derecho laboral administrativo, que también se podría decir, linda con el Constitucional. Esta investigación se guió bajo los linderos del método inductivo con apoyo en el método analítico, como quiera que se hace un completo análisis de la literatura jurídica y normatividad relacionada con la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales de carácter estatal, en especial aquellas que se pueden originar durante el desarrollo fraudulento o aparente de un contrato de prestación de servicios administrativo. Dicho sea de paso, valga aclarar al lector, que este investigador cuando se refiere a la normatividad, no sólo se refiere a la ley, sino también a la jurisprudencia. De igual forma, se evocó a un análisis del

tema objeto de estudio desde el derecho comparado, en aras de explorar el tratamiento del precitado principio laboral en otros ordenamientos jurídicos, a sabiendas que el mismo, y como se constata en este trabajo, fue un aporte del derecho latinoamericano a la literatura jurídica universal.

Para la consecución de este trabajo se apeló a la tradicional recolección de información calificada contenido en revistas, libros, artículos, tesis, memorias, ponencias o documentos validos y reconocidos, ubicados en bibliotecas o archivos públicos. Así mismo, y es importante resaltarlo, se recurrió al internet en procura de obtener las fuentes mencionadas contenidas en bases o banco de datos especializados, máxime cuando se sabe que mediante éste recurso es posible “navegar por el ciberespacio e ingresar en importantes sistemas informáticos de todo el mundo. Se pueden consultar a una gran velocidad y en varios idiomas tanto fuentes de primera mano (libros y artículos electrónicos), de segunda mano (abstracts, o reseñas y resúmenes de libros), y de tercera mano (bibliografías, índices de autores, etcétera)”<sup>5</sup>.

## 1.6. RESULTADOS ESPERADOS

Conocer ampliamente el desarrollo conceptual del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral, para así, establecer su alcance y de este modo determinar los derechos y garantías laborales a los que se tienen derecho.

Develar la problemática que a nivel de contratación pública genera el uso de la contratación administrativa de prestación

---

<sup>5</sup> CIENFUEGOS SALGADO, David y López Olivera Miguel (Coord). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz: Derecho internacional y otros temas: [En línea]. México, Universidad Autónoma de México, 2005, [30 - 03- 2011], Serie Doctrina Jurídica (Núm. 217), Formato html. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1628> ISBN 970-32-2508-X Ps. 258-259*

por servicios personales cuando con ella se quiere excusar la existencia de una relación laboral.

Proponer soluciones jurídicas, aplicables a los eventos en los que se logre probatoriamente establecer la primacía de la relación laboral en vez de una contractual, de modo que se logre reconocer el máximo de derechos y garantías laborales a favor del contratista Independiente que termina sirviendo a la entidad publicas en las condiciones de laboralidad que caracterizan un empleo público.





## **Capítulo Dos**

# **PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS**

El objeto del presente capítulo, es examinar las consideraciones doctrinales extranjeras y nacionales referentes al anunciado principio, nombrado también dentro del derecho laboral universal como: primacía de la realidad; “prima de la verdad de los hechos sobre la apariencia de los acuerdos; valen los hechos y no el nomen iuris o verdad formal; los documentos no cuentan frente a los datos de la realidad y la verdad vence a la apariencia<sup>6</sup>”. Agotar este estudio es sumamente importante, a fin de conceptualizar y contextualizar uno de los pilares que integran los principios fundamentales del derecho laboral.

Con la exploración de las diferentes concepciones doctrinales sobre el estudiado principio del derecho laboral, se logrará conocer los efectos y alcances del mismo.

Todo esto a su vez, contribuirá a encontrar los fundamentos para demarcar la trascendencia y aplicabilidad del mencionado principio en el ámbito de las contrataciones y vinculaciones temporales de personal que realiza la administración pública o entidades estatales en Colombia. Tema que se tratará en el capítulo segundo y tercero.

---

<sup>6</sup> VÁSQUEZ VIARLAD. Antonio. *Tratado de derecho al Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1982. p. 271. t II

## 2.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO LABORAL

Dentro de esta investigación, resulta de recibo conceptualizar sobre los principios del derecho laboral, con la finalidad de dilucidar el alcance y trascendencia que estos ostentan de conformidad a la literatura universal del derecho al trabajo, no sin antes hacer una breve referencia de la concepción de principios generales del derecho.

En una visión amplia sobre el concepto, Roberto García<sup>7</sup>, refiriéndose a los principios del derecho enseña que estos son líneas directrices mediante las cuales se justifican racionalmente todo ordenamiento jurídico. Son ideas jurídicas directivas, o pautas generales de valoración. Ello quiere decir, que no son normas jurídicas en sentido técnico, puesto que, se caracterizan por no contener una indicación vinculante de carácter inmediato, para un determinado campo de problemas.

Para Guillermo Guerrero Figueroa<sup>8</sup>, los principios del derecho constituyen la base primordial de la organización jurídica laboral. Son los fundamentos inspiradores y definitorios del sentido de las disposiciones de derecho laboral con criterio diferente de las otras disciplinas jurídicas. Además este autor determina que, algunos de estos principios sirven también de lineamientos “orientadores en la interpretación de sus normas, y otros como fuentes de las mismas<sup>9</sup>”.

---

<sup>7</sup> PRADO, Juan José y GARCIA MARTINEZ, Roberto. *Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires: Eudeba, 1986 .p.31.

<sup>8</sup> GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. *Principios Fundamentales del derecho al trabajo*. Santa Fe de Bogotá. ; Leyer, 1999. p. 31.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 31.

### 2.1.1. Conceptos

Aterrizando en la concepción de los principios de derecho laboral, cabe resaltar que la doctrina, teniendo en cuenta la finalidad que persigue el derecho del trabajo, viene elaborando un cuerpo de principios comunes que constituyen las “directivas que inspiran el sentido de las normas laborales, de acuerdo con criterios distintos de los que se dan en otras ramas jurídicas. Aquéllos operan a modo de líneas fundamentales e informadoras que inspiran directamente soluciones que sirven, no ya sólo para la sanción, sino también para la interpretación de la norma y para la resolución de casos concretos<sup>10</sup>”.

Américo Pla Rodríguez, haciendo una síntesis de las nociones doctrinales sobre dichos principios en su obra los *Principios del Derecho al Trabajo*, concibe categóricamente que estos son “las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que puede servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y los casos no provistos<sup>11</sup>”.

Según Guerrero son: “Los postulados que inspiran, y definen el sentido de las normas laborales con criterio diferente del de las otras disciplinas jurídicas<sup>12</sup>”.

Por su parte, Julián Arturo de Diego denomina como principios generales de derecho laboral a “las reglas o pautas inmutables que

---

<sup>10</sup> VÁSQUEZ VIALARD. Antonio. *Derecho del trabajo y la seguridad social*. 8ª ed. Buenos Aires; Astrea, 1999. p. 118. t I.

<sup>11</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 2ª ed. Buenos Aires; Depalma. 1978. p. 9.

<sup>12</sup> GUERRERO. *Principios Fundamentales del derecho al trabajo*. Op.cit., p. 31.

rigen la materia y que tienen por fin salvaguardar la dignidad del trabajador y protegerlo de los eventuales abusos del empleador, además de preservar la unidad sistemática y orientar al intérprete como al legislador dentro de la rama específica<sup>13</sup>”.

Como se puede colegir de los conceptos citados, la rama del derecho del trabajo se distingue universalmente dentro del derecho por contar con principios propios.

Con todo, es imperioso señalar cuáles son, como se clasifican y consagran dichos principios conforme a la doctrina extranjera y nacional.

Siguiendo a García<sup>14</sup>, quien en su obra *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* luego de efectuar un análisis de los principios del derecho laboral anunciados por los doctrinantes Plá Rodríguez, Justo López, Montoya Melgar, Luiz De Pinho Pedreira da Silva y Fernández Madrid, señala que estos son:

- Principio Protector
- Principio de la Irrenunciabilidad
- Principio de la Continuidad de la Relación Laboral
- Principio de la Primacía de la Realidad
- Principio de la Razonabilidad
- Principio de la Buena Fe

Es menester aclarar que los citados principios, no son la totalidad de los que pertenecen a la rama del derecho laboral,

---

<sup>13</sup> ARTURO DE DIEGO, Julián. *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 5ª ed. Buenos Aires; Abeledo-Perrot. 2002. p. 106.

<sup>14</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc. 1998, p.136.

sin embargo, este autor encontró que sobre estos existe un gran consenso doctrinal, y en razón a ello es que se citan.

Retomando el tema, cabe destacar que algunos doctrinantes distinguen entre principios políticos y jurídicos. Los primeros, se encuentran contenidos en la Constitución. “Estos integran un programa que define la meta -polos- que deben alcanzar las normas positivas. En cambio, los jurídicos constituyen criterios formales aplicables en cualquier circunstancia de tiempo y de lugar<sup>15</sup>”.

En este sentido, en materia laboral Guerrero<sup>16</sup> clasifica a los principios laborales en dos grupos: 1) los expresamente Consagrados en la Constitución, los cuales tienen el valor de inspirar la referida legislación; y 2) los eminentemente jurídicos reconocidos en forma expresa o tacita, en los diferentes textos que sirven de regulación del derecho del trabajo.

Con relación a la consagración o positivización los precitados principios dentro de los distintos ordenamientos laborales, como principios que son, por lo general la norma los acoge, pero no los refiere directamente, aunque, en ocasiones lo que anuncia es el presupuesto. Parafraseando Vásquez, “se caracterizan por su amorfismo; de ordinario no tienen un procedimiento técnico de exteriorización<sup>17</sup>”. Además “la concreción de éste en la Ley puede quitarle fecundidad; su “cristalización” tal vez llegue a “congelar” su función inspiradora de soluciones<sup>18</sup>”.

---

<sup>15</sup> VÁSQUEZ. *Derecho del trabajo y la seguridad social. Op.cit.*, p. 119.

<sup>16</sup> GUERREO. *Principios Fundamentales del derecho al trabajo. Op.cit.*, p. 31

<sup>17</sup> VÁSQUEZ. *Derecho del trabajo y la seguridad social. Op.cit.*, p. 119.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 119.

### 2.1.3. Funciones

Como funciones de los principios generales o fundamentales del derecho pueden indicarse las siguientes: a) informativa, b) integradora, c) normativa, d) interpretativa y e) unificadora.

- a) **Informativa.** Los principios orientan la labor del legislador en la realización de las leyes para que estas se encuentren acordes a ellos. Son las bases del derecho positivo; actúan como el fundamento del ordenamiento jurídico para inspirar la actividad del legislador.
- b) **Integradora.** Los principios “buscan integrar el sistema dentro de una unidad sistemática que ofrezca seguridad, evitando con ello los desvíos asistemáticos que producen desfases, tanto al legislador cuando elabora la Ley como al intérprete cuando se aspira a resolver los conflictos con base a la unidad del sistema o subsistema bajo consideración<sup>19</sup>”.
- c) **Normativa.** Los principios actúan subsidiaria o supletoriamente en ausencia de la Ley. “Tiene una función supletoria para el juez o para el intérprete, ya que se debe recurrir —entre otras pautas— a los principios generales para suplir los vacíos de la ley<sup>20</sup>”.
- d) **Interpretativa.** Los principios, por ser pautas permanentes, ilustran y orientan la actividad del intérprete, “ya sea frente a una acción judicial, ya sea para adecuar la norma abstracta al caso particular, en el marco de las relaciones laborales<sup>21</sup>”.

---

<sup>19</sup> ARTURO DE DIEGO. *Op.cit.*, p. 107.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 107.

e) *Unificadora*. Los principios “tienden a armonizar el sistema evitando que los institutos pierdan el rumbo adecuado, o que por efecto de interpretaciones radicales, o de la constante creación de normas (legales o convencionales), se cambie el sentido o el objetivo intrínseco de los valores y fines custodiados. Con ello se logra que las normas abstractas y su aplicación práctica al caso concreto guarden una adecuada interrelación<sup>22</sup>”.

## 2.2 EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE REALIDAD: CONCEPTOS, ALCANCES Y EFECTOS JURIDICOS

Para consideración de este autor, se puede decir que la conceptualización del analizado principio es, un aporte de la doctrina Americana a la literatura universal del derecho laboral, porque han sido algunos notables doctrinantes latinoamericanos, los encargados de conceptualizarlo en su mayor extensión. Es así cómo se observa que, a los juristas y académicos como el Uruguayo Américo Plá Rodríguez<sup>23</sup> y el Mejicano Mario de la Cueva<sup>24</sup>, se les debe el desarrollo conceptual de este principio.

Las posiciones doctrinales de los precitados juristas fueron y aún siguen siendo citadas en distintas obras donde se aborda el estudio

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>23</sup> Fue un destacado académico y jurista. (N. 1919 - 2008). Su estudio sobre el principio de la primacía de la realidad es quizás un trabajo reconocido y quizás uno de los más importantes dentro de la literatura del derecho laboral, éste se ve reflejado en las diferentes ediciones de la obra *LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL* la cual fue publicada por primera vez en 1975.

<sup>24</sup> Fue un destacado académico y jurista. (N. 1901 - 1981). Su estudio sobre el principio de la primacía de la realidad data desde 1943 cuando en su obra *EL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO* hace alusión como “contrato realidad” o “marco del contrato”. Igualmente el fallecido maestro Mario de la Cueva se refiere al precitado principio en otra de sus obras de varias ediciones que tituló *EL NUEVO DERECHO MEXICANO AL TRABAJO*.

de este principio de derecho laboral. Incluso, también se observa como los máximos Tribunales y Altas Cortes de Latinoamérica, escudriñan en sus jurisprudencias los planteamientos erigidos por dichos doctrinantes en torno a este principio fundamental del derecho al trabajo. Por consiguiente, en el presente trabajo se mencionaran de manera especial las manifestaciones teóricas más destacadas de los fallecidos maestros Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez relacionadas al principio de la primacía de la realidad.

### **2.2.1. Doctrina Extranjera**

Como se indicó en párrafos anteriores, los juristas y académicos Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez, aportaron al derecho laboral universal el desarrollo conceptual del principio en comento. En razón a ello, y por vigencia de sus posiciones doctrinales, estas son de obligado repaso en el presente capítulo, antes de revisar otros aportes realizados por la doctrina foránea.

Las otras manifestaciones doctrinales sobre la primacía de la realidad que se trataran provienen de Argentina, Perú, Venezuela, España, Ecuador, Costa Rica y Republica Dominicana.

#### **2.2.1.1 Manifestaciones doctrinales de Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez**

Para el maestro Mejicano De La Cueva<sup>25</sup>, la relación de trabajo reposa esencialmente en la realidad de los hechos que la preceden, y no de lo pactado entre el empleador y el trabajador, por ende, al desarrollarse una relación laboral contractual, donde se topa a una persona natural que presta servicios personales a otra, ya sea

---

<sup>25</sup> DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 2ª Ed. Porrúa. México. 1943. p. 381.



natural o jurídica, bajo continua dependencia y subordinación, se estará en presencia de un contrato realidad. Éste no nace del “acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y que es ésta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia<sup>26</sup>”.

El contrato de trabajo, comenta De la Cueva<sup>27</sup>, es el primer momento de la vida laboral, esto abre paso a todo cuanto con ello se relaciona, pero no es sino hasta el momento en que la labor empieza a prestarse cuando se está frente a su existencia real como figura jurídica, ya que podrá existir acuerdo de voluntades, coincidencia total entre los términos con la actividad que vaya a realizarse, aceptación de las condiciones impuestas, por parte del trabajador, pero no darse la relación de trabajo, al ser éste el efecto del contrato o sea su ejecución.

Por consiguiente, De la Cueva aludiendo a la concepción del citado principio, establece que:

“La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia no de lo que las partes hubiesen pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Secelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva; cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor”<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 381.

<sup>27</sup> DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Citado por BARAJAS MONTE DE OCA, Santiago. *Derecho del Trabajo*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.C, 1990. p. 8.

<sup>28</sup> DE LA CUEVA. *Derecho Mexicano del Trabajo*. *Op.cit.*, p. 381.

Como corolario de la real relación jurídica de trabajo dependiente surgida entre empleador y trabajador, deberá protegerse el contrato que refleja la realidad de los hechos. Sobre el particular continua diciendo De La Cueva que “el aspecto esencial en la vida de las relaciones obrero-patronales, es la relación de trabajo, o sea, el hecho mismo de la prestación de un servicio, el cual hecho determina, por sí solo, la aplicación del derecho del trabajo, cualquiera que haya sido la voluntad de las partes<sup>29</sup>”, por ende, para procurar el amparo del derecho laboral “no basta el contrato, sino que se requiere la prestación efectiva de la tarea, y que ésta determina aquella protección aunque el contrato fuera nulo o no existiera<sup>30</sup>”.

Por su parte, Américo Plá, quien recogió la conceptualización realizada por Mario de la Cueva, al ocuparse sobre la concepción del analizado principio indica que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos<sup>31</sup>”. Agrega el citado autor que: “en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control<sup>32</sup>”, en pocas palabras, para el jurista, será válido lo que ocurra en la realidad por encima de los acuerdos formales o aparentes contratos.

Para Plá<sup>33</sup>, “el desajuste entre los hechos y la forma puede tener diferentes procedencias”, las cuales pueden:

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 381.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 381

<sup>31</sup> PLÁ RODRÍGUEZ. *Op.cit.*, p. 243.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 243.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 256 - 257.

- a) “Resultar de la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. Diferencia que puede versar sobre todos los aspectos del contrato las partes, las tareas, los horarios, las retribuciones. Etc.
- b) Provenir de un error, ya sea imputable a ambas partes o a una de ellas;
- c) Derivar de una falta de actualización de los datos. El contrato de trabajo es un contrato dinámico en el cual van cambiándose continuamente las condiciones de la forma como se presta en servicio. Para que los documentos y las plantillas reflejen fielmente todas las modificaciones producidas, deben ser permanentemente actualizadas;
- d) Originarse en la falta de cumplimiento de requisitos formales. Algunas veces, para ingresar o ascender en un establecimiento se requiere la formalidad del nombramiento por parte de determinado órgano de la empresa o el cumplimiento de cualquier otro requisito que se había omitido”<sup>34</sup>.

En cualquiera de las cuatro hipótesis antes descritas, hay que tener presente que siempre “los hechos predominan sobre las formas, por tanto, no es imperioso entrar a analizar y pesar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que realmente suceda en la relación laboral, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios de que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades<sup>35</sup>”.

---

<sup>34</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*, Citado por FIGUEROA, Guillermo. *Principios fundamentales del derecho al trabajo*. Santa Fe de Bogotá. Leyer. 1999. p. 94.

<sup>35</sup> PLÁ Citado por FIGUEROA. *Principios fundamentales del derecho del trabajo*. Op.cit., p. 95.

El expuesto concepto sobre la primacía de la realidad elaborada por el maestro Uruguayo, se fundamenta según Miguel Ángel Bravo<sup>36</sup> en los siguientes criterios: a) buena fe; b) dignidad Humana; c) desigualdad de las partes y d) autonomía de la voluntad de las partes.

a) **Buena fe.** Con relación a éste, Plá explica que “la realidad refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad<sup>37</sup>”, y muy a pesar que no siempre la oposición entre “los hechos y los documentos provenga de la mala fe, lo cierto es que la afirmación de la primacía de los hechos – es decir, de la verdad sobre la ficción – sirve para cubrir tanto aquellas divergencias inspiradas intencionalmente, como las procedentes de simple error involuntario, sin necesidad de obligar a la discriminación precisa del grado de intencionalidad existente en cada caso<sup>38</sup>”.

La buena fe referida por éste académico como fundamento de éste principio, no es considerado como tal por Decap, puesto que, de acuerdo a éste autor citado por Bravo, “no siempre la oposición entre los hechos y los documentos o acuerdos provienen de la mala fe, sino que también se produce por error<sup>39</sup>”.

---

<sup>36</sup> BRAVO ARRIAGADA, Miguel Ángel y ROSAS CHUAQUI, José Miguel, *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo. Tesis de grado para optar al título de abogado. Santiago de Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. p.23*

<sup>37</sup> PLÁ RODRÍGUEZ. *Op.cit.*, p. 263.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p.263.

<sup>39</sup> DECAP CARRASCO, Patricio. *El Principio de la Primacía de la Realidad en la Relación Individual de Trabajo, Citado por: BRAVO ARRIAGADA, Miguel Ángel y ROSAS CHUAQUI, José Miguel, Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo. Tesis de grado para optar al título de abogado. Santiago de Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. p.24*

**b) Dignidad humana.** En lo referente a la dignidad humana el autor precitado señala:

“Dado que el efecto principal del contrato es la prestación de la actividad humana, parece claro que ese hecho – que en algún grado participa de la dignidad procedente de la actividad humana – debe prevalecer sobre un elemento puramente elemental y especulativo, como puede ser el texto de un contrato [...] el derecho laboral regula la actividad humana, que aunque pueda originarse en la obligación emergente de un contrato, se desprende luego de su texto para adquirir vida independiente”<sup>40</sup>.

**c) Desigualdad.** En lo tocante a la desigualdad de las partes, lo cual se constituye en el sentido contrario del derecho a la igualdad, el jurista comentado hace alusión a ello, para resaltar que cada “trabajador no suele tener independencia para discutir de igual a igual con su empleador, para que el documento que refleje el contenido del contrato se ajuste plenamente a la realidad. La forma de corregir toda posible anomalía en ese sentido consiste justamente en darle prioridad a lo que ocurre en la práctica<sup>41</sup>”.

**d) Interpretación racional de la voluntad de las partes.** Por último, Plá sobre este criterio como fundamento del principio objeto de estudio, recalca:

---

<sup>40</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*, Citado por BRAVO ARRIAGADA, Miguel Ángel y ROSAS CHUAQUI, José Miguel, *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo. Tesis de grado para optar al título de abogado. Santiago de Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. p.24*

<sup>41</sup> *Ibid.*, p.24

“Se ha entendido siempre que en materia de contratos consensuales, la modificación que en la práctica se va operando en la forma de cumplimiento de un contrato revela una forma de expresión del consentimiento tácito para modificar el contenido del pacto primitivo. En esta materia, lo que ocurre es que los hechos revelan la voluntad real de las partes, ya que si el contrato se cumple de determinada manera es porque las dos partes consienten en ello. Y ese consentimiento tácito – pero indiscutiblemente, válido y claro debe prevalecer sobre el texto escrito primitivo por ser posterior, y sobre cualquier documento procedente de una sola de las partes, por ser bilateral”<sup>42</sup>.

Repasadas las más destacadas manifestaciones teóricas de este principio, edificadas por los maestros Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez, se entrará a examinar inmediatamente algunos conceptos realizados por otros doctrinantes extranjeros sobre este principio fundamental del derecho laboral. A la par, se referenciarán los efectos y alcances jurídicos reconocidos en las legislaciones a la cual pertenecen los autores.

### **2.2.1.2. Argentina**

El doctrinante argentino Antonio Vásquez Vialard, determina que el principio analizado en el presente trabajo, “es un principio general del derecho que en el del trabajo presenta rasgos muy particulares. Conforme a éste, cuando no hay correlación entre los que ocurrió en los hechos y lo que se pacto o se documentó, hay que dar primacía a los primeros. Prima la verdad de los hechos (no la forma) por sobre la apariencia<sup>43</sup>”.

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p.24.

<sup>43</sup> VÁSQUEZ. *Derecho del trabajo y la seguridad social. Op.cit.*, p. 138.

Así mismo, Estela Milagros Ferreirós, expresa que el citado principio “hace prevalecer, en caso de discordancia, lo factico, es decir, lo que realmente ocurre, sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera<sup>44</sup>”, además puntualiza que, “Mario de la Cueva fue quien le dio contenido al principio, ya que señaló que “la relación de trabajo, una vez iniciado el servicio, se desprende del acto que le dio origen y adquiere una vida independiente, que quedará sometida a las disposiciones legales y normas completarías<sup>45</sup>”.

En consecuencia, sobre los *efectos jurídicos* del principio de la realidad Vásquez determina que “las estipulaciones contractuales por escrito (que no son frecuentes en derecho del trabajo), no tienen más que un valor de presunción, que cae ante la prueba de los hechos. Se impone éstos sobre la denominación o calificación que las partes atribuyen a la relación contractual<sup>46</sup>”.

En igual sentido, Ferreirós indica que el “convenio celebrado no es óbice para que el trabajador sostenga que la realidad de su prestación configura un trabajo subordinado, aún cuando se haya dicho que se trata de servicios libres y dependientes del Código Civil, debiendo imponerse la realidad, porque el Derecho del Trabajo no protege los acuerdos de voluntades celebrados como tales, sino la energía del trabajo del hombre<sup>47</sup>”.

En armonía a lo anterior, Mario L. Deveali a su vez explica que puede presentarse la relación de trabajo sin existencia formal de

---

<sup>44</sup> FERREIRÓS, Estela Milagros. *Principio de Primacía de la Realidad*. En: *Sociedad Argentina de Derecho Laboral*. [En línea]. [Consultado el 20 de marzo de 2010]. Disponible en: [http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio\\_De\\_Primacia\\_De\\_La\\_Re/principio\\_de\\_primacia\\_de\\_la\\_re.html](http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio_De_Primacia_De_La_Re/principio_de_primacia_de_la_re.html)

<sup>45</sup> *Ibid.*,

<sup>46</sup> VÁSQUEZ. *Derecho del trabajo y la seguridad social*. *Op.cit.*, pp. 138 - 139

<sup>47</sup> FERREIRÓS. *Op.cit.*

un contrato, porque “la mayoría de las normas que constituyen el derecho del trabajo se refieren más que al contrato, considerado como negocio jurídico y a su estipulación, es a la ejecución que se da al mismo con la prestación del trabajo; y la aplicabilidad y los efectos que de aquella dependen, más que al tenor de las cláusulas contractuales, de las modalidades concretas de dicha prestación<sup>48</sup>”. Añade, “también en esta oportunidad la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual<sup>49</sup>”.

Como anota Guillermo Cabanellas de Torres<sup>50</sup>, muchas veces se trata de encubrir la actividad que desarrolla un empleado con la forma propia de un trabajador independiente. Este hecho es tan frecuente que los jueces se ven avocados a determinar no que el contrato “es simulado, y sí simplemente establecer la verdadera naturaleza de la prestación. En esta forma, las disposiciones del Código Civil sobre la simulación de contratos se borran para penetrar en el contrato realidad, esto es, en la ejecución de la prestación de un trabajo, deduciendo de ello sus caracteres esenciales para llegar a la determinación de la naturaleza del vínculo que liga a las partes<sup>51</sup>”.

Ahora bien, sobre los *alcances y la consagración jurídica* de este principio dentro del ordenamiento jurídico Argentino, Vásquez<sup>52</sup> destaca la importancia del mismo para resolver las situaciones en los casos de simulación o de fraude laboral referidos en el artículo 14 de la Ley de Contrato de Trabajo. Estos según éste, son tan frecuentes en la práctica, para no cumplir con los requerimientos

---

<sup>48</sup> DEVEALI, Mario L. *La novación objetiva y subjetiva en el Contrato de Trabajo*. GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. *Manual de derecho del trabajo*. 6ª Ed. Bogotá D.C. Leyer. 2008. p. 284

<sup>49</sup> *Ibid.*,

<sup>50</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Introducción al derecho laboral*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1960. p. 392. VI.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 392. VI.

<sup>52</sup> VÁSQUEZ. *Derecho del trabajo y la seguridad social*. *Op.cit.*, pp. 138 - 139



mínimos de la norma. En tales eventos, se tiene en cuenta la realidad, y no lo pactado. “Las cláusulas simuladas o fraudulentas son reemplazadas ope legis por las que correspondan en virtud de las disposiciones de orden público laboral que se hubieren violado (Arts. 7º, 13 y 14, LCT) <sup>53</sup>”

Conociendo el efecto de la lógica del principio de la realidad, lo cual conlleva a apartarse de las cuestiones de pruebas relacionadas con la clase de negociación generada por la relación, el precitado autor continua diciendo, “se presume la existencia del contrato de trabajo con sólo acreditar que se ha cumplido la prestación (relación de trabajo dirigido, ver a; art. 23, párr. Io, LCT). Puede hacérsela por cualquier medio, sin perjuicio de los modos autorizados por las leyes procesales (art. 50, LCT)<sup>54</sup>”.

No obstante, “quien sostiene que la prestación de trabajo humano no corresponde a una causa laboral (podría serlo de carácter comercial -sociedad, civil -servicios benévolos, amistosos, de vecindad, “religiosos”-; a, b y f) tiene que acreditar “que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven”, no posee ese carácter (art. 23, párr. Io, LCT)<sup>55</sup>”.

Con la descrita presunción se impedirá la utilización de figuras simuladas que no reflejan la real relación contractual laboral. Sobre el particular apunta el profesor Argentino lo siguiente:

“Con el propósito de evitar la utilización de figuras simuladas (societarias o de otra índole), opera la referida presunción “en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario [la propia ley lo define, art.

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 138 - 139

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 139

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 139

5o, LCT; ver 76] a quien presta el servicio” (art. 23, párr. 2o). Al respecto, la norma legal establece pautas precisas para distinguir entre la prestación de trabajo propia del derecho comercial y la del derecho laboral (art. 27, LCT; f, y 74, b). Admite que entre una persona y otra (física o jurídica) pueden darse ambas figuras a la vez. No obstante la calidad de socio, se da esa situación cuando el que realiza la prestación del servicio está sujeto “a recibir instrucciones o directivas que se le impartan” (o puedan impartírsele) para el cumplimiento de la actividad que realice habitualmente. Además, la ley contiene normas precisas para determinar la responsabilidad solidaria (de esa manera ahuyenta la posibilidad de la utilización de figuras fraudulentas) del “empleador encubierto”, en los casos de interposición de “uno” que se limita a contratar trabajadores para “proporcionarlos” a otros (arts. 29 y 29 bis, LCT;), o de quien contrata o subcontrata trabajos o servicios que corresponden a la actividad normal y específica que desarrolla (art. 30, LCT). Esa misma clase de responsabilidad se extiende a las empresas madres respecto de sus subordinadas, y las que se hallan relacionadas dentro de un mismo conjunto económico, “cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria” (art. 31, LCT)”<sup>56</sup>.

Con todo, Ferreirós<sup>57</sup> expresa que la “más clara e importante violación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades es: el fraude. Tal situación queda configurada cuando la conducta obedece a la letra de la ley, pero, a la vez, con ella se viola su finalidad; su télesis y/o su espíritu. Entonces nos encontramos frente al fraude a la ley”.

---

<sup>56</sup> *ibíd.*, p. 139-140

<sup>57</sup> FERREIRÓS. *Op.cit.*

### 2.2.1.3. Perú

El jurista peruano Miguel Ángel Silva Ormeño sobre el principio estudiado precisa que, “es aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica; aclara que en él se busca establecer la existencia o no de una relación laboral, a fin de protegerla a la luz de normas jurídicas imperantes<sup>58</sup>”.

Por aplicación de este principio, de acuerdo a Javier Arévalo Vela:

“Los documentos donde consta la celebración de contratos civiles, mercantiles o de cualquier otra naturaleza, no tienen más que un valor probatorio de presunción el que pueden perderlo, si al verificarse lo ocurrido en la práctica se demuestra que la suscripción de dichos documentos ha servido para un fraude o simulación orientados a eludir el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la legislación laboral. En este caso de deberá declarar la existencia de un contrato de trabajo y reconocer al trabajador los derechos que le corresponden con arreglo a la ley”<sup>59</sup>.

Sobre *los alcances y efectos jurídicos*, comenta Silva<sup>60</sup> que este principio es trascendental en el establecimiento y determinación

---

<sup>58</sup> SILVA ORMEÑO, Miguel Ángel. *El principio de la primacía de la realidad*. En: *Derecho y cambio social*. [En línea]. 2008, Vol. 5 No. 14: [Consultado el 18 de Febrero de 2010]. Disponible en [http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#\\_ftn1](http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#_ftn1)

<sup>59</sup> ARÉVALO VELA, Javier. *Los principios del derecho al trabajo*. En: *Actualidad laboral*. [En línea]. Junio 2001, No. 300. [Consultado el 03 de Mayo de 2010]. Disponible en [http://www.revista-actualidadlaboral.com/biblioteca/pdf/revistas/2001/al\\_06\\_01.pdf](http://www.revista-actualidadlaboral.com/biblioteca/pdf/revistas/2001/al_06_01.pdf) p. 8

<sup>60</sup> SILVA. *Op.cit.*,

de la relación laboral oculta, “la misma que como tal, tiene elementos que van a servir para identificarla, que son: la prestación personal, el pago de una remuneración y la subordinación<sup>61</sup>”. Además resalta “que en los casos en los que estemos frente a estos tres elementos, la relación contractual existente no puede ser otro que una de naturaleza laboral (no obstante que se pretenda hacer creer que es una relación contractual de naturaleza civil o de otro tipo) y para ello resulta muy útil el principio de la primacía de la realidad<sup>62</sup>”.

Como resultado ineludible de la aplicación del mencionado principio, comenta Arévalo<sup>63</sup>, se presenta una presunción de existencia de relación laboral, la misma que fue recogida en el párrafo artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuando esta norma establece que: “*En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado*<sup>64</sup>”.

En suma, Silva comentando a Montes explica que, “el tema de la veracidad (o principio de primacía de la realidad) es un instrumento procesal que debe utilizar el magistrado al momento de resolver un conflicto dentro de un proceso (entiéndase laboral); por ello para aplicar este principio no se tiene como base subjetividades, sino cuestiones objetivas, por ello una vez que los hechos son demostrados, estos no pueden ser neutralizados por documentos o formalidad alguna<sup>65</sup>”.

---

<sup>61</sup>*Ibid.*,

<sup>62</sup>*Ibid.*,

<sup>63</sup>ARÉVALO. *Op.cit.*, p.8

<sup>64</sup>MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Ley de productividad y competencia laboral. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 03 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS\\_003\\_1997\\_TR.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_003_1997_TR.pdf)*

<sup>65</sup>ROMERO MONTES, Francisco Javier, “El Principio de veracidad o principio de la realidad”. En SILVA ORMEÑO, Miguel Ángel. *El principio de la primacía de la realidad. En: Derecho y cambio social. [En línea]. 2008, Vol. 5 No. 14: [Consultado el 18 de Febrero de 2010]. Disponible en [http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#\\_ftn1](http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#_ftn1)*

Con relación a la consagración legal del principio dentro del ordenamiento jurídico Peruano, Silva<sup>66</sup> manifiesta que este principio no fue recogido directamente en la Constitución; que antes del año 2000 dicho principio sólo gozaba de un reconocimiento jurisprudencial y doctrinal, y que a partir de este año se vienen expidiendo la normatividad que lo acoge, la cual de acuerdo al autor la componen: el “artículo 3 del Decreto Legislativo N° 910 Ley General de Inspecciones de Trabajo<sup>67</sup>”; “desarrollado por el artículo 3 del Decreto Supremo 020-2001-TR<sup>68</sup>”. También “en el artículo 9 Reglamento de la Ley de Inspecciones de Trabajo norma modificada por el D.S. 010-2004-TR se recoge el principio; y actualmente es reconocido por el artículo 2 de la Ley N° 28806 nueva Ley General de Inspecciones de Trabajo y el artículo 3 de su Reglamento aprobado por D.S. 019-2006-TR<sup>69</sup>”.

#### **2.2.1.4. Venezuela**

El doctrinante Venezolano Cesar Augusto Carballo Mena, sobre el principio estudiado ilustra que, éste supone “desentrañar la verdad más allá de la mera apariencia y de las formalidades que pudiere revestir un determinado acto, de lo cual se desprende que este principio no es exclusivo del derecho del Trabajo<sup>70</sup>”. En efecto, según éste autor, “la calificación que las partes hubieren atribuido al negocio jurídico celebrado o las manifestaciones expresadas con la intención de caracterizarlo de una determinada manera, ceden espacio ante la verdadera naturaleza del los mismos<sup>71</sup>”.

---

<sup>66</sup> *Ibid.*,

<sup>67</sup> *Ibid.*,

<sup>68</sup> *Ibid.*,

<sup>69</sup> *Ibid.*,

<sup>70</sup> CARBALLO MENA, Cesar Augusto. *Derecho laboral Venezolano. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2008. p.183.*

<sup>71</sup> *Ibid.* p.183,

Aterrizando en el ámbito laboral y sobre *los alcances jurídicos* del principio de la primacía de la realidad, Carballo<sup>72</sup> comenta que éste es eficiente e importante para dilucidar los casos de encubrimiento o disimulo de la relación laboral que surgen entre empleador y trabajador desde el momento mismo en que éste último, se ofrece para prestar servicios subordinados y manifiesta su determinación ante aquel que fungirá de patrono, quien “le notifica que a tal efecto es menester cumplir con ciertos requisitos que pretenden la deslaboralización del negocio jurídico a celebrar; corrientemente ello supondrá atribuirle los caracteres de un contrato de naturaleza civil o mercantil<sup>73</sup>”. Esta exigencia de condiciones efectuadas por el empleador es común, ya que el trabajador por lo regular, es compelido a obtener “la remuneración que le permita entender sus necesidades y las de su familia, como se ha destacado en múltiples oportunidades, podemos entonces entender por qué el patrono logra efectivamente imponerle las condiciones que estime convenientes, esta vez, con la intención de evadir la legislación laboral y la de la seguridad social, prevaliéndose de su superioridad económica<sup>74</sup>”.

En efecto, es así como se observa la utilización por parte del empleador de figuras contractuales, por lo general civiles o mercantiles, e incluso llega hasta la constitución de una persona jurídica<sup>75</sup> mediante la cual actuar, y de tal modo, obviar los efectos de un contrato de trabajo. De allí, como afirma Oscar Hernández Álvarez, “la realidad de los hechos, tal como ocurren en la práctica cotidiana, tenga primacía frente a las apariencias formales que puedan adoptar las partes mediante declaraciones

---

<sup>72</sup> *Ibid.* p.176.

<sup>73</sup> *Ibid.* p.177.

<sup>74</sup> *Ibid.* p.177.

<sup>75</sup> *En Colombia es muy común la utilización de personas jurídicas como sociedades por acciones simplificadas y contratación sindical, para simular o encubrir las relaciones contractuales.*

de voluntad, independientemente de que las mismas sean espontáneas o producto de la presión ejercida sobre una de ellas o de que sean emitidas en ausencia de dolo o de que envuelvan una intención fraudulenta<sup>76</sup>”.

Este principio, ampliamente comentado, reviste una particular importancia en la forma de calificación de disimulos o encubrimientos del contrato o de la relación de trabajo, puesto que:

“Con base en él, los jueces laborales deben trascender las fronteras de las formalidades que reviste un determinado negocio jurídico, y adentrarse en ese mundo caracterizado por la incertidumbre que genera en los terceros ajenos al mismo, de la voluntad real de las partes contratantes y en especial de quien se le atribuye las condición de patrono. Para los jueces, ello involucra un compromiso sumamente complejo pues supone dejar de un lado la visión formalista y estática del Derecho”<sup>77</sup>.

Por consiguiente, ante los aparentes y fraudulentos contratos con los que se busca encubrir la relación laboral, de acuerdo a Hernández<sup>78</sup>, se erige el principio de la primacía de la realidad como un pilar que actúa como mecanismo de defensa aplicable en innumerables eventos, en donde las partes intervinientes esencialmente el empleador, pretenden soslayar la ley laboral con los casos fraudulentos o simulados.

---

<sup>76</sup> HERNANDEZ ALVAREZ, Oscar. *La Prestación de Trabajo en Condiciones de Fraude o Simulación. Consideraciones Generales y Propuesta para una Reforma de la Legislación Laboral Venezolana. En Estudios Laborales en Homenaje a Rafael Alfonzo Guzmán.* UCV Ediciones. Caracas, 1986, p. 405. T I

<sup>77</sup> CARBALLO. *Op.cit.*, p.184.

<sup>78</sup> HERNANDEZ. *Op.cit.*, págs. 397-406.

Ahora, en lo referente a la *consagración y efectos jurídicos* del principio analizado, según “el cual los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son<sup>79</sup>”, de acuerdo a Victorino Márquez Ferrer<sup>80</sup>, éste se encuentra reconocido dentro del ordenamiento venezolano “de manera general en los artículos 89.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el 8.C del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo”. La Carta mencionada, determina que “ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad de los derechos y beneficios laborales<sup>81</sup>”, y en consecuencia, “en las relaciones laborales prevalecerá la realidad sobre las formas o apariencias<sup>82</sup>”. Y la ley orgánica citada, señala que, predominará la “primacía de la realidad o de los hechos, frente a las formas o apariencia de los actos derivados de las relación jurídico laboral<sup>83</sup>”.

#### 2.2.1.5. España

En opinión de este autor, es menester anotar previamente que la doctrina del país Ibérico, no ha abordado el concepto del principio referenciado, tan extensamente como si lo ha realizado la doctrina latinoamericana. Además, este principio no se encuentra consignado o reconocido expresamente en la Constitución y tampoco en la ley.

---

<sup>79</sup> MARQUEZ FERRER, Victorino. *Estudios sobre la relación de trabajo*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2002. p.43.

<sup>80</sup> *Ibid.*, 44

<sup>81</sup> GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 03 de junio de 2010]. Disponible en: <http://www.gobiernoenlinea.gob.ve/docMgr/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.pdf>

<sup>82</sup> *Ibid.*,

<sup>83</sup> GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. *Reglamento de la ley Orgánica del Trabajo*. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 03 de junio de 2010]. Disponible en: <http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/reglamentoleyorgtrabajo.pdf>



Las referencias conceptuales efectuadas sobre el principio en España se encuentran irradiadas en algunos estudios de temas laborales relacionados con los elementos o presupuestos del contrato de trabajo, el fraude a la ley y la simulación en materia laboral.

Así se observa cómo, Tomas Sala Franco<sup>84</sup> al analizar los elementos calificadores de contrato de trabajo, los cuales según éste son: 1) “los hechos objetivos<sup>85</sup>”; 2) “la presunción de laboralidad<sup>86</sup>”; 3) “los indicios de dependencia<sup>87</sup>” y 4) “ajenidad y los factores sociopolíticos<sup>88</sup>”, resalta que durante el proceso de calificación necesariamente intervendrán los siguientes factores: a) “la irrelevancia de la calificación que hicieran las partes de la naturaleza jurídica de una relación determinada<sup>89</sup>”, y b) En el análisis de los hechos objetivos, lo cual se efectuará con base a los criterios o elementos constitutivos del contrato de trabajo.

De lo anterior, se recalca que Sala al ocuparse del primer factor, indirectamente hace referencia al principio estudiado cuando señala; “el análisis de los hechos objetivos u obligaciones constituidas o practicadas será el único elemento relevante a efectos de calificación, deduciendo la existencia de un contrato de trabajo, no de lo que las partes digan, sino de lo que las partes hagan<sup>90</sup>”. Aúna que la jurisprudencia (STS de 27 de abril de 1998, Ar/3870) afirma que “la naturaleza de los contratos es la que resulte de su contenido, abstracción hecha de la denominación dada por las partes<sup>91</sup>”.

---

<sup>84</sup> ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *et al. Compendio del derecho del trabajo. 2ª Edición.* Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. p. 23-24. V 2.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 23-24. V 2.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 23-24. V 2.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 23-24. V 2.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 23-24. V 2.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 23-24. V 2.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 23. V 2.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 23. V 2.

Ante el breve concepto del citado autor, se topa con el efectuado por el doctrinante Eugenio Pérez Botija, quien sobre el mismo sostiene:

“De la conducta de dos personas, puede deducirse la existencia de un contrato de trabajo, aun cuando los propios interesados tuvieran interés en negar ( para burlas, por ejemplo, seguros sociales, ley de jornada, etc)... Como el contrato existe, o al menos, a efectos legales se presume siempre existente, desde que una persona preste trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, aunque los sujetos de una relación laboral no quieran el contrato, e incluso afirme expresamente ante un órgano publico que su relación de servicio no constituye contrato de trabajo, este producirá efectos”<sup>92</sup>.

Continúa diciendo Pérez, “la suposición de la existencia del contrato entre quien da trabajo o utiliza servicio y el que lo presta, fúndase en la idea del consentimiento tácito, aún cuando los propios interesados tuvieran interés en negarlo”<sup>93</sup>. Por ende, Pérez y Clark precisan que “el contenido del contrato laboral se desprenden más de la conducta de las partes y de sus actos tácitos que de una prestación formal del consentimiento”<sup>94</sup>.

Con relación a los *alcances y efectos jurídicos* del examinado principio, a opinión del autor, se considera que estos se develan de lo preceptuado en el artículo 53 numerales 3 y 5 del Estatuto de los Trabajadores. Sobre esta regulación Juan López Gandía<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> PEREZ BOTIJA. Eugenio. *El contrato de trabajo: Comentarios a la ley, doctrina y Jurisprudencia*. 2ª Edición. Madrid. Afrodísio Aguado S.A. 1954. p. 126.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 126

<sup>94</sup> CLARK, Daniel Lindley. “*The Law of de employment of labor*”. Citado por: Pérez Botija, Eugenio. *El contrato de trabajo: Comentarios a la ley, doctrina y Jurisprudencia*. 2ª Edición. Madrid. Afrodísio Aguado S.A. 1954. p. 126.

<sup>95</sup> ALBIOL MONTESINOS. *Et al. Op.cit*, p. 100-103. V 2.

ilustra en primera instancia que, el artículo 15.3 de dicho estatuto, consagra una presunción de contratación laboral indefinida cuando los contratos temporales se celebren fraudulentamente y contrariando a la ley. En segunda instancia el mismo estatuto en su artículo 15. 5 introduce un supuesto de presunción de derecho, *iuris et de iure*, de utilización indebida de contratación temporal, que necesariamente favorece la necesidad estable y permanente o presunción a favor de la fijeza en el empleo. Se trata con esta presunción de derecho, rechazar la indebida contratación temporal sucesiva con el mismo trabajador, favoreciéndolo con la contratación laboral a término indefinido.

Ahora bien, para entender esta figura jurídica es necesario distinguir el fraude de Ley y la contratación ilegal. Según López<sup>96</sup> la contratación ilegal se produce al no presentarse las exigencias de causalidad (ajenidad como condición de la subordinación), alta en la seguridad social, y cuando la contratación no se denuncia y se prorroga más allá del término. Este sistema opera bajo el sistema de presunción *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario de la naturaleza temporal.

El fraude a la ley, explica López<sup>97</sup> que tiene su origen cuando a pesar de la legalidad de la forma del contrato, o aparentemente legal la contratación temporal, su finalidad cambia totalmente, desvirtuando la realidad objetiva de la relación jurídica, persiguiendo conseguir un objetivo contrario a la Ley, perjudicando la fijeza del trabajador, es decir evitando la contratación a término indefinido. Cuando la contratación temporal se hace en fraude a la Ley, opera la presunción *iuris et de iure*, por tiempo indefinido, sin posibilidad alguna de prueba en contrario.

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, pp. 100-103. 2 v.

<sup>97</sup> *Ibid.*, *Et al.* pp. 100-103. 2 v.

### 2.2.1.6. Otros países

Sumada a las conceptualizaciones antes descritas, en las siguientes líneas se procederá a señalar, la importancia, los alcances y manifestaciones doctrinales de este principio en otros países de Latinoamérica.

En Costa Rica, el profesor Fernando Bolaños Céspedes<sup>98</sup> aludiendo a la importancia del principio investigado cita y reseña la sentencia de febrero 04 de 2000 de la Sala de Casación Laboral, la cual indica que de acuerdo a lo reglado en el artículo 15 del Código del Trabajo, los casos no previstos en dicha disposición deben ser resueltos por los principios generales del derecho, destacándose entre ellos este principio, el cual indica que los hechos prevalecen sobre las formas o apariencias.

En República Dominicana, Carlos Hernández Contreras<sup>99</sup>, refiriéndose al principio comenta que, éste es la base fundamental del derecho del trabajo, razón por la cual el legislativo lo incorporó como principio fundamental del Código del Trabajo Dominicano. Además se soporta una vasta línea jurisprudencial, la cual refleja que “los tribunales han podido aceptar la existencia de un contrato de trabajo tras constatar que una persona prestaba servicios a un empleador, aún cuando no figurase en la Planilla de Personal (Sent. 22 Ene. 1998, B.J. 1046, p. 312). Igualmente, ha sido en base a este principio que la jurisprudencia ha descartado

---

<sup>98</sup>BOLAÑOS CÉSPEDES, Fernando. *Organización compleja de empresas y sus efectos en el derecho del trabajo: Una visión costarricense*. Revista Latinoamericana de derecho social. [En línea]. Julio – Diciembre de 2009. No. 9. p.p. 3-28. [Consultado el 10 de marzo de 2010]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/9/art/art1.pdf>. ISSN 1870-4670 p. 15.

<sup>99</sup>HERNÁNDEZ CONTRERAS, Carlos. *El Abandono y la Terminación del Contrato de Trabajo*. En: *Derecho Laboral*. [En línea] 2006; [Consultado el 24 de Febrero de 2010]. Disponible en: <http://www.gacetajudicial.com.do/derecho-laboral/abandono-contrato-trabajo.html>

una terminación por mutuo acuerdo con una mujer embarazada, cuando en realidad se trataba de un desahucio encubierto (Sent. 24 Mar. 1999, B.J. 1060, p. 935)<sup>100</sup>”.

En Ecuador, Santiago Guerrón Ayala<sup>101</sup> luego de estudiar el concepto de la primacía de la realidad de Américo Plá, explica que este principio adquiere especial importancia en materia laboral, ya que tiende a evitar que el empleador soslaye sus obligaciones como tal, al disfrazar la relación laboral simulando una realidad de diversa naturaleza, con la intención de perjudicar a su trabajador o incluso a terceros. Adicionalmente, Guerrón establece que este principio se encuentra develado en las disposiciones 12 y 21 del Código del Trabajo Ecuatoriano cuando en estos se hace referencia al contrato tácito.

Por último, el doctrinante ecuatoriano señala que este principio está “directamente relacionado con el principio protector, pues, el legislador, en su afán de tutelar los derechos de los trabajadores, supone la existencia de una relación laboral; en cuyo caso y de suscitarse un conflicto individual de trabajo, se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole al supuesto empleador desvirtuar la existencia de dicha relación<sup>102</sup>”.

En Uruguay, sumado a lo expuesto por Américo Plá Rodríguez, recientemente el profesor Juan Raso Delgue<sup>103</sup>, al resaltar la proliferación de contratos de arrendamiento de servicios en su país, lo cual atribuye en parte a las nuevas modalidades de trabajo en el sector de los servicios que pueden legitimar este

---

<sup>100</sup> *Ibíd.*,

<sup>101</sup> GUERRÓN AYALA, Santiago. *Flexibilidad laboral en Ecuador*. Ecuador. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar. 2003. p. 35-36.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, p. 35-36.

<sup>103</sup> RASO DELGUE, Juan. *La contratación atípica del trabajo*. Montevideo. Editorial Amalio M. Fernández. 2000. p. 212-213

tipo de contrato y en parte a los acuerdos simulados tras los cuales se esconden verdaderos contratos de trabajo, señala que es importante la aplicación del principio en los señalados contratos, puesto que, “en esta materia como en otras del campo laboral, se impone el principio de la realidad. La verdad prima sobre las formas, por lo que en definitiva todo pronunciamiento sobre la legitimidad de un contrato de arrendamiento de servicios se difiere a la comprobación de la presencia o ausencia del elemento ‘subordinación’ en la prestación laboral<sup>104</sup>”.

### 2.2.2. Doctrina Nacional

En opinión de este investigador, cabe anotar previamente que el principio repasado, comenzó a desarrollarse doctrinalmente de forma esplendorosa desde que el mismo quedó expresamente consignado en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, pues antes de la entrada en vigencia de la Carta, la doctrina y la jurisprudencia, en especial la del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, escudriñaban la conceptualización realizada por la doctrina foránea, específicamente la expuesta por los fallecidos tratadistas Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez.

Sobre la consagración Constitucional de este principio, el jurista Francisco Escobar Henríquez<sup>105</sup> resalta la trascendencia del hecho de que por primera vez se incluyera en la Constitución Política una serie de principios del derecho laboral, entre ellos el referenciado; lo cual refleja la necesidad que tuvo el constituyente de elevar a canon constitucional principios que reflejan la esencia del derecho laboral.

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*, p. 213.

<sup>105</sup> ESCOBAR ENRIQUEZ, Francisco. *Los principios del derecho laboral en la Nueva Constitución*. En: *Revista Actualidad laboral*. No. 48. Bogotá D.C. Legis. Noviembre – Diciembre de 1991. p. 12

### 2.2.2.1. Conceptos

El maestro Guerrero se refiere a este principio en particular para significar que, “prima siempre la verdad de los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Lo que interesa es lo que suceda en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido o establecido en documentos<sup>106</sup>”.

Para Jairo Villegas Arbeláez, quien también identifica este principio como un mínimo fundamental en materia laboral, hace alusión a que el mencionado “consigna que la realidad es prevalente y determinante frente a las formas o el papel, y no a la inversa, como es la creencia generalizada y deformada por el procedimiento<sup>107</sup>”.

Por otro lado, ha sido quizás la doctrina de las Altas Cortes de Colombia los órganos que con mayor arraigo se han referido al principio, y aunque antes de 1991, como ya se expresó, se fundamentaban esencialmente en los planteamientos doctrinarios de Mario de La Cueva y Américo Pla, a partir del mencionado estadio han sido estos órganos judiciales, en especial la Corte Constitucional, los que a través de sus jurisprudencias se han encargados de develar el concepto, los alcances y efectos jurídicos de este principio en el tráfico laboral.

Ahora bien, examinando las manifestaciones doctrinales de las altas Cortes, las cuales se tocan ampliamente en el capítulo dos del presente trabajo, es dable resaltar algunos de los conceptos emitidos por estas atinentes al principio en el marco de su avance jurisprudencial.

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 94

<sup>107</sup> VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales*. Octava edición, Bogotá D.C. Legis, 2008. p., 179

La Corte Suprema de Justicia - Sala laboral, en Sentencia de Casación de Noviembre 27 de 1957 refiriéndose al analizado principio precisa que, “dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato<sup>108</sup>”.

Luego, según Freddy Rolando Pérez Huerta, la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia de abril 24 de 1975, “expresa con relación a la aplicación del principio de la primacía de la realidad que, la relación de trabajo puede existir aun cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual ha de atenerse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen del propio contrato, sino de las pruebas<sup>109</sup>”.

Sin hacer tantas elucubraciones sobre las manifestaciones doctrinales expuestas por la mencionada Corte, en opinión de este autor, se puede inferir que estas son un reflejo de las posiciones expuestas por el maestro Mario de la Cueva. También se arribará a dicha conclusión, cuando se repasen otras sentencias de esta Corte que se refieran al principio. Verbigracia la sentencia de casación laboral de diciembre 01 de 1981, la cual se fundamenta en el legado doctrinal del autor citado y el también doctrinante Américo Pla Rodríguez. Cabe destacar que fue en esta sentencia

---

<sup>108</sup>CSJ Laboral, 01 Dic. 1981. (GJ. XCI – 1157). Citado por: PEREZ HUERTAS, Freddy Rolando. *El principio de la primacía de la realidad en el contrato individual de trabajo. Tesis de grado para optar al título de abogado. Santa Fe de Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. 1990. p.63*

<sup>109</sup>PEREZ. *Op.cit.*, p. 64.



donde, en palabras de Pérez, “magistralmente, el doctor Fernando Uribe Restrepo, plantea y enarbola muy en alto el principio de la primacía de la realidad como uno de los fundamentales en el derecho del trabajo<sup>110</sup>”. La referida providencia será expuesta en el **Capítulo 3** de esta obra.

Por otro lado, después de la promulgación de la Constitución de 1991, ha sido la Corte Constitucional el tribunal que esencialmente viene ocupándose del desarrollo conceptual de este principio.

En tal sentido, doctrinantes como Guillermo Guerrero Figueroa; Clara C. Dueñas Quevedo; Germán E. Avendaño Murillo y Jairo Villegas Arbeláez, al ocuparse sobre su concepto citan la memorable Sentencia C – 023 de enero 27 de 1994 de la Corte Constitucional, la cual sobre este principio categóricamente precisa:

“El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo substancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo substancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política”<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup>*Ibid.*, p. 63.

<sup>111</sup>*C Const, C-023/1994, V. Naranjo. Citado por: GUERRERO. Principios Fundamentales del derecho al trabajo. Op.cit., p.98; VILLEGAS. Op.cit., p.16; AVENDAÑO MURILLO, Germán E. La Constitucionalización de los derechos laborales. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley. 2009. p. 70. Parte I y DUEÑAS QUEVEDO, Clara C. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008. pp. 77-78*

Hasta esta parte del estudio, se puede decir que este principio es un pilar del derecho de trabajo acogido en el seno de la doctrina laboralista de Colombia; que en situaciones conflictivas entre patrón-trabajador donde presuntamente existe una relación laboral se viene aplicando desde mediados del siglo pasado; que el desarrollo conceptual nacional se encuentra altamente influenciado por la doctrina foránea y que este principio está expresamente recogido en la Constitución de 1991 como un principio fundamental del derecho laboral.

### **2.2.2.2. Alcances y efectos jurídicos**

En la actualidad el principio repasado, catalogado como uno de los principios “mínimos fundamentales para proteger al trabajador por cuenta ajena<sup>112</sup>”, pertenece a los fundamentos del derecho del trabajo y se halla expresamente estatuido en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991. Esta disposición anuncia el presupuesto de dicho principio en el siguiente tenor: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: [...] primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales<sup>113</sup>”.

Aparte de este fundamento que ostenta el principio en Colombia, como comenta Avendaño<sup>114</sup>, parte de una presunción de existencia del contrato de trabajo, la cual está estipulada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y regla: “se

---

<sup>112</sup>GUERRERO. *Principios Fundamentales del derecho del trabajo. Op.cit.*, p. 31.

<sup>113</sup>CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#53](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53)*

<sup>114</sup>AVENDAÑO MURILLO, Germán E. *La Constitucionalización de los derechos laborales. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley. 2009. p. 72. Parte I*

presume que toda relación de trabajo personal, está regida por un contrato de trabajo<sup>115</sup>". De conformidad a esta disposición, "la prestación del servicio basta para que nazcan a la vida jurídica todas las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, porque la actividad laboral no es gratuita, es decir que basta demostrar la existencia de una relación de trabajo, para que se suponga ejecutada mediante un contrato<sup>116</sup>".

La citada presunción es de tipo legal, por ende, admite prueba en contrario. Esta corre a cargo del empleador, quien debe probar que no se presentó ni subordinación ni continuada dependencia de parte del trabajador, es decir, tendrá que probar que éste no presto un servicio personal a su favor, sino que estableció con él un vínculo o contrato de tipo civil, comercial u otra índole, menos laboral, contenida o no en un documento. Frente a esto, le corresponderá al trabajador demostrar la efectiva prestación del servicio, puesto que en ella se funda la presunción. Acreditada esta, el contrato aparente, fraudulento o simulado de presunta naturaleza civil o comercial con el que se pretendía encubrir la relación laboral se desvanecerá, para dar paso la realidad de lo hechos, lográndose con ello la primacía de la realidad, y en consecuencia la protección del trabajador por parte del derecho laboral.

En armonía con lo anterior, Figueroa<sup>117</sup> apoyándose en el desarrollo doctrinario realizado por Américo Plá, comenta sobre el principio que el mismo constituye en materia laboral una verdadera protección para el trabajador, que tiene por finalidad el

---

<sup>115</sup>CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Código Sustantivo del trabajo. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#24](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#24)*

<sup>116</sup>AVENDAÑO. *Op.cit.*, p. 72. *Parte I*

<sup>117</sup>GUERRERO. *Principios Fundamentales del derecho del trabajo. Op.cit.*, p. 95

mismo no sea marginado de las circunstancias fácticas mediante la adopción de algunas figuras jurídicas que disimulan la realidad.

No obstante, continúa comentando citado el autor:

“La primacía de los hechos sobre las estipulaciones contenidas [o basadas] en un contrato no quiere decir que estas sean inútiles, ya que ellas cuentan con la presunción inicial de expresar la buena fe de las partes. Mientras no se demuestre, con la prueba de los hechos de que la conducta de las partes fue diferente de las estipulaciones formales, queda como válida la presunción de que el contrato refleja la voluntad verdadera de las partes. Lo que no puede es invocarse un documento escrito para que predomine sobre los hechos. En la oposición entre el mundo real de los hechos efectivos y el mundo formal de los documentos, no cabe duda de que debe preferirse el mundo de la realidad”<sup>118</sup>.

Este principio se funda indirectamente en la presunción que contiene el artículo 24 del C.S de T y directamente en el artículo 53 de la C.P como quedo visto, es en la actualidad, como expone Avendaño<sup>119</sup>, es un principio que a diferencia de otros, sigue vigente en la legislación laboral de Colombia, máxime cuando en la actualidad se percibe la constante de que, los empleadores pretenden desvirtuar la existencia de las relaciones laborales dando diversos nombres y modalidades al contrato, sin embargo, no importa la denominación que las partes le den, existe contrato laboral si se demuestra la prestación efectiva del servicio por parte del trabajador.

Cabe recalcar que el examinado principio, se irradia a cualquier relación laboral de carácter individual donde se encuentren

---

<sup>118</sup> *ibíd.*, p. 95.

<sup>119</sup> AVENDAÑO. *Op.cit.*, pp. 81-82. v I

establecidos los presupuestos de la misma, los cuales de conformidad al artículo 23 del C.S del T son: a) prestación de un servicio personal; b) dependencia o subordinación y c) salario o remuneración.

**a) Prestación personal del servicio.** Éste elemento se refiere a que el trabajador debe efectuar un servicio a su cargo de manera personal, directa y sin ayuda de nadie. Igualmente debe obedecer las órdenes emanadas por su empleador con relación a su labor. Figueroa<sup>120</sup> con respecto a la realización del trabajo sin ayuda de nadie, establece que se existen algunas excepciones, tal es el caso del trabajo a domicilio que en ocasiones es realizado por el trabajador con ayuda de algún miembro de la familia; en algunos casos de pequeños operarios de talleres que, ayudados por otros trabajadores, desempeñan labores en el mismo recinto.

**b) Continuada dependencia y subordinación.** Es un elemento que se traduce en la facultad radicada en “el beneficiario de la labor o empleador de dirigir, en cualquier momento, tiempo o cantidad de trabajo a quien lo presta y mientras dure la relación laboral, aunque esa subordinación no se haga ostensible<sup>121</sup>”. Igualmente, permite que el empleador “haga uso del poder de dirección, disciplina, autoridad y reglamentación cuando sea necesaria durante la relación de trabajo, y, concretamente, consiste en que el trabajador se coloca a órdenes y disposición de quien se beneficie con su trabajo y sometido a su vigilancia y control<sup>122</sup>”.

**c) Remuneración o salario.** Es la retribución o contraprestación a cargo del empleador que recibe el trabajador por la realización de su labor.

---

<sup>120</sup> GUERRERO. *Manual de derecho del trabajo. Op.cit.*, p. 245

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 245

<sup>122</sup> *ibid.* p. 245

Ahora bien, conforme los elementos distintivos de la relación contractual de trabajo, para aplicar el principio estudiado con el propósito sobreponer un evidente contrato laboral frente a otro de estirpe civil o comercial, es suficiente para quien lo pretenda hacer valer con que pruebe la prestación del servicio personal bajo continuada dependencia a su cargo y en beneficio de una persona, la cual puede ser jurídica o natural.

Este enfatizado principio como se dijo en líneas anteriores, es quizás uno de los principios que no pierde su vigencia, máxime que dentro de las sociedades modernas se está imponiendo el llamado fenómeno de la flexibilidad o permisividad laboral, la cual propende para que los empleadores abusen de sus trabajadores, y en efecto desconozcan sus prerrogativas reconocidas en las normas laborales.

De esta manera, y producto de esta permisividad, se observa como en la actualidad se utilizan con mayor frecuencia un sin número de figuras contractuales de naturaleza civil o comercial por los empleadores en las relaciones laborales, hasta el punto de encubrirlas, en aras de hacerle el quite a los derechos establecidos en la norma laboral para su subordinados, quienes les toca consentir dicha irregularidad a causa de la escases de las fuentes laborales y de la abundante mano laboral circundante dispuesta a emplearse bajo las condiciones que existan en aras de conseguir un ingreso que les permita proveer en parte las necesidad de su familia y las propias.

Sin embargo, es en estos eventos donde se pretende desconocer una relación laboral, es cuando el principio ensayado se robustece, en aras de imponer los reales hechos sobre el aparente o simulado acuerdo abstracto de la voluntad de los contratantes, reflejado en figuras contractuales no pertenecientes al derecho laboral. Al respecto Villegas nos dice que la reiteración de este principio “se

explica por la alarmante utilización del papel o la forma que se ve obligado a suscribir el trabajador, como vía para simular formas de negación del derecho al trabajo, y por el procedimiento formalista como pretexto para burlar la efectividad del derecho sustancial en la administración de justicia<sup>123</sup>”.

La utilización de estas figuras contractuales que tiene como fin real encubrir relaciones laborales, es una plaga descomunal que viene invadiendo todas las esferas sociales que interactúan dentro de la sociedad como fuentes de empleos, esto es, tanto el sector privado como público, pues ambos giran alrededor de la concepción que los incita a mantener el menor número de obligaciones prestacionales a su cargo, reflejados en un menor pasivo laboral.

Así pues, como comenta Villegas<sup>124</sup>, por virtud de este principio al generarse simulación, fraude o abuso del derecho, no se emplearía las formas o papeles que, por necesidad, se ve presionado a suscribir el trabajador y mediante las cuales, por práctica generalizada, se pretende negar la relación laboral para hacer neoclientelismo en muchos casos, por vía de contratación administrativa por prestación de servicios; servicios especiales; contratos a término fijo o por intermediarios fiduciarios, entre otros.

De este modo, queda clara la posición de la doctrina Colombiana sobre la conceptualización del analizado principio, por lo que el paso a seguir en el **Tercer Capítulo** es la demarcación de éste en el ordenamiento jurídico de Colombia, con especial énfasis en las relaciones laborales que se presenten a nivel de la administración pública.

---

<sup>123</sup> VILLEGAS. *Op.cit.*, p., 16

<sup>124</sup> *Ibid.* p., 17





**Capítulo Tres**  
**EL PRINCIPIO DE LA REALIDAD**  
**SOBRE LAS FORMALIDADES**  
**ESTABLECIDAS POR LOS SUJETOS**  
**DE LAS RELACIONES LABORALES**  
**EN COLOMBIA**

El objeto del presente capítulo, se circunscribe en demarcar el principio anunciado dentro del ordenamiento jurídico Colombia. Esto permitirá conocer el discurrir sobre el mismo, desde antes de ser elevado a canon constitucional cuando sólo era el resultado del desarrollo conceptual realizado doctrinantes y tratadistas, los cuales fueron acogidos por la jurisprudencia de las altas Cortes a fin de resolver los conflictos laborales que se suscitan, tanto en el sector privado como en el público. También se reflexionará, sobre el desarrollo mostrado por este principio después de su inclusión en la nueva Carta como principio mínimo en materia laboral.

De este modo, se dilucidarán los efectos y alcances de este principio en la práctica jurídico - laboral de conformidad a la consagración legal y Constitucional.

Para tal efecto, inicialmente se analizará la normatividad legal y Constitucional a través de la cual se ha consagrado, directa o indirectamente, el mencionado principio en la legislación Colombiana. Seguidamente, se expondrá el tratamiento doctrinal que viene realizando la jurisprudencia nacional con relación a su aplicación en área laboral. Y por último, se establecerán algunas características y presupuestos sobre el mismo a raíz de los criterios estructurales investigados.

### **3.1. CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO**

Como explica Clara Dueñas Quevedo<sup>125</sup>, en Colombia la legislación laboral antes de la década de 1930, era limitada en su alcance, muy a pesar de haberse efectuado a la Constitución de 1886 varias enmiendas tendientes a mejorar este sector. Reformas que sólo vinieron a reflejarse de manera concluyente después de la fecha inicialmente señalada, debido al desplome de la hegemonía conservadora y el advenimiento de los gobiernos liberales, que se extendieron hasta 1946.

En esos gobiernos liberales, según Dueñas<sup>126</sup>, se amplió considerablemente la cobertura de la legislación laboral con el ingreso de nuevos derechos sociales, incorporando al texto constitucional de 1886 mediante la reforma de 1936, nociones y derechos tan importantes como: la posibilidad de que la mujer Colombiana mayor de edad pudiera desempeñar empleos, aunque llevaran anexa autoridad o jurisdicción; la libertad de escoger profesión u oficio; la asistencia pública como obligación del Estado, la exclusión de percibir más de una retribución provenientes de las arcas públicas, así como la obligación social del trabajo y el derecho de huelga, sentándose las bases del actual Estado social de derecho.

Es menester resaltar que, con la Carta de 1991, aparte de reescribirse los derechos tradicionales y que estaban contenidos en la norma constitucional precedente, se ingresa un abundante catalogo de derechos, principalmente en el plano social, y diversos principios inespecíficos y los designados principios esenciales del derecho laboral.

---

<sup>125</sup> QUEVEDO, Clara C. *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008. pp.32 a 34.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, pp.32 a 34.

Entre los consagrados se destacan: el derecho al trabajo; la estabilidad laboral; la protección del trabajo y de los trabajadores; la obligatoriedad del trabajo; la designación de orden público de la normatividad laboral; la igualdad de los trabajadores y la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

La inclusión del principio estudiado en la presente investigación en el artículo 53 de la Constitución Política, cambió significativamente la forma de concebirlo, interpretarlo y aplicarlo en el país, erigiéndose sin discusión alguna, como un pilar del derecho laboral.

Con este sucinto antecedente, se pasa a explicar la consagración de este principio laboral en el ordenamiento jurídico Colombiano.

### **3.1.1 Legal**

Antes de que el principio analizado alcanzara un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico Colombiano, como lo fue su consagración en la nueva Constitución Política, se recurría a buscar hilos de su concepción en la legislación civil y la laboral, siendo esta última en la que este debía hallarse.

De este modo, es como se determina que, es en el Código Civil Colombiano donde inicialmente se percibe cierto cariz de consagración de este principio. Constituyéndose quizás, en el primer referente de la existencia de este principio en el país.

Esta postura, es compartida por el tratadista Germán Enrique Avendaño Murillo<sup>127</sup>, quien en su obra “La Constitucionalización

---

<sup>127</sup> AVENDAÑO. *Op.cit.*, p.85.

de los principios laborales”, detalla varios preceptos de la legislación civil que a su entender hacen alusión directa o indirecta del prenombrado principio laboral, destacándose entre otros; los artículos 1527<sup>128</sup>, 1603<sup>129</sup>, 1618<sup>130</sup>, 1619<sup>131</sup>, 1621<sup>132</sup> y 1623<sup>133</sup>.

De los artículos recalcados, es en el artículo 1618 del C.C, donde se hace mención a la prevalencia de la intención sobre lo literal de las palabras, es decir, a opinión de este autor, la norma citada es la que distingue con mayor claridad un vestigio el principio comentado.

Esta apreciación, encuentra su sustento en la norma que se cita, y en la interpretación que hiciera de la misma, la honorable Corte Suprema de Justicia en una providencia de 1946:

“La intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que

---

<sup>128</sup>Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

*Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.*

*Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.*

<sup>129</sup>Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

<sup>130</sup>Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

<sup>131</sup>Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

<sup>132</sup>En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

*Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.*

<sup>133</sup>Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con la aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido”<sup>134</sup>.

Posteriormente, con la expedición del Código Laboral, se instituye innegablemente en Colombia de manera legal el anunciado principio, aunque en esta disposición no cuenta con una expresa denominación, si tiene un ingente sustento en varios de sus textos legales.

Es así como, en la parte final de los artículos 13 y 14 del citado código, se preceptúa en su orden: “No producen efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo<sup>135</sup>” y “...los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables<sup>136</sup>”.

Las normas precitadas establecen una forma de protección estatal de los derechos consagrados a favor de la clase trabajadora,

---

<sup>134</sup> C S J Laboral. 03 Jun. 1946, G.J., T.LX, pág.656

<sup>135</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Código Sustantivo del trabajo. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#13](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#13)

<sup>136</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Código Sustantivo del trabajo. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#14](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#14)

significando que ésta podrá renunciar a las prerrogativas otorgadas por la ley, toda vez que las estipulaciones que menoscaben dichos beneficios carecen de objeto ilícito.

Del mismo modo, el artículo 22 del código laboral<sup>137</sup> puntualiza el contrato laboral, y el artículo 23<sup>138</sup> indica cuáles son sus elementos esenciales, al tiempo, el inciso segundo de este último, afirma que “una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen<sup>139</sup>”.

El inciso segundo del artículo 23 del C.S del T., innatamente instituye que para la concreción del contrato de trabajo no se exigen unos términos especiales, en consecuencia, no trasciende la apariencia o dominación en la que se circunscriba, pues lo

---

<sup>137</sup>El artículo 22 del CST dispone: “Definición. 1. Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. // 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

<sup>138</sup>El artículo 23 del CST, subrogado por la Ley 50/90, artículo 1º, estipula: “Elementos esenciales. 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: // a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; // b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y // c) Un salario como retribución del servicio. // 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

<sup>139</sup>CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Código Sustantivo del trabajo. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#23](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#23)

primordial es que al establecerse que efectivamente se presenta la prestación de un servicio personal constante y la subordinación al patrono, habrá contrato de trabajo.

Finalmente, el inciso 1° del artículo 24<sup>140</sup> del C.S del T contiene la conocida presunción legal de existencia de relación de trabajo personal que antecede y regula un contrato laboral, donde la prestación del servicio es suficiente para que nazcan a la vida jurídica todas las obligaciones del contrato de trabajo. Esta presunción por ser de índole legal, admite que al demostrarse un hecho contrario al presunto, quedaría desvirtuada, tal como corroborar que la prestación del servicio personal no se efectuó en el marco de un contrato regulado por el derecho laboral.

Cabe resaltar, con respecto al artículo 24 en comento, que su inciso 2°, fue modificado por el artículo 2° de la ley 50 de 1990, señalándose anteriormente, que la presunción no operaba cuando los servicios personales se habían prestado a través de una “profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial<sup>141</sup>”, puesto que en este caso, si se pretendía “alegar el carácter laboral de la relación<sup>142</sup>”, se debía probar, al mismo tiempo, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador prevista en el literal b del artículo 1° de la ley citada y “no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada<sup>143</sup>”.

---

<sup>140</sup>El artículo 24 del CST, subrogado por la Ley 50/90, art. 2°, dispone: “Presunción. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

<sup>141</sup>CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Código Sustantivo del trabajo. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#24](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#24)

<sup>142</sup>Ibid.,

<sup>143</sup>Ibid.,

No obstante, la Corte Constitucional declaró inexecutable la anterior disposición por medio de la sentencia C-665 de 1998. En este pronunciamiento advirtió que, la declaratoria de exequibilidad del inciso 2º del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no significa que las relaciones de otra índole se equiparen a las propias del derecho del trabajo.

En este sentido, se pronunció la Corte Constitucional:

“La carta política establece en cabeza de todos los trabajadores, sin discriminación alguna, una especial protección del estado, y les garantiza el ejercicio pleno y efectivo de un trabajo en condiciones dignas y justas, así como un trato igual. por lo tanto, cuando a un reducido sector de trabajadores que prestan sus servicios personales remunerados en forma habitual, en desarrollo de un contrato civil o comercial, y pretenden alegar la subordinación jurídica, al trasladársele la carga de la prueba de la subordinación, se produce ciertamente, dentro del criterio de la prevalencia de la realidad sobre la forma, una discriminación en relación con el resto de los trabajadores, colocando a aquellos, en una situación más desfavorable frente al empleador, no obstante que la constitución exige para todos un trato igual. se declarará la inexecutable del inciso segundo del artículo 2o. de la ley 50 de 1990, en el entendido de que dicha norma es violatoria del derecho a la igualdad con respecto a los trabajadores que en la realidad han prestado sus servicios bajo la continuada dependencia o subordinación del empleador, y que en forma evidente han reunido los presupuestos propios de la relación de trabajo, lo que deberá ser examinado y decidido por el juez laboral en el correspondiente juicio”<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup>C Const, C-665/ 1998, H. Herrera



Debido a la precedente decisión judicial, en la actualidad subsiste la presunción de que de que toda relación laboral se encuentra regulada por un contrato de trabajo, lo cual supone el traslado al empleador de probar lo contrario, quedando éste con la obligación de demostrar judicialmente en aras de desvirtuar la citada presunción, la existencia de otra clase de contratación, verbigracia una propia del derecho comercial o civil, advirtiéndosele que no le será de mucho valor exhibir sólo el documento que anuncie el contrato celebrado. De todos modos, le corresponderá al administrador de justicia, de conformidad al principio estudiado, hacer un análisis de las circunstancias fácticas soportado en las pruebas allegadas, y así corroborar que al empleador le asiste la razón.

### **3.1.2. Constitución**

Con la Constitución Política promulgada en 1991, Colombia entró en la era del Constitucionalismo que irradia al derecho laboral y a sus garantías, muestra de ello, es como el texto fundamental trae abundantes preceptos que lo evocan, a contrario sensu de lo consignado en la Carta de 1886, en la cual tan sólo se señalaba al trabajo escuetamente, y esto gracias, a la modificación efectuada por la reforma de 1936.

En la nueva Constitución, desde su preámbulo se denota una renovada concepción sobre el derecho al trabajo, quedando instituido como un fin de los que el Estado pretende conseguir dentro de la organización social. Ello se refleja en su artículo 1, el cual lo instituye como pilar fúndate del Estado social de derecho; en el artículo 25 se consagra la especial protección al trabajo; en el artículo 53 se enuncian sus principios fundamentales básicos y mínimos, cercando las iniquidades que podrían generarse bajo la tutela de la normatividad que regula el mercado y la autonomía privada de contratar; en el artículo 39 se consagra el derecho de

asociación sindical de los trabajadores; el artículo 54 refuerza la protección del trabajo en cuanto al deber del estado y patronos de brindar formación profesional o técnica, así como el deber social del Estado de propender el asiento laboral de quienes se encuentren en edad para laborar y garantizar un trabajo a los disminuidos físicamente afín a sus de minusvalía; en el artículo 55 el derecho de negociación colectiva.; en el artículo 56 se garantiza el derecho de huelga a todos los trabajadores, salvo los que laboran en servicios públicos esenciales definidos con tal carácter por el legislador; y en el artículo 57 se faculta al legislador para establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas.

Pero no agota la Constitución el enunciado de temas laborales con los artículos explicados. Al contrario se destaca la importancia de la interacción trabajo y educación en el artículo 67; el acceso de los trabajadores a la propiedad en el artículo 60, también se refiere a los abnegados trabajadores del campo en el artículo 64.

Ahora bien, a opinión de este autor, es el artículo 53 de la Constitución Política donde se glorifica notablemente el derecho al trabajo, pues en éste se reconocen y consagran algunos de sus más importantes pilares, destacándose entre ellos el principio objeto de este estudio.

Véase entonces que este artículo literalmente preceptúa:

“El Congreso expedirá el Estatuto del Trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos

en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”<sup>145</sup>.

De esta disposición se distinguen los siguientes principios mínimos en materia laboral:

- Igualdad de oportunidades para los trabajadores
- Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo
- Estabilidad en el empleo
- Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales
- Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles
- Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho
- La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores

---

<sup>145</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#53](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53)*

- La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

De este modo se observa como el mencionado principio fue elevado expresamente a rango constitucional como un mínimo fundamental en material laboral, canon que a su vez, las altas Cortes del país lo reconocen en sus distintos precedentes jurisprudenciales.

Igualmente, la consagración constitucional de este principio ha permitido que el radio de aplicabilidad que cobija, trascienda no sólo a las cuestiones que surjan de las relaciones laborales entre particulares, sino también en las relaciones o vinculaciones laborales que realice el Estado.

### **3.1.3. Jurisprudencia**

Desde mediados del siglo pasado, las altas Cortes viene pronunciándose de forma repetida sobre el referido principio, aunque sin otorgarle en aquel estadio, una particular denominación a este principio, basando para ello sus decisiones en los criterios desplegados por doctrinantes y tratadistas.

Con la inclusión de este principio laboral en el artículo 53 de la Constitución de 1991, su desarrollo jurisprudencial ha sido magno, encontrando como fuente y referente obligatorio del citado principio laboral, a la propia Constitución Política, por ser la norma de normas como lo reza su artículo 4.

#### **3.1.3.1. Corte Suprema de Justicia**

Se puede afirmar indiscutiblemente que, desde sus albores la Sala de Casación Laboral de la nombrada Corte, viene pronunciándose sobre el principio de la primacía de la realidad, recogiendo desde entonces el sentido lato del principio en sus decisiones.

Es así como, desde otrora, esa sala viene expresando que en la determinación de la presencia de una relación de tipo laboral, es menester constatar la naturaleza de ésta en cuanto a la prestación real de empleo efectuado, en vez de darle crédito a la forma acordada por las partes o impuestas por una de ellas.

En efecto, en sentencia del 27 de noviembre de 1957, dijo: “Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato<sup>146</sup>”.

Posteriormente, en sentencia de Junio 25 de 1958, reitera su posición al expresar que:

“Concurriendo los elementos esenciales que la ley (art. 23 C.S. del T) propone como integrantes del contrato de trabajo, este se configura así se hubiese dado a la retribución de los servicios del trabajador la forma aparente de “precio” de compraventa, pues, como dice la norma citada, el contrato de trabajo, reunidos aquellos elementos, “no deja de serlo, por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”<sup>147</sup>.

Esta concepción, la conservó el alto tribunal en los años posteriores, sin realizar alteraciones sustanciales en la estructura

---

<sup>146</sup>CSJ Laboral, 27 Nov. 1957, G.J. XCI, 1147. Citado por: PEREZ HUERTAS, Freddy Rolando. *Op.cit.*, p. 63.

<sup>147</sup>CSJ Laboral, 25 Jun. 1958, citado por GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. *Manual de Derecho del Trabajo*. 6 ed. Bogotá D.C., pág. 285.

del concepto básico que envuelve la mencionada postura, de este modo, lo revela una providencia de Casación Laboral de 1977, donde se señala que, “esta apreciación no es errónea, porque precisamente la relación de trabajo puede existir aún cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual, ha de atenerse el juez a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen claramente del propio contrato, sino de otras pruebas<sup>148</sup>”.

De forma similar, en otro pronunciamiento del 30 de julio de 1980 establece la Sala de Casación Laboral que, “nunca podrá disfrazarse una relación laboral bajo un contrato de cuentas en participación, pues en éste último, la retribución consiste en una cuota de la utilidad obtenida con el negocio común y en el primer evento (contrato de trabajo), no exige resultado alguno para causarse. Tampoco porque son incompatibles<sup>149</sup>”.

Sin embargo, en la sentencia de Casación Laboral del 1º de diciembre de 1981, a pesar de haber reiterado que de presentarse oposición de lo ocurrido en el plano de la practica con lo establecido en los acuerdos documentados o no, se preferirá lo acontecido en terreno de los hechos. Vale destacar que en precitado pronunciamiento es donde por primera vez la Corte Suprema se refiere al principio como “uno de los fundamentales en el derecho del trabajo<sup>150</sup>”. Como ya se anotó en el capítulo anterior, este insigne fallo se fundamenta en los conceptos de notables doctrinantes y tratadistas, tales como: Mario de la Cueva, Américo Plá Rodríguez, Deveali, Cabanellas y Pérez Botija.

---

<sup>148</sup>CSJ Laboral, 24 Abr. 1975, G.J. CLI, 1ª No 2392, págs. 458-459.

<sup>149</sup>CSJ Laboral, 30 Jul.1980. Citado por: PEREZ HUERTAS, Freddy Rolando. Op.cit., p. 64.

<sup>150</sup>CSJ. Laboral Sentencia. 01 Dic. 1981. (G.J. XCI – 1157). Citado por: PEREZ HUERTAS, Freddy Rolando. Op.cit., p. 64.

En una ulterior sentencia, la misma sala de la renombrada Corte, reconoce nuevamente que este principio es un pilar esencial de las relaciones laborales, enfatizando su origen doctrinal. En esta decisión la Corte establece la necesidad de valorar la prueba bajo el criterio de la no presunción de derecho (*iure et iure*), es decir, como una presunción legal, la cual permite prueba en contrario (*juris tantum*), porque el principio no opera estableciendo siempre que existe simulación y fraude en los documentos, ya que pueden corresponder lícitamente a situaciones reales.

Sobre esto expresa la Corte:

“En otras oportunidades esta Sala se ha referido al principio doctrinario del derecho laboral que se enuncia como de la primacía de la realidad, según el cual, cuando se ha de determinar la naturaleza, características y demás circunstancias y aspectos de una vinculación laboral deben preferirse los informes que puedan extraerse de la realidad, de la relación de los datos aparentes que puedan ofrecer los documentos o contratos, máxime cuando estos implican simulaciones o fraudes a la ley laboral que resultan perjudiciales al trabajador. Pero tal principio no se traduce en una presunción de que todos los documentos contienen siempre simulaciones y fraudes ya que ellos bien pueden corresponder lícitamente a circunstancias reales”<sup>151</sup>.

También, el máximo tribunal de lo ordinario viene destacando en sus providencias que uno de los elementos determinantes para saber cuándo se está frente una relación laboral o una civil, es el análisis de la función contratada, ya que si la labor convenida es propia de los negocios o integra el objeto social o

---

<sup>151</sup>CSJ. *Laboral Sentencia. 08 Nov. 1990. Exp.3859, citado por GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Principios Fundamentales del derecho al trabajo. Op.cit., p. 98.*

función permanente de la empresa y, a esto se le aúnan los demás elementos de la relación laboral, éste será un contrato de trabajo regido por el Código Sustantivo del Trabajo.

Lo anterior, se sienta en una decisión judicial proferida en 1991, en la cual dicha Corte señala: “Para la Sala, el trabajo ocasional, accidental o transitorio, regulado por el artículo 6 del C.S. de T., se caracteriza por su corta duración, circunstancia que es opuesta a la continuidad o permanencia en la actividad correspondiente. Además debe tratarse de labores distintas a las efectuadas normalmente por el empleador<sup>152</sup>”.

Más recientemente, este órgano judicial plantea dos aspectos importantes sobre el reseñado principio. En primer lugar, se ocupa de señalar el alcance del mismo, el cual según esta Corte, trasciende a declarar la existencia del contrato de trabajo, excluyendo las formalidades que surjan de los documentos, y en segundo lugar, establece que algunas cláusulas del contrato simulado pueden ser eficaces.

Al respecto en otra providencia de 2003 el alto tribunal manifiesta:

“Ahora bien, si en aras a dilucidar el tópico jurídico en discusión la Corte por amplitud se adentrara en su estudio, encontraría que ningún error cometió el ad quem al concluir la validez de la cláusula sobre duración del contrato, porque la declaración judicial de primacía de la realidad para efectos de catalogar como laboral un contrato que se calificó como civil o comercial, en ningún caso tiene las consecuencias que pretende el impúgnate en el sentido de considerar ineficaces las cláusulas contractuales

---

<sup>152</sup> CSJ, *Laboral*, 09 Abr. 1991. E. Jiménez. Citado por: C Const. C-614/2009. J. Pretelt



en su conjunto, puesto que puede haber en ese contrato estipulaciones, fruto del acuerdo de voluntades, que no contraríen el orden legal, ni afecten el mínimo legal, ni impliquen la existencia de un objeto o causa ilícitas, como es en el presente caso la regulación atinente a la duración del contrato, el cual persiste y produce efectos a pesar de aquella declaración, conforme se desprende del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, que se refiere a las cláusulas ineficaces en el ámbito laboral.

La potestad que otorgan a los jueces laborales los artículos 53 de la Constitución Política y 23 numeral 2° del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo realidad desechando las formalidades que brote de los documentos , de ninguna manera tiene un alcance que vaya más allá de esa simple declaración por cuanto es claro que lo que las mentadas disposiciones persiguen es evitar que mediante artificios se pretenda ocultar, bajo otro empaque, la relación de trabajo, protegiendo de esa forma el derecho de los empleados subordinados a percibir el mínimo garantizado legalmente”<sup>153</sup>.

En los citados pronunciamientos judiciales, se observa como de forma paulatina pero constante, desde la Corte Suprema de Justicia se ha contribuido significativamente con la evolución conceptual en Colombia del principio en comento, al acentuar en sus pronunciamientos el concepto de este principio, los elementos esenciales y estructurales que lo integran, su origen netamente doctrinario, la forma como debe ser interpretado por parte del operador judicial o el funcionario administrativo laboral y hasta el límite de su postulado protector.

---

<sup>153</sup> CSJ, *Laboral*. 30 de Sep. 2003. No. 20933 C. Nader.

### 3.1.3.2 Consejo de Estado

Este alto tribunal también viene consolidando su jurisprudencia sobre el principio de la primacía de la realidad, a partir de su consagración en la Constitución Política de 1991, la cual aplica al resolver las constantes diferencias suscitadas entre el Estado y las personas vinculadas o contratadas por sus distintas entidades en los diferentes órdenes.

Al analizar de forma primal, un pronunciamiento de la Sección Segunda<sup>154</sup> del Consejo de Estado del 5 de agosto de 1993, se observa que esta Corporación hace alusión directa a este principio, al manifestar enfáticamente que si eran desvirtuados los elementos esenciales del contrato de prestación de servicio, emergía ineluctablemente una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre esta y la que desarrollaban otros sujetos como empleados públicos que trabajaban para la misma entidad.

El anterior criterio, bajo el supuesto de que si desarrollaban idéntica actividad, cumplían órdenes, horario y prestaban servicios de manera permanente, personal y subordinada, debía necesariamente primar la realidad sobre las formalidades conforme a lo reglado en el artículo 53 de la Carta.

Sin embargo, advirtió este tribunal que por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, no se debía reconocer las prestaciones sociales propiamente dichas, puesto que, a título de “indemnización” se tendría que restablecer el derecho, ordenándose el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos que prestaban sus servicios en las misma institución estatal, tomando como base el valor pactado en el contrato.

---

<sup>154</sup> *CE, Sec II, Subsec A. 05 Ago. 1993, Rad I: 6199, C. Forero*

A la par se argumentó en la decisión, la irrenunciabilidad de los derechos contra expresa prohibición legal y que al desnaturalizarse una relación laboral para convertirla en la 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.

El criterio jurisprudencial anteriormente mencionado fue modificado por la Sala Plena de este tribunal mediante providencia de 2003, cuando señala que:

“En el evento de que la administración deforme la esencia y contenido natural del contrato de prestación de servicios y se dé paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, y con lo cual se vulneren derechos de los particulares se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del contratista convertido en trabajador en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

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

Lo propio puede afirmarse de las superintendencias, establecimientos públicos etc. Y la rama judicial por medio de su autoridad competente, no está exenta de someterse a los mandatos contenidos en la constitución y la ley. De modo que el empleo público (situación legal y reglamentaria) no puede surgir de cualquier modo, ni mucho menos a virtud de una relación contractual, pues, como lo ha explicado la jurisprudencia colombiana, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede llevar a desconocer los elementos esenciales que se exigen para que una persona acceda a la función pública en la modalidad estatutaria. Sostener lo contrario, como pretende el actor conduce a desconocer mandatos positivos de ineludible cumplimiento”<sup>155</sup>.

Cabe destacar los aportes de mayor relevancia jurídica del citado fallo relacionados con la aplicabilidad del aludido principio, los cuales, a mi concepto, son los siguientes:

- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato de trabajo con la legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede conferir la condición de empleado público, cobijado sujeto a un determinado régimen legal y reglamentario.
- No existe violación al derecho de igualdad por el hecho de suscribir contratos de prestación de servicios, puesto que

<sup>155</sup> *CE Plena, 18 nov. 2003, Rad I: IJ-0039. N. Pájaro.*

la situación a la que se reduce el empleado público que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica, es distinta de la que se origina en razón de este tipo de contratación. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales.

- Igualmente la mencionada situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo que con la administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata del mantenimiento o de la construcción de obras públicas.
- Así mismo, aunque se haya realizado una vinculación bajo la citada forma de contratación, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en gracia a la aplicabilidad del principio. (art. 53 C.P.)

En un nuevo pronunciamiento, el Consejo de Estado<sup>156</sup> aclara, que aunque el trabajador acepte las condiciones de la contratación planteadas en esta forma de contratación no laboral, dicha aceptación se considera irrelevante, ya que ningún tipo de manifestación puede considerarse fundamento válido para que la persona renuncie a los beneficios prestacionales que la ley ha previsto a su favor.

Después, en otra decisión de 2008, Este tribunal en sede de la Sección Segunda, Subsección A<sup>157</sup> indica que, para concluir que una persona desempeña un empleo público y tiene una relación legal y reglamentaria, con todos los derechos que de ella se derivan, es indispensable corroborar; la existencia del empleo

---

<sup>156</sup> CE 2B, 15 jun. 2006, J. Lemos.

<sup>157</sup> CE 2A, 6 sep. 2008, G. Gómez.

dentro de la organización burocrática de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe; la determinación de las funciones permanentes y propias del cargo; y la previsión de los recursos en el presupuesto para el cargo de gastos que demande el empleo.

Subsiguientemente, advierte en la misma decisión, al referirse al caso concreto de la litis, que:

“Las labores desarrolladas por el demandante eran las mismas que las de los docentes de planta y que se cumplen los tres elementos de la relación laboral, siendo estos, prestación personal del servicio, continua subordinación y remuneración como contraprestación del servicio, pues la simple existencia de los contratos de prestación de servicios docentes, permiten inferir que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto como la subordinación y la dependencia se encuentran inherentes en la labor que desarrollan los maestros, es decir, son consustanciales al ejercicio docente. Por ello, y conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una realidad laboral, creándose con el contrato administrativo una mera ficción, la cual impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a los docentes de planta, según términos de los artículos 13, 25 y 53 de la Carta”<sup>158</sup>.

Vista toda la valoración efectuada por el Consejo de Estado sobre el principio objeto de análisis, y percibido su notable cambio de posición jurídica, se rescatan para esta investigación aspectos de gran importancia como los que a continuación se comentaran.

---

<sup>158</sup> *Ibíd.*,

Este máximo tribunal planteaba primitivamente que si dentro de una relación con el Estado eran desvirtuados los elementos esenciales de la contratación por prestación de servicios, surgía incuestionablemente una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre esta y la que desarrollaban otros sujetos como empleados públicos que trabajaban para la misma entidad y que además, por no tratarse de una relación laboral formalmente configurada, no se debía proceder al reconocimiento de prestaciones sociales, sino que, a título de indemnización, se debía ordenar el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos que prestaban sus servicios en las misma institución.

Para luego, en un rotundo vuelco jurisprudencial, entra a expresar que no existe identidad de la relación jurídica emanada del contrato de trabajo con la legal y reglamentaria, ya que trabajar al servicio del Estado no puede conceder la condición de empleado público.

Igualmente, apunta que sin importar que se haya realizado una vinculación bajo la forma de contratación por prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales.

Este cambio de actitud del Consejo de Estado, ha permitido bruñir el principio, adecuando la interpretación y aplicación de sus postulados al ordenamiento jurídico nacional y delimitando su verdadero alcance, pues a partir del viraje jurisprudencial se ha decantado la tesis de que el principio laboral señalado si bien permite desentrañar la relación de trabajo que se ha querido ocultar con la forma de contratación no laboral por prestación de servicios, no tiene la entidad suficiente para excusar el cumplimiento de requisitos instituidos por la Constitución o la ley para ocupar un cargo público.

### 3.1.3.3. Corte Constitucional

La Corte Constitucional a quien se le confió por expreso mandato del propio Constituyente de 1991, la preservación de la supremacía e integridad de la Constitución, estrenándose en el ejercicio de sus funciones se pronunció<sup>159</sup> sobre la legalidad de la contratación administrativa por prestación de servicios y “el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales<sup>160</sup>” al realizar el control constitucional del aparte final del artículo 163 del Decreto 222 de 1983, subrogado por el artículo 25 del Decreto-Ley 1680 de 1991, y el artículo 167 del mismo decreto.

Encontrando en el citado control constitucional,<sup>161</sup> que los cánones legales acusados no vulneraban ninguna norma de la Carta fundamental, porque la autorización que el legislador concede al gobierno suscribir contratos, como el de prestación por servicios, puede ser más o menos amplia y contemplar excepciones a sus formulaciones generales.

Por su parte, dijo que la proscripción de pactar el pago de prestaciones sociales en estos contratos no laborales 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.

Desde esta óptica, el máximo Tribunal Constitucional del país, comenta que el “contratista independiente no puede

---

<sup>159</sup> *C Const, C-056 / 1993, E. Cifuentes.*

<sup>160</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#53](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53)*

<sup>161</sup> *Ibid.,*



homologarse al empleado público o al trabajador oficial, ya que el trato diferente 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>162</sup>”.

A pesar de dicha posición el tribunal Constitucional sostiene en la misma providencia que:

“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”<sup>163</sup>.

Eventualmente, en la sentencia C-555 de 1994, el máximo tribunal Constitucional sentó el precedente Constitucional sobre este principio, dejando demarcada entre otras consideraciones, las pautas generales para el reconocimiento del mismo con la sola demostración de la prestación personal del servicio.

Sobre esto resalta la jurisprudencia constitucional que:

“La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen,

---

<sup>162</sup> *C Const, C-056 / 1993, E. Cifuentes.*

<sup>163</sup> *Ibid.,*

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”<sup>164</sup>.

Dejando por sentado al mismo tiempo en la ratio decidendi de este proveído, que este principio Constitucional puede alegarse también frente al mismo Estado, cuando termina posesionándose como parte en una determinada relación laboral.

Indica la Corte que:

“El principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En un Estado social de derecho, fundado en el trabajo (CP art. 1), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo”<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> *C Const, C-555 / 1994, E. Cifuentes.*

<sup>165</sup> *Ibid.*

Coetáneamente, en esta trascendental decisión, el alto Tribunal estima que si bien, el juez puede reconocer la relación de trabajo y sus derechos patrimoniales a un contratista con fundamento en el descrito principio, no le está permitido reconocerle el status de empleado público, porque el suscrito principio del trabajo se consume y se agota al demostrar y hacer prevalecer la relación laboral ante las formas que hayan querido aparentar, escapando a sus postulados el alcance de reconocer la condición de empleado público, obviando los requisitos impuestos por la normatividad imperante.

Dicho lo anterior en las propias palabras de la Corte:

“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>166</sup>.

En este sentido, establece el Tribunal Constitucional que la mera prestación del servicio, “más allá de calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan<sup>167</sup>”, así el Estado se esté beneficiando, “no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que se desempeña como empleado público en una actividad similar”, ya que de lo contrario se haría caso omiso de los siguientes aspectos:

“(1) la existencia de un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que es sustituido por una simple práctica realizada al margen de las condiciones constitucionales y legales que deberían darse para poder producir la vinculación; (2) la posesión para tomar el cargo, de modo que sigilosamente pueden ingresar al servicio público personas que no asumen públicamente el compromiso de obedecer la Constitución y las leyes; (3) la planta de personal que no contempla el empleo o cargo que mediante la vía de hecho pretende consolidarse; (4) la disponibilidad presupuestal para atender el servicio, con lo cual se pueden generar obligaciones que superan las posibilidades fiscales, además por parte de personas y autoridades no autorizadas para gravar el erario público y a través de procedimientos no democráticos ; (5) las regulaciones generales que gobiernan el ejercicio de las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales son sustituidas por estipulaciones que, por desconocer el régimen legal, representan una invasión de

---

<sup>166</sup> *Ibíd.*

<sup>168</sup> *Ibíd.*

poderes que son del resorte del Congreso, las Asambleas o los Concejos, o de otras autoridades”<sup>168</sup>.

En el fallo de constitucionalidad C-154 de 1997, la Corte al referirse a la exequibilidad del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, nuevamente se pronuncia sobre la prevalencia de lo real ante lo formal, en el supuesto de hecho, en que se haya utilizado una figura legal como los contratos de prestación de servicios para esconder una verdadera relación laboral.

Sostiene el máximo Tribunal al respecto que:

“El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del “contratista convertido en trabajador” en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> *Ibíd.*

<sup>169</sup> *C Cons, C-154 /1997. H. Herrera.*

Por otra parte, este tribunal al realizar el control constitucional del inciso 2º del artículo 24 del C.S del T, regresó la carga de la prueba en cabeza del empleador, quien será el que tenga que desvirtuar la existencia de la relación laboral, como en otrora lo regulaba el Código Sustantivo del Trabajo, antes de la reforma introducida por la Ley 50 de 1990.

De los fundamentos que motivaron la decisión que se destaca:

“[...] cuando a un reducido sector de trabajadores que prestan sus servicios personales remunerados en forma habitual, en desarrollo de un contrato civil o comercial, y pretenden alegar la subordinación jurídica, al trasladársele la carga de la prueba de la subordinación, se produce ciertamente, dentro del criterio de la prevalencia de la realidad sobre la forma, una discriminación en relación con el resto de los trabajadores, colocando a aquellos, en una situación más desfavorable frente al empleador, no obstante que la Constitución exige para todos un trato igual”<sup>170</sup>.

Más recientemente el tribunal citado reitera la íntima relación que tiene “el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales<sup>171</sup>” (Art. 53 C.N.) con el de “prevalencia del derecho sustancial sobre el formal<sup>172</sup>” (Art. 228 C.N.). Su brayando además, en dicho fallo, el papel que

---

<sup>170</sup> C Cons, C-665/1998, H. Herrera.

<sup>171</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#53](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53)*

<sup>172</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#228](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#228)*

tiene el juez de dirimir un conflicto laboral, con fundamento en “el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que la determinan, dando prelación y aplicación a las normas que mejor encuadren en la realidad<sup>173</sup>”.

Al respecto la Corte manifiesta:

“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.

Eso es así, por cuanto bien podría aprovecharse por el patrono la circunstancia de inferioridad y de urgencia del trabajador para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones, genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, merced a la utilización de modalidades contractuales enderezadas a disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> *Ibid.*,

<sup>174</sup> *C Const, T-026 /2001, J. Hernandez.*

Luego, en la sentencia T-305 de 2009, la Corporación se refiere nuevamente al reconocimiento del analizado principio, pero desde la perspectiva de las relaciones suscitadas entre la cooperativa de trabajo, sus asociados y terceros beneficiados con la mano de obra de los asociados. Recalcando en este fallo, la prohibición legal según la cual:

“Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes”<sup>175</sup>.

Ahora, de ocurrir estos supuestos anunciados, se debe dar aplicación a la legislación laboral, y no a la legislación comercial o civil, toda vez que bajo tales supuestos fácticos concurren los elementos esenciales que dan lugar al establecimiento de un contrato de trabajo encubierto por otro de naturaleza cooperativo, expresándolo así: “Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado”<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup>MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 4588 de 2006. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 02 de junio de 2010]. Disponible en: <http://mps.minproteccionsocial.gov.co/vbecontent/library/documents/DocNewsNo15582DocumentNo3165.PDF>

<sup>176</sup>C Const, T-305 / 2009, M. Gonzales.



Por último, el tribunal Constitucional mediante la sentencia de revisión de tutela del 16 de octubre de 2009, dio origen a un nuevo precedente constitucional, estableciendo en la ratio decidendi de dicho pronunciamiento, que a través de la acción de amparo es posible declarar la existencia de un contrato realidad, sin tener que solicitar previamente ante un juez ordinario o administrativo que se declare su existencia, esto, cuando de las situaciones fácticas del caso concreto se desprenda que el agravio de los derechos fundamentales del trabajador han sido de tal magnitud que se ha constituido en una carga demasiado pesada para quien la ha padecido, por lo que exigir que primeramente se acuda al juez natural se instituye en una carga adicional. Observándose en este fallo en particular, como la Corte en aras de reconocer la primacía de la realidad, desestima una las características esenciales de la acción de tutela, como lo es la subsidiariedad.

Sobre el particular comenta la Corte Constitucional:

“Ahora bien, el trabajador tiene todo un haz de derechos fundamentales, que lo amparan en su relación de subordinación con el empleador. Esa titularidad de derechos fundamentales, implica para el juez de tutela una responsabilidad importante. La vigencia, exigibilidad en términos sustanciales y fuerza de esos derechos fundamentales no puede hacerla depender en todos los casos de que el trabajador haya solicitado ante un juez ordinario, o contencioso según el caso, que declare la existencia del contrato realidad. Si el juez de tutela encuentra, entonces, que un contrato ha servido para conculcar uno o varios de esos derechos o “principios mínimos fundamentales”, y si avizora que esa violación es una carga lo suficientemente pesada para quien la ha padecido, no puede poner sobre los hombros del trabajador una carga más, aunque sea de carácter procesal, como la de acudir a la justicia ordinaria o

contenciosa a ventilar allí sus reclamos, bajo el argumento de que la tutela es un medio subsidiario de defensa”<sup>177</sup>.

En razón de todo lo anterior, se desprende que el impulso y despliegue que la Corte Constitucional le viene dando al precitado principio ha sido muy amplio, al hurgar en sus jurisprudencias tópicos del mismo que en otro momento eran inimaginables, superando en exceso las interpretaciones dadas por las otras altas Cortes.

Empero, siendo el tribunal citado el máximo intérprete de la Carta y sus decisiones entendidas como la Constitución misma, no puede haber un Tribunal más idóneo para desarrollar y un momento limitar el postulado de la primacía de la realidad, pues como lo manifiesta Carlos Bernal Pulido<sup>178</sup> la superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley entraña también la superioridad del intérprete de la Carta fundamental sobre los intérpretes de la ley.

Todo esto para concluir, que siendo este principio de categoría constitucional y careciendo de una expresa consagración legal en el sistema normativo de Colombia, es lógico que las interpretaciones que de este principio ha realizado la Corte Constitucional sean las auténticas, con la fuerza necesaria para vincular a todas las esferas del poder público y también a los particulares.

Es indudable que este principio, después de su significativa consagración constitucional, tiene en la actualidad un desarrollo vertiginoso, por parte de la jurisprudencia nacional. Siendo indiscutiblemente, la Corte Constitucional a través de sus

---

<sup>177</sup>C Const, T-738 / 2009, M. Calle.

<sup>178</sup>BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2005, p. 218.

providencias quien se ha preocupado en privilegiar el desarrollo de este principio y de garantizar su adecuado cumplimiento, buscando con ello, el acatamiento de los tres derechos inespecíficos más importantes en el campo laboral colombiano: la dignidad, la igualdad y la libertad.

### **3.2 CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD**

Al pretender irrumpir aún más en el concepto del principio nombrado, se tomaron en cuenta los principales criterios doctrinales, las disposiciones normativas y las decisiones judiciales investigadas para intentar obtener de ellos, sus características relevantes.

Para este autor, las características más sobresalientes de este principio son: a) expresa consagración constitucional y b) su carácter protector del trabajo.

#### **3.2.1. Expresa consagración constitucional**

Diferente a lo ocurrido en otros países y lo acontecido antes de 1991, el descrito principio, está consagrado expresamente en la Carta Magna de Colombia, como un derecho mínimo laboral. A esto debe sumársele la jurisprudencia nacional lo ha acogido y desarrollado. Lo cual ha permitido determinar claramente el radio protector de sus postulados y en un momento dado limitarlos cuando se ha querido exceder en su aplicación.

La consagración expresa de este principio se realizó como se viene comentando en el artículo 53 de la Constitución Política, enunciándose su presupuesto solamente, es decir, no lo refiere ni lo describe como tal.

Al gozar de una consagración constitucional, hace que su función inspiradora de soluciones sea aplicable a todos los trabajadores en general: públicos o privados.

### **3.2.2. Es un principio protector del trabajo**

El principio aludido es sin lugar a dudas de índole protectora, porque por lo regular opera en beneficio del empleado, ya que donde exista una relación laboral oculta bajo el ropaje de otra relación, su fuerza normativa y garante se centrará en el amparo de las prerrogativas laborales, sin tener en cuenta la denominación o el tipo que se le haya dado la relación contractual.

### **3.3. PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO**

Una vez analizados los fundamentos legales, constitucionales y jurisprudenciales traídos a colación en la presente investigación sobre el principio examinado, se entrara a señalar los supuestos requeridos para la operatividad de este principio, los cuales se derivan de los fundamentos jurídicos mencionados.

Para tal efecto, se soportará el estudio de los presupuestos en la enunciación que hiciera de los mismos Patricio Decap<sup>179</sup> de acuerdo a Bravo y Rosas, quienes establecen que estos son los siguientes: a) existencia de una conducta o de un hecho tipo; b) existencia de un acuerdo, pacto, documento o escrito; c) oposición entre éstos y los hechos y d) la prueba de los hechos.

---

<sup>179</sup>DECAP CARRASCO, Patricio. *El Principio de la Primacía de la Realidad en la Relación Individual de Trabajo*, Citado por: BRAVO ARRIAGADA, Miguel Ángel y ROSAS CHUAQUI, José Miguel, *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo*. Tesis de grado para optar al título de abogado. Santiago de Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. p.25

### 3.3.1. Existencia de la conducta o hecho tipo

En el ordenamiento jurídico Colombiano está establecido y regulado que la existencia de la prestación efectiva del servicio en el ámbito laboral queda demostrado cuando es ejecutado bajo ciertos supuestos o circunstancias, estas circunstancias descritas y normadas constituyen las conductas o hechos tipos clasificados y definidos por Decap, los cuales en últimas son los que determinaran la presencia de un tipo de contratación de índole laboral dando prevalencia a lo real ante lo formal.

Por lo tanto, aspectos evidentes realizados por el trabajador como cumplir un horario, recibir una contraprestación por el servicio prestado, ejecutar directamente la labor contratada, existir continuidad en la misma y estar sujeto a una subordinación o dependencia frente a la otra parte contratante, constituyen el hecho tipo que determinaran la existencia del hecho trabajo.

Pero no cabe la menor duda, que la subordinación frente al empleador, la prestación personal del servicio y el salario son los supuestos para revelar la presencia de la relación laboral establecida. Tanto así, que han sido determinados por la legislación laboral Colombiana como los elementos esenciales del todo contrato de trabajo. De este modo, se encuentra expresamente reconocido el numeral 2° del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone, que “una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen<sup>180</sup>”. Destacándose de los tres elementos anteriores, la subordinación o dependencia.

---

<sup>180</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Código Sustantivo del trabajo. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#23](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#23)*

Sobre este presupuesto, Bravo y Rosas resaltan que, “la existencia de una conducta o de un hecho tipo, para efectos de la aplicación del principio de la Primacía de la Realidad, encontramos que se manifiesta en dos sentidos: que el hecho configura una relación laboral, o que la conducta se traduzca en el ejercicio de un derecho reconocido por la legislación o por el ejercicio del servicio<sup>181</sup>”.

Con respecto al *hecho que configura una relación laboral* cometan Bravo y Rosas, que estos casos se topan “con un conjunto de hechos concomitantes, que sumados, determinarán la adecuada calificación de una figura constitutiva de una relación laboral<sup>182</sup>”. Ejemplo de ello, según los citados, “se presenta en el caso de un contrato de prestación de servicios a honorarios el que pretende ser regido por la legislación común, en consecuencia que en el plano de la realidad aquellos honorarios configuran una remuneración conforme a lo que por ésta se define en la ley laboral<sup>183</sup>”. Por lo regular en estos casos, convergen otras circunstancias, “tales como el cumplimiento de un horario, la continuidad de los servicios, la prestación en forma personal de los mismos, etc.<sup>184</sup>”

En lo relacionado con que *la conducta se traduzca en el ejercicio de un derecho reconocido por la legislación o por el ejercicio del servicio*, estos autores se refieren a ello para significar que es la correspondencia que se presenta entre “un derecho que el trabajador ejerce en la práctica y la consagración legislativa expresa, como ocurre, por ejemplo, con los beneficios mínimos que no pueden ser violados por el pacto, o con la imposibilidad de que el trabajador sea trasladado del lugar de su trabajo por decisión unilateral del empleador, significándole un daño económico<sup>185</sup>”.

---

<sup>181</sup> *Ibíd.*, p.27

<sup>182</sup> *Ibíd.*, p.27

<sup>183</sup> *Ibíd.*, p.27

<sup>184</sup> *Ibíd.*, p.27

<sup>185</sup> *Ibíd.*, p.28

### **3.3.2. Existencia de un acuerdo o documento**

Por lo general al momento de entablar una relación que comporta la realización de una obra determinada se celebran entre las partes contratantes acuerdos verbales o escritos, se suscriben documentos que demuestran presuntamente la convención celebrada entre las partes y que tienen inmersas de forma expresa o tácita las obligaciones, derechos y demás aspectos que mediaran durante la vida de la labor convenida.

Muchas veces, estos acuerdos, documentos, escritos o actos al momento de confrontarlos con lo ocurrido en la práctica denotan la existencia de desajustes entre uno y otro, no compaginado lo plasmado en ellos si son escritos o no correspondiendo con lo expresado si son verbales con lo que se presenta en la realidad, permitiendo que mediante esta disconformidad se desentrañe la establecida y verdadera relación laboral oculta, esto en aplicación al principio estudiado.

Por lo tanto, estos acuerdos, documentos, escritos o convenios son presupuestos imprescindibles para comprobar la existencia de la primacía de los hechos sobre las formas.

### **3.3.3. Oposición entre escritos, documentos o acuerdos y los hechos**

Este presupuesto es trascendental al momento de determinar la aplicación del explorado, se puede decir, que contiene la esencia de lo que éste representa.

Pues, consiste en que para que tenga operatividad el prenombrado principio laboral, debe existir un nexo entre la oposición de los hechos con los documentos, acuerdos, convenios verbales o cualquier acto celebrado entre las partes contratantes,

es decir, se refiere a la discordancia que puede terciar entre lo ocurrido en la práctica y lo emergido de la denominación adoptada por los contratantes, desde la perspectiva formal.

Estas discrepancias se pueden derivar de la equivocada o inadecuada calificación que las partes dan a la relación que establecen, lo que puede ocurrir en un momento dado con la finalidad de disfrazar la verdadera naturaleza del vínculo que los une.

#### **3.3.4. La prueba de los hechos**

Este último presupuesto hace alusión a que los hechos que han de prevalecer sobre las formas, deban ser probados. Debiendo por una parte, el trabajador al pretender probar la existencia de un vínculo de connotaciones laborales a su favor, suministrar los elementos de convicción necesarios para crear en la mente del juez del conocimiento o del funcionario administrativo laboral que conozca del caso, la certeza de las circunstancias fácticas que conllevan a la relación de trabajo por él alegada. Que no es otra, que la prestación efectiva del servicio ante empleador. Aspecto este último, que ha sido ampliamente discutido y aceptado por la jurisprudencia nacional, la cual ha reiterado que la prestación real de la labor es suficiente para generar los derechos en beneficio del empleado.

Por otra parte, también ha quedado depurado en el ámbito jurídico Colombiano que si el empleador pretende desvirtuar la presunción legal que sobre él subyace, como comenta Avendaño<sup>186</sup>, tiene que refutar la existencia de la relación laboral que se arguye, y esto se da probando por cualquiera de los medios

---

<sup>186</sup> AVENDAÑO. *Op.cit.*, p.72



probatorios admitidos por la legislación nacional, que no existió subordinación jurídica o continuada dependencia del trabajador a su disposición, sino una subordinación genérica propia de un contrato de tipo civil, comercial o de cualquiera otra índole diverso al contrato de trabajo.



## **Capítulo Cuatro**

# **EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

El propósito de este capítulo, se encierra en el análisis de la aplicabilidad del principio ensayado en las vinculaciones de personal efectuadas por la administración pública mediante la contratación administrativa por prestación de servicios, para atender actividades correspondientes a la entidad estatal, cuando las mismas no puedan desarrollarse por su personal adscrito o cuando requieran conocimientos especializados.

Se reflexionará acerca de cómo los entes estatales vienen utilizando y abusando de esta figura contractual, con la intención de encubrir las relaciones laborales, desbordándose con ello, el fin último para el cual fue concebido por el legislador, y de paso violentar los derechos y garantías laborales del “contratista trabajador<sup>187</sup>”.

Para lograr este cometido, se hará inicialmente un breve recuento sobre las modalidades de vinculación de personal a los órganos estatales, con el fin de ilustrar previamente al lector sobre los tipos de relaciones jurídicas que se generan entre la administración estatal y quienes le prestan un servicio personal. Seguidamente, se conceptualizará sobre la aplicación del

---

<sup>187</sup>*En el desarrollo del presente capítulo se hablará de contratista trabajador, para hacer referencia al contratista que termina prestándole un servicio personal a una entidad pública, bajo dependencia y debida subordinación, en el marco de un contrato de prestación de servicios administrativo.*

principio en los contratos de prestación de servicio que realizan los entes públicos.

#### **4.1. VINCULACIONES DE PERSONAL A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Como preliminarmente se anotó, dentro de las presentes líneas de manera sucinta se comentará sobre las modalidades que puede generar el “establecimiento de vínculos jurídicos entre las administración y quienes prestan a ella sus servicios de orden personal, los cuales son, por cierto, diferentes de los que rigen para la misma situación en otros sectores<sup>188</sup>”.

El vínculo jurídico al que se hace mención equivale por regla general a lo que denomina Clara Dueñas<sup>189</sup>, vínculo laboral con la administración pública. Éste según la autora tiene varias manifestaciones a saber: una modalidad estatutaria, otra contractual laboral y una tercera de carácter temporal u ocasional donde confluyen los denominados auxiliares o colaboradores de la administración. A esta lista, el maestro Diego Yunes, le suma los “funcionarios de seguridad social<sup>190</sup>”, por razones de tipo históricas.

Sobre las tres primeras modalidades, comenta Yunes<sup>191</sup>, tienen su origen legal en diversas normatividades, y que el decreto 1950 de 1973 sistematiza en sus artículos 3 y 4.

---

<sup>188</sup>YUNES MORENO, Diego. *Derecho Administrativo Laboral*. 10ª Edición. Bogotá D.C.: Temis, 2005. p. 21

<sup>189</sup>DUEÑAS QUEVEDO, Clara C. *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008. p.64

<sup>190</sup>YUNES. *Op.cit.*, p. 21

<sup>191</sup>*Ibid.*, p. 23

El artículo 3 del citado decreto establece: “Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales<sup>192</sup>”.

Continúa diciendo en su segundo párrafo: “Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los Estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos<sup>193</sup>”.

Entre tanto, el artículo 4 señala: “Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el Servicio Civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes<sup>194</sup>”.

Ahora, en lo atinente a los funcionarios de la seguridad social, como modalidad de vinculación, hoy desaparecida, el autor citado indica que esta “surgió a la vida jurídica en el Decreto-ley 1651 de 1977, que regulaba la administración de personal en el Instituto de Seguros Sociales<sup>195</sup>”.

---

<sup>192</sup>COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. DECRETO 1950 DE 1973. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/decreto/1973/decreto\\_1950\\_1973.html#3](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1973/decreto_1950_1973.html#3)

<sup>193</sup>COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. DECRETO 1950 DE 1973. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/decreto/1973/decreto\\_1950\\_1973.html#3](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1973/decreto_1950_1973.html#3)

<sup>194</sup>COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. DECRETO 1950 DE 1973. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/decreto/1973/decreto\\_1950\\_1973.html#4](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1973/decreto_1950_1973.html#4)

<sup>195</sup>Ibíd., p. 21

En correlación con lo expresado, el Consejo de Estado al referirse sobre los tipos de vinculaciones de personal a las entidades públicas, viene argumentando en línea jurisprudencial que, el régimen jurídico Colombiano “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)<sup>196</sup>”. Esto de conformidad a la los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991, los cuales para una mayor ilustración prescriben, artículo 122, inciso 1º: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente...”, y el 125: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley [...]”.

#### **4.1.1. Modalidad Estatutaria**

Denominada doctrinalmente también legal o reglamentaria, es tipo propio de la vinculación de los empleados públicos, la cual se produce por medio de la expedición del acto administrativo de nombramiento, formalizándose con la toma de posesión del cargo por parte del designado empleado público.

De una forma técnica, Aldo Guarín Duran expresa con relación a este modo de vinculación que, es aquella que se presenta mediante un acto administrativo o “acto condición o

---

<sup>196</sup> CE, Sec II, Subsec. B, 01Jul. 2009, Rad I: 1106-08, A. Gerardo.

como se le conoce usualmente una resolución administrativa de nombramiento que refleja en nuestro criterio el modo general de vinculación, y que implica por tanto que una vez expedido el referido acto de nombramiento, el designado debe seguir en el proceso subsiguiente de aceptación, acreditación de requisitos y posesión del empleo que formalizan y culminan el procedimiento de vinculación<sup>197</sup>”.

Este modo de vinculación se particulariza porque el “régimen del servicio<sup>198</sup>” o de la relación laboral, se encuentra en forma previa consignado legalmente, de modo que, no hay posibilidad alguna para que El Estado - empleador y el servidor – trabajador, entren a discutir y/o convenir sobre las condiciones del empleo público, así como tampoco de variar los alcances normativos conferidos por la ley y la Constitución que regulan este tipo de relación jurídico - laboral.

Véanse entonces a modo de ilustración, que servidores o empleados públicos se encuentran sujetos a la modalidad estatutaria en la rama ejecutiva del orden nacional, para ello se trae a colación la mención que hiciere de los mismos Yunes<sup>199</sup>, quien determina que son cualquiera de los que integran o presten servicios personales en:

- a)** Los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, a título de regla general que admite excepciones.
- b)** Las empresas industriales y comerciales del Estado y que desempeñen aquellas actividades de dirección o confianza

---

<sup>197</sup>GUARIN DURAN, Aldo. *Manual de Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008. p.45

<sup>198</sup>YUNES. *Op.cit.*, p. 24

<sup>199</sup>*ibíd.*, p. 24

que según los estatutos deban ser desempeñados por personas que tenga la calidad de empleados públicos.

Lo anterior de acuerdo al autor citado, se infiere de los artículos 5 del decreto-ley 3135 de 1968 y el decreto 1950 de 1973.

Ahora, con relación a la rama ejecutiva del orden territorial, se aplica el mismo criterio prescrito en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 a nivel territorial por expresa remisión que hace el artículo 13 de la Ley 3ª de 1986 y nivel departamental por la que hiciere el artículo 42 de la Ley 11 de 1986.

#### **4.1.2. Modalidad Contractual Laboral**

Es el modo de vinculación a la administración pública de los llamados trabajadores oficiales, la cual se efectúa mediante un contrato de trabajo que entra a regular el “régimen del servicio que se va prestar, permitiendo obviamente la posibilidad de discutir las condiciones aplicables<sup>200</sup>”.

Quienes tienen la calidad de trabajadores oficiales, comenta Guarín<sup>201</sup>, se enganchan a por medio del denominado contrato ficto de trabajo, lo cual implica la suscripción por parte del empleador y del trabajador, en aparente equilibrio, de un contrato similar a la de los empleados particulares, que se ha denominado doctrinalmente ficcionado por cuanto emula o semeja el contrato de trabajo privado.

Este modo de vinculación comprende a las personas que prestan sus servicios en:

---

<sup>200</sup> *ibíd.*, p. 24

<sup>201</sup> GUARIN. *Op.cit.*, p.46



- a) Empresas industriales y comerciales del Estado, a título también de regla general, que admite la excepción y señalada ( literal b);
- b) Actividades de la construcción y sostenimiento de las obras publicas en cualquiera de los organismos oficiales;
- c) Las actividades previstas en los estatutos de los establecimientos públicos como susceptibles del tal vinculación, que a la postre fue declarada inexequible<sup>202</sup>.

Lo anterior, es deducible de los artículos antes citados de los decretos 3135 de 1968 y 1950 de 1973.

#### **4.1.3. Auxiliares de la Administración**

También denominados por la doctrina como colaboradores de la administración, son quienes se vinculan a la administración pública con la finalidad de atender y realizar funciones en forma temporal u ocasional. Esta modalidad de vinculación comprende a los supernumerarios, quienes son vinculados por medio de una relación laboral, y a los contratistas independientes quienes se vinculan en forma particular o a través de una relación contractual estatal: ambas categorías no se incorporan a las plantas de personal.

##### **4.1.3.1. Supernumerarios**

Este tipo de empleados son vinculados a las entidades estatales a través de una “relación legal y reglamentaria en forma temporal y excepcional, para suplir vacancias temporales o para atender

---

<sup>202</sup> YUNES. *Op.cit.*, p. 24.

transitoriamente funciones que no pueden ser atendidas por personal de planta por no formar parte del rol ordinario de la actividades propias de la entidad<sup>203</sup>”.

Este modo de vinculación fue concebido en el artículo 83 del decreto 1042 de 1978. Se utiliza en la actualidad para “suplir de forma temporal las vacancias de los empleados públicos en caso de licencia o vacaciones”. Los supernumerarios sólo podrán así efectuar sus funciones por un término hasta de tres meses máximo, salvo si el Gobierno lo autoriza por un término superior al indicado, cuando así lo requiera la naturaleza de la actividad o la función a desarrollarse.

#### **4.1.3.2. Contratistas de la administración**

Esta es la designación doctrinal que se le da a quienes se vinculan a los entes públicos a través de la forma contractual denominada como contrato de prestación de servicios, para prestar sus servicios personales de forma temporal al Estado en el desarrollo de una actividad relacionada con la administración o funcionamiento del ente estatal.

La forma de contratación anunciada se encuentra reglada y reconocida legalmente en el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Este modo de vinculación contractual podrá celebrarse con personas naturales o jurídicas en la medida que las funciones a realizarse sean imposibles de efectuarse con el personal del cual disponen en sus plantas la administración. Igualmente, se podrá recurrir a este modo cuando la entidad necesite para su funcionamiento personas que cuenten con conocimientos especializados.

---

<sup>203</sup> DUEÑAS. *Op.cit.*, p. 72.

La nota distintiva y que caracteriza a esta forma de vinculación a la administración pública, es que esta forma contractual no genera relación laboral y, por consiguiente, no da lugar a reconocer y cancelar salarios y prestaciones sociales.

Sobre este particular modo de vinculación a la administración pública, se hará una mención más amplia y profunda en el punto 3.2.2. Del contrato de prestación de servicios y la relación laboral.

#### **4.2. LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

En el presente aparte de la investigación, y como se había anunciado al inicio de este capítulo, se entra a comentar sobre la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en el marco de los contratos de prestación de servicios que realizan las entidades estatales adscritas a la rama del poder ejecutivo.

Como se verificará, la función del principio cada día en Colombia cobra más vigencia, gracias al constante desconocimiento y encubrimiento de las relaciones laborales por parte del Estado – empleador, quien de forma abusiva someten a los presuntos contratistas a una relación de tipo laboral, transformándolos finalmente en verdaderos trabajadores prestantes de un servicio personal bajo debida dependencia y subordinación a la administración pública.

Esta problemática es cada vez más evidente, tanto así que es objeto actual de estudios y reparos de los juristas y académicos, quienes vienen analizando la cuestión de forma conjunta con la

aplicación del principio, en aras de reconocer y salvaguardar los intereses y derechos laborales de los sometidos contratistas.

Para tal efecto, en primera instancia se abordarán los antecedentes de la problemática planteada de forma general. En segunda instancia, se examinará el concepto de contrato de prestación de servicios, sus características y diferencias con la relación laboral. Y en tercera instancia, se analizará desde la doctrina y jurisprudencia la aplicación del principio sobre los aparentes contratos administrativos de prestación de servicios que suscribe la Administración pública con los particulares con fundamento en el artículo 32, numeral 3 de la ley 80 de 1993.

#### **4.2.1. Antecedentes**

A partir de 1990 en Colombia se vienen experimentando una degeneración de las formas propias en las que se concreta la relación de trabajo reconocida legalmente en el Código Sustantivo de Trabajo, debido a la constante utilización de otros modos de contratación que se encuentran al margen de la legislación laboral, con los cuales se trafica con la mano de obra humana en beneficio de una persona natural o jurídico, en detrimento de las prerrogativas laborales de quien se contrata para que preste un servicio o efectúe la labor personal.

Este detrimento de las formas laborales que afecta al país, es la consecuencia del denominado proceso de flexibilidad laboral que viene enfrentando el mercado laboral a nivel mundial, como un efecto directo del también conocido proceso de la globalización.

Ambos procesos, uno como consecuencia del otro, vienen afectando los derechos y garantías de los trabajadores conseguidos en cierto estadio del desarrollo del derecho laboral, por ende es necesario, conceptualizar sobre globalización y flexibilidad laboral.

**Globalización.** Según Diego Guevara, “la globalización se refiere a los importantes cambios ocurridos en la economía internacional en materia de comercio, finanzas e información<sup>204</sup>”. Este es un proceso que, según el autor, “implica la aplicación de un conjunto de políticas que combinan medidas de ajuste interno en los países así como su inserción en la economía internacional<sup>205</sup>”.

De forma sencilla, se puede decir que la globalización hace referencia a que las “economías nacionales están hoy más integradas con el resto del mundo y que los bienes de capital y las comunicaciones, así como las personas, se han acercado más que nunca<sup>206</sup>”.

Dentro de este marco, determina este autor: “la globalización abre nuevas posibilidades para el crecimiento y la creación de empleos, pero a la vez afecta a los factores determinantes del empleo y los salarios y por ende, necesita regulación para evitar la competencia internacional desleal<sup>207</sup>”.

Cabe destacar, como lo hace Guevara<sup>208</sup>, que este proceso se distingue primero, por promover la privatización de las funciones del Estado. Con esta se busca disminuir el tamaño y las funciones del Estado para trasladarlas al sector privado, dándole a esta mayor importancia en la conducción del mercado y de la asignación de recursos para la inversión. Y segundo, implica la

---

<sup>204</sup>GUEVARA FLETCHÉR. Diego Andrés. *Globalización y mercado de trabajo en Colombia: Algunas consideraciones en el marco de la flexibilización laboral*. En: *Reflexión Política*. [En línea]. Diciembre, 2003, vol. 5, no. 5. p.p. 102-114. [Consultado el 10 de junio de 2010]. Disponible en: [http://editorial.unab.edu.co/revistas/reflexion/pdfs/der\\_510\\_3\\_c.pdf](http://editorial.unab.edu.co/revistas/reflexion/pdfs/der_510_3_c.pdf). ISSN 0124-0781. p. 103

<sup>205</sup>*Ibid.*, 103.

<sup>206</sup>*Ibid.*, 103.

<sup>207</sup>*Ibid.*, 103.

<sup>208</sup>*Ibid.*, 103.

tendencia a que el estado se abstenga proteger o intervenir en la economía, actividad comercial y en las contrataciones laborales.

En efecto, la globalización viene trasformando al Estado, su estructura y radio de acción e intervención cada día se reduce, “lo que necesariamente repercute en la organización y funcionamiento de las entidades y dependencias en las que se personaliza la administración pública<sup>209</sup>”.

**Flexibilidad laboral.** Por flexibilidad laboral entiende este autor que, es aquel proceso provisto de un esquema de manejo flexible de derechos laborales que se caracteriza por suprimir regulaciones que se establecieron en cierto estadio del derecho al trabajo para guiar el mercado laboral. Sobre el particular, Oscar Ermida Uriarte comenta que, “la idea de flexibilidad entendida como eliminación, atenuación o adaptación de las normas del Derecho Laboral, protectora del trabajador, tiene la finalidad de aumentar el empleo, la inversión y la competitividad internacional<sup>210</sup>”.

Aunado a lo anterior, Américo Pla señala que la flexibilidad es “la posibilidad de introducir cambios para poder resolver problemas planteados por la crisis tanto de origen tecnológico como económico. No se trata de destruir el derecho del trabajo sino de adaptarlo. No se trata de desregulación sino de regulación para resolver problemas<sup>211</sup>”. Esta concepción se presenta como

---

<sup>209</sup>VEGA DE HERRERA, Mariela. *El contrato estatal de prestación de servicios: Su incidencia en la función pública*. En: *Prolonguemos: Derecho y Valores*. [En línea]. Enero – junio de 2007, vol. 10, no. 19. p.p. 15-34. [Consultado el 11 de junio de 2010]. Disponible en: <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev1de2007/CONTRATOSERVICIOS.pdf> ISSN 0121-182X. p. 17.

<sup>210</sup>ERMIDA URIARTE, Oscar. *Las relaciones de trabajo en América Latina*. En: PALACIOS, Juan Alberto y MARENGO, Jesús Ramón. *Flexibilidad laboral y retiro voluntario*. Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997. p. 15.

<sup>211</sup>PLA RODRIGUEZ, Américo. *Reflexiones sobre los convenios colectivos en una época de crisis*. En: PALACIOS, Juan Alberto y MARENGO, Jesús Ramón. *Flexibilidad laboral y retiro voluntario*. Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997. p. 14.

solución a los problemas generados esencialmente primero, por el progreso tecnológico, éste ha producido el menor empleo de la mano de obra humana en el sector industrial, y segundo, por el crecimiento de la población mundial, fenómeno que se contrapone a la no utilización del hombre en este sector, produciendo así, mayores tasas de desocupación.

Como lo recalcan, Juan Palacios y Jesús Marengo<sup>212</sup>, algunas de las opiniones sobre flexibilidad expresan que ésta implica la renuncia y/o modificación de las normas del derecho del trabajo a favor de algo o alguien. Quiere decir ello que, si se hace el renunciamiento o atenuación de las prerrogativas de la clase trabajadora en aras de contribuir y bajo la perspectiva de salvaguardar el bienestar general, la flexibilidad aparece como una readaptación a los cambios que padece el mundo. Sin embargo, si este proceso se hace en beneficio de alguien que responda a intereses sectarios o particulares, entonces ya no se podrá pregonar que sea conveniente la modificación de las normas protectoras del derecho del trabajo para tal fin, pues se estará cediendo ante los intereses económicos de un sector en detrimentos de otro.

Realizadas estas breves anotaciones sobre globalización y flexibilidad laboral, se retoma el tema propuesto en este aparte.

Dentro de las consecuencias de la globalización se halla el cambio de la concepción del Estado, pues éste antes fungía esencialmente como prestador de servicios y ejecutor de actividades con personal propio adscrito a la función pública, ahora tiende a contraerse, encaminándose a realizar labores de control, vigilancia y regulación, manteniendo en sus plantas de personal sólo el material humano necesario para garantizar la funcionalidad de las entidades que se dediquen a esta función.

---

<sup>212</sup> *Ibíd.*, p. 14.

En el marco del proceso mediante el cual el Estado viene despojándose de las funciones que concentraba, éste viene substancialmente realizando cambios en el ordenamiento jurídico y reestructurando su estructura orgánica para tal fin.

Los cambios en el ordenamiento jurídico que viene efectuando el Estado para estar acorde con las transformaciones que demandan la inclusión en un proceso de globalización, en lo que respecta al derecho laboral que es el tema que interesa para el desarrollo de esta investigación, tiene como finalidades atraer y mantener la idea de que Colombia es una plaza beneficiosa para los inversionistas foráneos, como también comprimir los valores que implica la producción, mediante la disminución de las unidades de trabajo o formas de remuneración. Con los cambios en la normatividad laboral se busca básicamente flexibilizar los modos de contratación laboral, para ahorrarse y ahorrarle al sector privado el pago de salarios, indemnizaciones por despidos y las prestaciones sociales.

Muestra de la flexibilidad laboral, se observa en el ámbito que guía las contrataciones laborales entre privados, la ley 50 de 1991 y más recientemente la ley 789 de 2002. Si bien estas normas son para ser aplicadas en las relaciones de carácter laboral que surjan entre personas privadas, indirectamente “repercuten el sector oficial y por consiguiente en la función pública, es decir, en el derecho administrativo laboral<sup>213</sup>”, debido a que es la tendencia estatal de concebir el derecho laboral en general.

Esta tendencia flexibilizadora en el sector público, se observa dentro del esquema de derecho administrativo laboral en lo atinente a los modos de vinculación de personas a la administración

---

<sup>213</sup> VEGA DE HERRERA. *Op.cit.*, p. 18.



pública, más exactamente en la forma conocida en el medio como contrato administrativo de prestación de servicios.

Ahora, en lo tocante a la reestructuración de la parte orgánica de la administración pública, punto que amerita realizar varias anotaciones debido a que la proliferación del modo de contratación citado, como lo indica Mariela Vega de Herrera, surge como “un correctivo sucedáneo de la supresión de empleos públicos<sup>214</sup>”, inicialmente se puede decir que este, es un efecto del proceso de globalización que afronta el Estado, y su vez, es un modo de flexibilidad laboral que se emprendió desde 1991, logrando su mayor auge desde 2003 hasta 2009, bajo los gobiernos de Álvaro Uribe Vélez, pues fue durante el mandato de este presidente donde mayores supresiones se presentaron a nivel de la rama del poder ejecutivo.

Vega en un categórico análisis sobre el proceso de reestructuración que viene acaeciendo en la rama del poder ejecutivo del Estado Colombiano, entre otros comentarios que se anotaran expresa que, “este proceso atañe a la reorganización de las entidades públicas según la consigna denominada modernización del Estado<sup>215</sup>”. Con esta perspectiva, de reducir el Estado a su mínima expresión, multitud de instituciones han sido suprimidas y otras reformadas en aras de disminuir el tamaño del aparato burocrático y con ello los gastos correspondientes a sueldos y prestaciones sociales de los servidores públicos. Porque además, según la doctrinante:

“A juicio de la macro política imperante, todo cuanto opere bajo la égida oficial o pública es sinónimo de inoperancia, deficiencia, despilfarro o ineptitud, lo que se ha traducido

---

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 26.

en que el sector estatal presente enorme desproporción en el balance costos-beneficios. Consecuentemente, estiman los partidarios de esta corriente, que el sector privado con sus poderosas empresas está en mejores condiciones para asumir las funciones estatales a menor costo y con mayores rendimientos”<sup>216</sup>.

Aunado a esto, cabe anotar como lo explica Vega<sup>217</sup>, que este proceso de reestructuración tuvo un techo Constitucional, notable en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991. Esta disposición facultó al gobierno para que en un periodo de dieciocho meses contados desde la vigencia de la Constitución, “suprimiera, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional<sup>218</sup>”.

Sin embargo, los modos de reestructuración que concibió el artículo 20 transitorio de la Constitución no fueron suficientes para alcanzar la reducción del Estado y del gasto público, por tanto, se hicieron necesarias adoptar otras medidas con la finalidad de suplir estos defectos, máxime que estas fueron exigidas por los organismos internacionales dispensadores del crédito, supuestamente, requerido para el desarrollo económico. “Empero, el hecho de que se reduzcan los cargos públicos no necesariamente significa que estas funciones que le estaban asignadas logren desaparecer por completo, porque de todas maneras es necesario el mantenimiento de un orden publico

---

<sup>216</sup>*Ibid.*, p. 19 -26.

<sup>217</sup>*Ibid.*, p. 26.

<sup>218</sup>CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr013.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr013.html)*

así sea mínimo, con el cual se garantice la supervivencia del conglomerado social<sup>219</sup>”.

Al concebir una idea de desproveer al Estado de todas sus funciones públicas para que sean radicadas en cabezas del sector privado, “se corre el riesgo de que el caos y la anarquía se entronicen, lo cual pone en riesgo la existencia del mismo Estado<sup>220</sup>”. Entonces, como señala Vega, lo ideal es que el sector privado sea el que “asuma las otrora funciones públicas huérfanas de titulares<sup>221</sup>”, no obstante, “ello no es posible, porque la empresa privada no tiene interés en aumentar su planta de personal, ella o el mismo Estado, acuden al expediente – en principio más expedito y ventajoso: los contratistas de prestación de servicios. Su reclutamiento no exige concursos, la relación es temporal y los honorarios excluyen el pago de prestaciones sociales<sup>222</sup>”.

Sobre los procesos de reestructuración, la precitada autora también resalta que éste ha sido “materia de análisis por la jurisprudencia y de la doctrina<sup>223</sup>”, arribándose en ambos campos a la conclusión de que, las relaciones laborales surgidas en materia de función pública entre El Estado y sus servidores, vienen soportando considerables cambios. Múltiples han sido los pronunciamientos de las Altas Cortes sobre el tema, no obstante, por no ser éste el tema objeto de análisis de la presente investigación, a continuación se citaran algunos apartes de sentencias donde se resalta el espíritu de reestructuración estatal.

Así pues, la Corte Constitucional en sentencia C -209 de 1997, señala como fundamentos de la reestructuración:

---

<sup>219</sup>*Ibid.*, p. 21.

<sup>220</sup>*Ibid.*, p. 21.

<sup>221</sup>*Ibid.*, p. 21.

<sup>222</sup>*Ibid.*, p. 21.

<sup>223</sup>*Ibid.*, p. 21.

“El proceso de modernización del Estado colombiano persigue mejorar la eficiencia de las actividades adelantadas por los entes públicos en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Este, para cumplir con sus fines, debe reajustar la estructura orgánica y funcional que le sirve de medio para obtenerlos. Por lo tanto, en lo que respecta a la administración pública, resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc., y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente. El proceso de reestructuración que adopte el Legislador en una entidad dentro de los principios enunciados para su cabal funcionamiento, es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social”<sup>224</sup>.

En similar parecer, el Consejo de Estado, establece:

Liquidación y reestructuración de entidades.

“El constituyente de 1991, al procurar una forma rápida de transición en la organización y funcionamiento de la administración pública que permitiera ponerla en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional, y en especial con la redistribución de competencias y recursos en ella establecidos, otorgo al Gobierno Nacional

---

<sup>224</sup> *C Const, C-209/ 1997, H. Herrera.*

un plazo no superior a dieciocho meses contados a partir de la vigencia de la nueva carta, para suprimir, fusionar y reestructurar las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional ( Art. Transitorio 20). Este fue el origen de la reforma administrativa de 1992, la cual estuvo orientada, entre otros, por principios fundamentales del Estado Social de Derecho, es decir, la autonomía y mayor responsabilidad de las entidades territoriales y la prevalencia del interés general. También, se rigió por los principios de subordinación a los intereses generales, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, a que debe sujetarse toda función administrativa conforme al artículo 209 superior. En desarrollo de las disposiciones constitucionales citadas, se expidieron los decretos 2135 de 1992 – con fuerza de ley – y 1675 – de facultades extraordinarias, por medio de las cuales se reestructuró el Instituto Colombiano de Hidrogeología, Meteorología y Adecuación de Tierras HIMAT y se suprimió el instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA, respectivamente<sup>225</sup>”.

De este modo, se observa la concreción del concepto de la reestructuración en el seno de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado. Ambas nociones reconocen la importancia de reducir la estructura orgánica del Estado, lo cual conlleva obligatoriamente a la salida de funcionarios públicos.

En su análisis sobre la reestructuración estatal, Vega además recalca que la ratificación contundente en cuanto a lo que se ha reseñado, se encuentra plasmado en la ley 790 de 2002: “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas

---

<sup>225</sup> CE, Sec II, S de Consulta y Servicio civil. 08 Oct. 1999, Rad I: 1208, A. Trejos.

facultades extraordinarias al Presidente de la República<sup>226</sup>”. Esta ley con un leguaje algo diferente, pero con objetivos idénticos a los concretados en el artículo 20 transitorio de la Constitución, señala en su artículo primero: “La presente ley tiene por objeto renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998<sup>227</sup>”.

En resumen, en lo que respecta a este tema, señala la autora:

“Los procesos de reestructuración –en el derecho colombiano- pueden definirse como las medidas adoptadas por el Estado mediante actos jurídicos-legislativos o administrativos-tendientes a que la administración se adapte a las políticas económicas imperantes en determinado momento de la historia. Esas medidas, según deposición sobre las materia y conforme lo puntualiza la jurisprudencia comprenden la supresión, fusión, liquidación o creación de entidades y dependencias públicas, y por tanto, de cargos para servidores oficiales. Y tanta importancia han tenido los procesos de reestructuración en el sector estatal que la misma ley 909 de 2004 en su artículo 41 numeral 12, contempla como una de las causas de separación del servicio los empleados de carrera, la supresión del empleo”<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup>CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Ley 790 de 2002. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 00 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/ley/2002/ley\\_0790\\_2002.html](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/ley/2002/ley_0790_2002.html)*

<sup>227</sup>*Ibid.*,

<sup>228</sup>VEGA DE HERRERA. *Op.cit.*, p. 25.

Dentro de este ambiente de reestructuración de la estructura orgánica de la rama ejecutiva del Estado Colombiano que se produce en obediencia de las exigencias que implica la globalización, lo cual ha sobrellevado a prescindir de miles de funcionarios públicos, como bien lo determina Mariela Vega, se viene presentando una “proliferación de contratos de prestación de servicios como correctivo sucedáneo a la supresión de los empleos públicos<sup>229</sup>”. En efecto, para la administración era imposible prescindir del elemento humano en sus instituciones, puesto que, “la vida moderna impone al Estado y a toda la sociedad organizada algunos cometidos<sup>230</sup>”, que requieren de personas dispuestas a desarrollar las labores asignadas a la administración, mediante las cuales se concretiza la actividad estatal.

Entonces el modo de contratación por prestación de servicios administrativo, reconocida dentro del ordenamiento jurídico Colombiano en el Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993, la Ley 190 de 1995 y el Decreto 2170 de 2002, se viene erigiendo en este panorama donde El Estado mantiene la conciencia que, por un lado, le exige enflaquecer su aparato burocrático, pero que por otro lado, le demanda la realización de ciertas funciones, las cuales requieren el empleo de personas para cumplirlas desde sus instituciones.

No obstante, la administración pública del Estado de manera afanada y abusiva en procura de responder a la demanda que le exige desplegar un sin número de actividades y funciones para conseguir sus fines, recurre a la forma de contratación por prestación de servicios administrativo al margen de la normatividad relativa a la contratación estatal, pues, la relación

---

<sup>229</sup> *Ibíd.*, p. 26.

<sup>230</sup> *Ibíd.*, p. 22

contractual que estos deben generar, termina convirtiéndose en una relación laboral, de modo que, se crea una trasgresión a los derechos y garantías laborales propios de este tipo de relación.

Esta perjudicial utilización de esta forma de contratación estatal no laboral y modo de vinculación de personal a las entidades públicas, se desnaturaliza para en efecto transformarse en otra de naturaleza laboral, la cual a todas luces requiere de una protección por parte del mismo Estado por tratarse de prerrogativas de derecho laboral reconocidas dentro del ordenamiento jurídico, por tanto, se genera para éste un accionar que indubitablemente debe provenir de los intérpretes de las normas, esencialmente los pertenecientes al poder judicial: los Jueces de la República. Quiere decir esto, que actualmente la solución más efectiva para zanjar esta problemática, es de tipo judicial.

En efecto, se observa de la lectura a la jurisprudencia, la constante utilización de los principios constitucionales para dar solución a las controversias suscitadas alrededor de las “relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras<sup>231</sup>”.

Dentro de este esquema de principios constitucionales al que fundamentalmente se acude en los eventos en que se hayan celebrado contratos como los mencionados con el fin de encubrir una relación laboral es, el renombrado principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política. De modo que, si se configurará una relación de índole laboral en el desarrollo de una forma contractual no laboral

---

<sup>231</sup> CE, Sec II, Subsec. B, 01 Jul. 2009, Rad I: 1106-08, A. Gerardo.



como la citada, la consecuencia normativa y garantizadora “del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla<sup>232</sup>”.

#### **4.2.2. Contrato de prestación de servicios y la relación laboral**

Como se indica en párrafos anteriores, la actividad pública Estatal que amerita la vinculación de personal a la administración pública para tal fin, se presenta en las siguientes modalidades jurídicas: reglamentaria, contractual laboral y contractual administrativa. De este modo, se observa en el análisis del tema 4.1. Así pues, se determina que la vinculación de los empleados públicos genera una relación reglamentaria o legal, la cual se regula por el derecho laboral administrativo; la de los trabajadores oficiales una de tipo contractual laboral, que se regula en su parte individual por el derecho administrativo laboral y su parte colectiva por el Código Sustantivo del Trabajo, y a la de los contratistas por prestación de servicios una de carácter contractual, la cual se rige por el estatuto de contratación estatal consignado en la ley 80 de 1993, y por normas complementarias del derecho comercial y civil.

No obstante a lo dicho, lo cual es la concepción generalizada sobre la relación que genera la forma de contratación administrativa analizada, se encontró que el doctrinante William René Parra Gutiérrez, difiere de lo antes explicado, señalando que:

---

<sup>232</sup> *Ibid.*,

“La relación de trabajo, no solamente existe en el régimen del empleado público, del trabajador oficial, o del miembro de corporación pública, sino en la de las actividades independientes como las que surgen del ejercicio de profesiones liberales, si bien se desarrollan con autonomía e independencia, aunque sí con el correr del tiempo se prestan con subordinación o dependencia, y se dan en el sector privado, surge el contrato de trabajo, y si se dan en el sector público, nace una relación de trabajo subordinada que se debe incluir dentro de las especies de servidor público, por desarrollar funciones administrativas para la administración pública, en aras de servicio público, y por una remuneración, sin olvidar que el honorario conforme a la ley 4 de 1992, es una retribución aceptada por el Estado con sus servidores públicos”<sup>233</sup>.

Entonces, la relación de trabajo determina Parra<sup>234</sup>, es común en la actividad humana, y cuando surge de un contrato de prestación de servicios de carácter independiente regulado por el derecho civil, si el deudor de los honorarios no los cancela, el contratista puede exigirlos por medio de un proceso de ejecución ante el juez laboral, dada la naturaleza de la relación laboral, y aunque en este caso dicha relación no sea subordinada, sino independiente.

Por tanto, este autor señala incluso que, “por éste motivo el artículo 32 de la ley 80 de 1993, impropia dice que el contrato de prestación de servicios no genera relación laboral, aunque lo que se pretende es prohibir el pago de las prestaciones sociales, si bien podía decirse simplemente que no hay lugar a ellas en esta clase de contrato, y no incurrir en tal afirmación desfasada<sup>235</sup>”.

---

<sup>233</sup>PARRA GUTIÉRREZ. William René. *Empleo Público, Gerencia Pública y Carrera Administrativa*. Bogotá D.C, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. p. 39.

<sup>234</sup>*Ibid.*, p. 39.

<sup>235</sup>*Ibid.*, p. 39 – 40.

En esta forma de contrato, “es tan cierta la relación de trabajo que la ley 100 de 1993 con gran acierto ordena que se efectúen los descuentos para la salud y pensiones que han de beneficiar al contratista, tanto en seguridad social en salud, como pensiones<sup>236</sup>”.

Sobre las anotaciones antes citadas a modo de ilustración, efectuadas por el doctrinante William René Parra Gutiérrez en su obra *Empleo Público, Gerencia Pública y Carrera Administrativa*, este investigador no hará reparo ni mención alguna en sentido crítico para no desviar el objeto de la investigación.

#### **4.2.3. Concepto de contrato de prestación de servicios**

Esta forma de contratación es una figura contractual mediante la cual, de acuerdo a la ley, la jurisprudencia y la doctrina, se vinculan a los denominados contratistas de la administración de forma temporal u ocasional, “para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad<sup>237</sup>”.

Este tipo de contratación, se encuentra reglado y definido en el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993 de la siguiente forma:

“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.”

---

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>237</sup> DUEÑAS. *Op.cit.*, p. 76.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”<sup>238</sup>.

De la normatividad trascrita, las partes subrayadas fueron cuestionadas con una acción de inconstitucionalidad, siendo declaradas *exequibles* por la Corte Constitucional en el marco de un “control de constitucionalidad<sup>239</sup>” efectuando a través de la sentencia C-154 de 1997, bajo el fundamento principal de que si se acredita la existencia de una relación laboral subordinada, se deberá procurar por “la debida protección y prevalencia los derechos y garantías más favorables del contratista convertido en trabajador, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales<sup>240</sup>”. Sobre la temática comentada se hablará profundamente en el próximo punto de esta investigación.

Por el lado de la doctrina, Yunes comentando sobre la vinculación que se efectúa a través del contrato estatal estudiado señala: “Da el título de contratista a quien se vincula a la administración pública mediante un contrato de esta naturaleza, y se aplica a quienes prestan sus servicios personales al Estado en

---

<sup>238</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 80 de 1993: Estatuto de Contratación Estatal. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0080\\_1993\\_pr001.html#32](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993_pr001.html#32)

<sup>239</sup> Desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se puede pregonar que nació un nuevo control de Constitucionalidad de las leyes en Colombia, el cual ya no sólo versa con el fin último de salvaguardar procedimientos y competencias establecidas en la Carta, sino que también puede llegar a ser un control efectivo para proteger los derechos fundamentales de los Colombianos. En: ARIAS FONSECA, Jaime Luis. *El Control de Constitucionalidad de las Leyes, La Acción de tutela y la Revisión de Tutela: Como un Triangulo Protector de los Derechos Fundamentales en Colombia. Monografía de grado para optar al título de abogado. Barranquilla. Corporación Universitaria de la Costa –CUC-. 2007. pp. 49-51.*

<sup>240</sup> C Const, C-154/ 197, H. Herrera.

forma temporal, mediante la figura prevista para tal efecto por la ley 80 de 1993: el contrato de prestación de servicios<sup>241</sup>”.

Como comenta Guarín<sup>242</sup>, se puede decir que la forma de contratación analizada, es una modalidad autónoma de vinculación con el Estado regida por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 y en el Código Civil, la cual supone una vinculación de naturaleza independiente entre el contratista y el Estado, y por tanto, no constituye una relación laboral.

Coligado a lo anterior, José María Obando Garrido<sup>243</sup> explica que estos son celebrados por la administración de conformidad con el artículo 32 ordinal 3 de la ley 80 de 1993, con personas naturales o jurídicas que por sus conocimientos técnicos o científicos especiales le puedan prestar a ella dichos servicios. La contratación de servicios personales, con personas naturales, solamente se realiza cuando las funciones de la entidad estatal contratante no pueden ejecutarse con personal disponible en su planta o sean necesarios conocimientos especializados.

La jurisprudencia de las altas Cortes también se viene ocupando del desarrollo conceptual del contrato de prestación de servicio, es así como la Corte Constitucional al referirse sobre éste, establece:

“Es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de

---

<sup>241</sup> YUNES. *Op.cit.*, p. 35

<sup>242</sup> GUARIN. *Op.cit.*, p. 347

<sup>243</sup> OBANDO GARRIDO. *José María. Tratado de derecho Administrativo laboral. 2ª Ed. Bogotá D.C, Ediciones Grupo Ibáñez. 2005. p. 235.*

personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores. Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción”<sup>244</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado aludiendo al concepto, finalidad y características expresa:

“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. El contrato de prestación de servicios tiene por finalidad desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, no genera relación laboral ni prestaciones laborales, es de naturaleza temporal, sólo puede celebrarse por el término estrictamente necesario para ejecutar el objeto convenido, el contratista no adquiere,

---

<sup>244</sup> *C Const, C-094/ 2003, J. Córdoba.*

por el hecho de haber suscrito un contrato con el Estado, la categoría de empleado público o de trabajador oficial”<sup>245</sup>.

De esta manera, la ley, la doctrina y la jurisprudencia se ocupan del concepto y noción sobre el contrato de prestación de servicio.

#### **4.2.4. Características**

La modalidad de contratación estatal reseñada posee un sin número de características que permiten identificarlo como un negocio jurídico propio del esquema de contratación estatal Colombiano adyacente al derecho administrativo. Estas son básicamente las siguientes: a) es una forma de vinculación de personal a la administración pública; b) es un contrato que implica una actividad independiente para el contratista; c) tiene como finalidad realizar actividades de carácter temporal atañidas a la administración del órgano estatal entidad o con el cumplimiento de sus funciones; d) se regula por una normatividad especial sobre contratación estatal, derecho civil y comercial y e) puede celebrarse con personas naturales o jurídicas.

##### ***a) Forma de vinculación de personal a la administración pública.***

Como se indica en el análisis del tema 4.1., de este trabajo, esta forma de contratación pública, prescrito en el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993, es uno de los tres modos de vinculación de personal a la entidades públicas. Por medio de esta se vinculan a los “contratistas de prestación de servicios<sup>246</sup>”, generándose con ello la denominada “relación contractual estatal<sup>247</sup>”.

---

<sup>245</sup> CE, S de Consulta y Servicio Civil, 02 mayo 2003, Rad 1490. A. Trejos.

<sup>246</sup> CE, Sec II, Subsec A, 15 Mar. 2007, Rad I: 6267-05. A. Arango.

<sup>247</sup> *Ibíd.*,

Esta forma de vinculación a entidades públicas que se realiza por medio de la contratación anunciada, se solemniza suscribiendo un documento donde se plasma esencialmente la voluntad de los contratantes, se conviene sobre el objeto y se establece la contraprestación, esto conforme a los artículos 39 y 40 de la ley 80 de 1993, de los cuales se infiere que los contratos estatales deberán constar por escrito.

**b) *Implica una actividad independiente para el contratista de la administración.*** Para este autor, la principal nota distintiva del contrato estatal estudiado es que, “el contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones<sup>248</sup>”. Como exactamente lo señala Obando, ésta se “realiza en un marco de libertad y autonomía de la gestión técnica, científica, profesional y jurídica que pueden cumplir los profesionales del derecho, la ingeniería, la medicina, escritores, escultores, arquitectos y artistas, es decir, personas cuya identidad profesional o artística esté debidamente acreditada<sup>249</sup>”.

En este sentido, la Corte Constitucional, en la mítica sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, establece que “la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas<sup>250</sup>”.

---

<sup>248</sup> CE, S de Consulta y Servicio Civil, 23 Nov. 2005, Rad I: 1693. F. Rodríguez.

<sup>249</sup> OBANDO. *Op.cit.*, p. 235.

<sup>250</sup> C Const, C-154/1999, H. Herrera.



c) *Tiene como finalidad realizar actividades de carácter temporal relacionadas con la administración de la entidad o con el cumplimiento de sus funciones.* Enseña la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>251</sup> que de una interpretación preliminar del numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 se concluiría, que es posible la celebración de este contrato para la ejecución de cualquier objeto que guarde relación “con la administración o funcionamiento de la entidad<sup>252</sup>” pública, lo cierto es, resalta el tribunal de lo contencioso, “que el contenido obligacional se circunscribe a una prestación de hacer, esto es, la realización de actividades o el despliegue de alguna acción o conducta<sup>253</sup>”. Por último señala, “la delimitación del objeto del contrato proviene no sólo de las normas positivas que lo definen y que se acaban de analizar, sino también de disposiciones prohibitivas o restrictivas que indican que el contrato de prestación de servicios no es un medio para suplir la vinculación de personas naturales en el desempeño de la función pública, ni constituye un instrumento para el cumplimiento propiamente dicho de ella<sup>254</sup>”.

Sobre la temporalidad de la forma contractual reseñada, ésta se debe desarrollar en un lapso de tiempo estrictamente necesario para desarrollar el objeto 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

---

<sup>251</sup>CE, *S de Consulta y Servicio Civil*, 23 Nov. 2005, Rad I; 1693. F. Rodríguez.

<sup>252</sup>CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Ley 80 de 1993: Estatuto de Contratación Estatal. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0080\\_1993\\_pr001.html#32](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993_pr001.html#32)*

<sup>253</sup>*Ibid.*,

<sup>254</sup>*Ibid.*,

permanente<sup>255</sup>”, señala la Corte Constitucional, “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>256</sup>”.

**d) Lo regulan normas de la contratación estatal, derecho civil y comercial.** Este tipo de contratación administrativa se rige por la ley 80 de 1993, más conocida como el estatuto de contratación estatal y la normatividad complementaria. Asimismo se recurre a la ley civil y comercial para interpretar algunas de las cláusulas que se consignan en el contrato, esto último de conformidad al artículo 40 de la norma citada que establece: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza<sup>257</sup>”.

La contratación por prestación de servicios administrativa ha sido desarrollada y reglada en el ordenamiento jurídico a través del Decreto ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993, la Ley 190 de 1995 y el Decreto 2170 de 2002.

Las controversias contractuales que surjan entre los contratistas y la administración pública, son de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa.

---

<sup>255</sup> C Const, C-154/1999, H. Herrera.

<sup>256</sup> *Ibid.*,

<sup>257</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 80 de 1993: Estatuto de Contratación Estatal. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0080\\_1993\\_pr001.html#40](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993_pr001.html#40)

Con lo referido se aclara entonces, que este modo contractual no se rige por las normas laborales, y por consiguiente, no genera ni salario ni prestaciones sociales a cargo de la administración y a favor de los contratistas.

*e) Puede celebrarse con personas naturales o jurídicas.* El contrato administrativo por prestación de servicios, tal y como se infiere de la lectura del artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993, puede celebrarse “tanto con personas jurídicas como naturales, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no pueden cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exigen conocimientos especializados de los que no disponen los servidores de la entidad<sup>258</sup>”.

#### **4.2.5. Diferencias con el contrato laboral**

Es importante para efectos de asimilar de mejor forma la operancia y aplicación del principio de la primicia de la realidad sobre las formas, tal y como se verá en el punto 3.2.6. De la Aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre los contratos de prestación de servicios, señalar las diferencias más marcadas que existen entre el contrato de trabajo con el contrato de prestación de servicio. Estas se determinan con base al concepto y caracteres propios de esta última forma de contratación.

Así pues, se tiene primero que, la relación que emerge al celebrarse un contrato de trabajo, es de carácter laboral y se regula por el Código Sustantivo de Trabajo, en cambio la que surge de la contratación administrativa por prestación de servicios, es la que denomina la jurisprudencia como relación

---

<sup>258</sup> CE, S de Consulta y Servicio Civil, 23 Nov. 2005, Rad I: 1693. F. Rodríguez.

contractual estatal, la cual se regula por la normatividad relativa a la contratación estatal.

El contrato de trabajo sólo se puede convenir exclusivamente con una persona natural, a quien le corresponderá la prestación personal de un servicio a favor de otra, que puede ser natural o jurídica, bajo continuada dependencia y subordinación, y perdura tratándose de contratos indefinidos mientras que las circunstancias que lo originaron subsistan, en el caso de los contratos a término fijo, como su nombre lo indica, equivaldrá al tiempo establecido en el contrato bajo la observancia de las normas que lo regulan, en ambos casos el empleador puede darlo por terminado unilateralmente, produciéndose como consecuencia una indemnización por despido injusto a favor del trabajador.

En cambio, el contrato de prestación de servicios administrativo puede ser celebrado tanto con personas jurídicas o naturales, en el caso de convenirse con estas últimas, se realizará dado el caso de que la Administración no pueda ejecutar determinadas actividades el material humano del que dispone o cuando sean necesarios conocimientos especializados. El contratista goza de un nivel suficientemente amplio de “autonomía, tanto en aspectos técnicos, científicos o profesionales. En estas tareas autónomas o no dependientes, de ordinario predomina el aspecto intelectual sobre el material, como en el caso de los profesionales liberas, médicos, abogados, ingenieros o de ciertos artistas como pintores, escultores, etc., que orientan su trabajo con relativa independencia para conseguir los fines propuestos<sup>259</sup>”.

La duración de estos contratos es temporal, significa esto que, se debe desarrollar en un término limitado suficiente para

---

<sup>259</sup> YUNES. *Op.cit.*, p. 36.

ejecutar el objeto contractual convenido, y en caso de que las actividades que éste demande se tornen permanentes e indefinidas, “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>260</sup>”.

En los contratos de trabajo no se convienen cláusulas excepcionales que reflejan el poder exorbitante del Estado, mientras que en los contratos de prestación administrativos se pueden pactar dichas “cláusulas<sup>261</sup>” a favor de la administración de conformidad al artículo 14, numeral 2 inciso 2 de la ley 80 de 1993 relativas la terminación, interpretación y modificación unilateral a favor de la entidad estatal.

Los contratos de trabajo se desarrollan en el marco de una jornada de trabajo, regularmente precedida por un horario que deben cumplir rigurosamente los trabajadores, mientras que en la contratación administrativa por prestación de servicios se presenta por así decirlo, una jornada de trabajo antecedida por una libertad de horario, “que supone el manejo de tiempo de acuerdo con las necesidades y actividades del contratista, supeditado al factor de tiempo sólo al cumplimiento del plazo estipulado en el contrato, es decir, al termino general de ejecución que tienen los contratos autónomos cuando hay lugar a ello, en el cual se acuerda el cumplimiento de las obligaciones y cuya vigencia determina el marco temporal de ejecución de la labor a desarrollar<sup>262</sup>”.

---

<sup>260</sup> *C Const, C-154/1997, H. Herrera.*

<sup>261</sup> *CE Sec III, 30 Nov. 2006, Rad I: 30832. A. Hernández.*

<sup>262</sup> *GUARIN. Op.cit., p. 348*

Sin embargo, se aclara que en determinados casos, la realización de algunos de los precitados contratos, amerita el acatamiento de horarios, teniendo en cuenta como fundamento esencial que, la función a desplegarse es de aquellas que debe efectuarse dentro del horario de funcionamiento de la entidad. Esto puede pactarse como producto de la manifestación de un acuerdo contractual por las partes, en aras de lograr lo denominado por el Consejo de Estado: “coordinación de actividades<sup>263</sup>”.

Por último, los contratos laborales generan a cargo del empleador la cancelación de las prestaciones sociales a favor del trabajador de conformidad a lo consagrado en Código Sustantivo del Trabajo, en cambio, de conforme al Estatuto de Contratación Estatal, el contrato de prestación de servicios no genera este tipo de prerrogativas.

#### **4.2.6. Aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre los contratos de prestación de servicios administrativos**

El principio antes nombrado, como extensivamente se explicó en líneas anteriores, es un pilar del derecho laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, que puede invocarse en el marco de la relación contractual no laboral celebrada entre personas naturales, o una natural y jurídica; sea pública o privada, cuando los hechos que preceden dicha relación configuraran una de tipo laboral, sobreponiéndose de tal modo, lo que ocurra en la práctica o la realidad de los hechos, mas no la forma que las partes hayan pactado.

Con base a lo anterior, puede decirse que, el precitado principio puede alegarse contra el Estado, cuando éste en el desarrollo de una forma de contratación por prestación de servicios, “resulta asumiendo materialmente la posición

de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado<sup>264</sup>”, por consiguiente, “en un Estado social de derecho, fundado en el trabajo, mal puede el Estado prevalerse de su condición o de su normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo<sup>265</sup>”.

Los derechos y garantías concebidos dentro del derecho al trabajo, pueden superponerse en las relaciones contractuales establecidas entre el Estado y los contratistas por servicios, sin importar su calificación formal, cuando esta permita inferir que la prestación que se desarrolla es propia de una relación de tipo laboral. De este modo, y como a continuación se verá, la doctrina y la jurisprudencia de las Altas Corte lo viene estableciendo.

#### **4.2.6.1. Conceptualización doctrinal**

Como se verá a continuación, la doctrina administrativa-laboral sobre el tema analizado en la presente tesis, convergen en el pensamiento de que la operancia del principio de la primacía de la realidad en el marco de las aparentes relaciones contractuales surgidas con un contrato de prestación de servicios profesionales administrativo, encuentra su razón de ser en la indebida y fraudulenta utilización de este modo de contratación estatal y vinculación de personal a entidades estatales efectuada por la administración pública, la cual termina transformando a los contratistas por prestación de servicios en trabajadores al servicio del Estado, desbordando con ello, el fin para el cual fue creado esta figura contractual.

---

<sup>264</sup> VILLEGAS. *Op.cit.*, p., 221

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 221.

Jairo Villegas Arbeláez, al analizar la aplicación del principio comentado sobre la forma de contratación administrativa por prestación de servicios, explica que esto viene aconteciendo como consecuencia de “la expansiva practica administrativa de pretender sustituir la relación laboral de empleo público por la de trabajo ejecutado mediante contrato administrativo de prestación de servicios<sup>266</sup>”, convirtiéndose en “un problema permanente, hoy acentuado por la tendencia a la deslaboralización o desregulación del trabajo, que consiste en acudir a otras formas jurídicas simuladas, que estimulan otros vínculos sustitutos para negar el laboral<sup>267</sup>”.

La tendencia “neolaboral<sup>268</sup>”, “neocientelista<sup>269</sup>” y la deslaboralización concurren, según Villegas, “a estimular la práctica del abuso del derecho; han puesto de moda los contratos administrativos de prestación de servicios y los han

---

<sup>266</sup>VILLEGAS. *Op.cit.*, p., 190.

<sup>267</sup>*Ibid.*, p., 178.

<sup>268</sup>Según Villegas, este concepto tiene como uno de sus ejes deslaborizar el trabajo, esto es, sustraerlo de la especial protección propia del derecho laboral (salario, prestaciones, carrera o profesionalización, estabilidad, sindicalización, jornada de trabajo), para remitirlo sustitutivamente a su regulación por normas no laborales, de contratación administrativa o contrato administrativo de prestación de servicios, como forma de expropiación laboral o de pauperización del trabajo. En: VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales*. Octava edición, Bogotá D.C. Legis, 2008. p., 218.

<sup>269</sup>Según Villegas, este concepto es una expresión de la postración de los partidos y programas políticos, de la corrupción política que sustituye el ejercicio de la política mediante ideas o programas, del Estado como instrumento al servicio de la sociedad, por las prácticas de traficar con clientelas que asumen al Estado como un botín. Para evitar el sistema de carrera o de ingreso por meritos, mediante concurso, o el control de planta de personal y del valor de las asignaciones mensuales o sueldos previstos, acude sustitutiva y fraudulentamente al CAPS. Para escoger arbitrariamente los contratistas de prestación de servicios, con la finalidad clientelista, sin control real (aún con beneficio compartido en forma oculta), y distribuyendo en muchos o en pocos CAPS, según las controversias, lo que presupuestariamente es una partida global. En: VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales*. Octava edición, Bogotá D.C. Legis, 2008. p., 218.



convertido en una política gubernamental expandiendo su celebración violatoria del orden constitucional y legal, con el pretexto de las formas<sup>270</sup>”.

Al referirse sobre la aplicación de este principio, Villegas comenta, que 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<sup>271</sup>”, por cuanto que, “la entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones 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 de trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia<sup>272</sup>”.

Por tanto, determina el citado autor: “El derecho del trabajo puede imponerse al Estado y regir una relación de servicios que, pese a su calificación formal diferente, exhiba concretamente las notas que permitan reconocer la existencia de una prestación personal<sup>273</sup>”.

No obstante, advierte Villegas<sup>274</sup> al conceptualizar sobre la aplicación y operancia del principio ampliamente citado que de conformidad a las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y Consejo de Estado, no resulta para el

---

<sup>270</sup> VILLEGAS. *Op.cit.*, p., 218.

<sup>271</sup> *ibíd.*, p., 221.

<sup>272</sup> *ibíd.*, p., 221.

<sup>273</sup> *ibíd.*, p., 221.

<sup>274</sup> *ibíd.*, pp., 222-230.

contratista la calidad de empleado público, limitando sus efectos al establecimiento de la relación laboral para así reconocer los derechos patrimoniales laborales. De este modo se verá en el punto

#### ***4.2.6.2. De la Conceptualización Jurisprudencial.***

Siguiendo con la doctrina, Aldo Guarín Duran<sup>275</sup>, refiriéndose al indebido uso del contrato de prestación de servicios administrativos expone que, la deslaborización de las relaciones de trabajo, la cual viene aconteciendo tanto en el campo privado y público, debido esencialmente por la supuesta imposibilidad de asumir el pago de “prestaciones legales y extralegales de trabajadores particulares y servidores públicos, explica la necesidad de acudir a esta forma de contratación autónoma que, a fuerza de la necesidad, ha sido desdibujada y desnaturalizada, pues resulta frecuente su incorrecta utilización por parte del Estado y se ha convertido en una figura que indiscutiblemente reemplaza en muchos casos la relación de trabajo con el Estado en perjuicio de los ciudadanos<sup>276</sup>”.

Continúa explicando Guarín, que esta forma contractual no constituyen una relación laboral a no ser que, como viene ocurriendo de manera lamentable, la entidad de forma deliberada, ya sea por ignorancia, mala fe o descuido, que no parece una condición entendible en el manejo de los asuntos del Estado, desfigure la naturaleza del contrato administrativo. Esto usualmente se refleja con la ejecución contractual mediante la cual, por ejemplo, se exige “el cumplimiento de órdenes, mandatos o directrices, la observación de horarios o jornadas estrictas de trabajo, con horarios de ingreso y salida, imponga sanciones disciplinariamente al contratista y establezca de manera impositiva la manera como debe ejecutarse en

---

<sup>275</sup> GUARIN. *Op.cit.*, p.349.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p.349.

termino generales la actividad contractual, privando al contratista de su autonomía<sup>277</sup>”.

Es en estos contratos de prestación de servicios, donde por lo regular, comenta Guarín<sup>278</sup>, ocurren el mal manejo de la capacidad de direccionamiento que ostenta la entidad sobre el contrato puede tornar la relación autónoma, en una relación laboral subordinada, como ocurre por ejemplo, cuando sobre el contratista se ejercen poderes subordinantes; se establecen horarios rígidos; se sanciona disciplinariamente el incumplimiento de los mismos; se limita drásticamente la autonomía profesional ordenando cómo deben cumplir cada una de las tareas a realizar, incluso con remisión a los establecido por los superiores; la imposición de las denominadas calificaciones del servicio, de tiempo en tiempo, que son pruebas destinadas exclusivamente a la valoración de los empleados de carrera administrativa y **la imposición de funciones semejantes o idénticas funciones a la de personal de planta.**

La ultima situación (parte resaltada), parece ser la más usual en este descuidado modo de manejar los contratos administrativos de prestación de servicios generales o profesionales, especialmente estos últimos, puesto que, como lo destaca el precitado autor, la administración pública, impone “funciones semejantes o incluso idénticas a la del personal de planta (sin ninguna calificación especializada<sup>279</sup>” sin “exigencia de ninguna condición académica especial para su vinculación, entiéndase una preparación o formación intelectual con conocimientos en una materia determinada, que justifique la contratación<sup>280</sup>”.

---

<sup>277</sup> *Ibíd.*, p.347.

<sup>288</sup> *Ibíd.*, p.348.

<sup>289</sup> *Ibíd.*, p.349.

<sup>290</sup> *Ibíd.*, p.349.

Ante esta mala práctica de contratación, la cual implica la sumisión de un contratista a los lineamientos que guían una relación contractual laboral, de acuerdo a Guarín, surge la aplicación de la teoría del contrato realidad concebidos por la doctrina, legislación universal laboral y por el ordenamiento jurídico interno en el artículo 53 de la Constitución y 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por consiguiente, establece el autor citado:

“La teoría del contrato realidad [...] está consagrada constitucionalmente como uno de los principios rectores del derecho del trabajo, y según las voces del artículo 24 del C.S.T., supone que: “Se presume que toda relación de Trabajo está regida por un contrato de Trabajo”, por lo cual la deformación que del contrato estatal o administrativo haga la entidad en su ejercicio real, con imposición de horarios, tareas, sanciones, etc., resulta asimilado a un contrato o relación de trabajo de los que ostentan por excepción en el campo oficial los trabajadores oficiales, que además pueden ser verbal o escrito, no a una relación legal y reglamentaria, por cuanto esta última clase de vinculación con el Estado supone el cumplimiento de unas solemnidades insustituibles que determinan la calidad de empleado público y solo ostentan quien sufre el proceso formal de vinculación, nombramiento, aceptación, acreditación de requisitos y posesión, en una plaza o cargo previamente existente en una planta de personal, con funciones determinadas y un salario”<sup>281</sup>.

De la anterior cita, se destaca que para Guarín los efectos de aplicar el principio de la realidad en los aparentes contratos

---

<sup>281</sup> *Ibid.*, p.350.

administrativos de prestación de servicio, son los que se generan con una contratación contractual laboral, propia de los trabajadores oficiales, de modo que de la operancia de este principio no se podrán pregonar los efectos de una relación legal o reglamentaria propia de los empleados públicos.

Continuando con los apuntes doctrinales, William René Parra Gutiérrez<sup>282</sup> analiza la problemática sucintada con la contratación por servicios que termina convirtiéndose en una relación laboral, haciendo mayor auge, en el tipo de servidor en el que se transmuta el contratista. Es así como, viene denominado como “persona que presta servicios en forma subordinada a una dependencia oficial, sin que exista empleo<sup>283</sup>”, a quien la administración contrata mediante una modalidad contractual que termina fundando en una relación de trabajo subordinada. Esta especie de servidor público “es distinta a la de Empleado Público o Trabajador del Estado, o Trabajador Oficial, porque tras de ella no hay el ejercicio de un empleo público o cargo de trabajador estatal u oficial<sup>284</sup>”.

Señala el autor que estas personas son servidores públicos, por cuanto “prestan sus servicios a un ente oficial, bajo un régimen de derecho público, mediante continuada dependencia y subordinación, para desarrollar funciones administrativas de carácter laboral, que interesan a la comunidad, y que debe realizar las entidad gubernamental en donde presta sus servicios, los cuales son remunerados por el ente oficial<sup>285</sup>”, de modo que, “se le conceden por regla general las mismas prerrogativas prestacionales del empleado público o trabajador oficial, según el caso<sup>286</sup>”.

---

<sup>282</sup> PARRA. *Op.cit.*, p. 58.

<sup>283</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>284</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>285</sup> *Ibíd.*, p. 59.

<sup>286</sup> *Ibíd.*, p. 59.

Para Parra, esta especie de servidor nace cuando una persona “ingresa a la administración pública a laborar mediante una relación de trabajo independiente a través de un contrato de prestación de servicios, pero que con el curso del tiempo, o desde el comienzo del ejercicio del contrato de prestación de servicios, la labor se torna bajo continuada dependencia o subordinación deformándose ésta clase de contrato, y haciendo nacer ésta nueva modalidad de servidor<sup>287</sup>”.

Sin olvidar la apreciación inicial efectuada por el precitado autor, relacionada con la clase de servidor público en el cual se convierte el contratista, éste aludiendo al tipo de funcionario que genera este modo de contratación en forma indebida, distingue que, “si el contrato de prestación de servicios se suscribe en una empresa industrial y comercial del Estado, y la relación de trabajo se subordina, esta relación laboral se convierte en un contrato de trabajo, pues la regla general en ésta clase de empresas, es que allí existen trabajadores oficiales<sup>288</sup>”. Ahora, “si a una persona se le vincula en un empleo públicos con un contrato de prestación de servicios, o con un contrato de trabajo, ese contratista se convierte en un empleado público de hecho<sup>289</sup>”.

Cabe resaltar que sobre la figura de empleado público de hecho a la que hace referencia el anterior autor, la doctrina se viene ocupando de ello en la siguiente forma.

Diego Yunes Moreno considera funcionario de hecho, “toda persona natural que desempeña un empleo públicos, al cual ha llegado mediante una investidura irregular<sup>290</sup>”.

---

<sup>287</sup> *Ibíd.*, p. 59.

<sup>288</sup> *Ibíd.*, p. 60.

<sup>289</sup> *Ibíd.*, p. 60.

<sup>290</sup> YUNES. *Op.cit.*, p. 57

Jairo Villegas Arbeláez citando a Sayagues Laso señala: “la teoría del funcionario de hecho tiene que ver con el modo como se ingresa a las funciones públicas: sus posibles irregularidades. Advierte lo que denomina investidura plausible para referirse a la admisible ejercida en la misma forma y la apariencia como lo hubiere desempeñado una persona designada regularmente y concluye para que puede hablarse de funcionarios de hecho es preciso que exista ejercicio efectivo de funciones públicas<sup>291</sup>”.

Villegas por su parte establece que, “en el evento en que mediando contrato administrativo de prestación de servicios, realmente haya subordinación, jurídicamente se configura el empleado de hecho o de investidura irregular, por prevalencia de la realidad sobre la forma, como lo acepta unánimemente la jurisprudencia<sup>292</sup>”. Sin embargo, como lo advierte este autor la jurisprudencia al aplicar el principio de la primacía de la realidad es contradictoria, en cuanto “niega el status de empleado público<sup>293</sup>”, pero en cambio “hace prevalecer las formas para otro, o aceptar lo principal para unos efectos y negarlos accesoriamente para otros<sup>294</sup>”.

Este autor argumenta, que si bien es cierto que “existen formas sustanciales, como son el nombramiento, la posesión y la previsión del empleo en la planta de personal, para acceder, ingresar y ejercer regularmente el empleo<sup>295</sup>”, no es menos cierto que “precisamente son esas formas las que el Estado viola irregularmente al acudir a la form<sup>296</sup>” de contratación administrativa por prestación de servicios. De modo que al no cumplirse esas formas, “no significa que la persona no ejerza objetivamente las funciones propias del empleo<sup>297</sup>” público.

---

<sup>291</sup> VILLEGAS. *Op.cit.*, p., 225

<sup>292</sup> *Ibid.*, p., 226.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p., 224

<sup>294</sup> *Ibid.*, p., 224.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p., 224.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p., 224.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p., 224.

De la expuesta conceptualización realizada por la doctrina nacional, en resumen se resaltan las siguientes apreciaciones.

- a)* La contratación administrativa por prestación de servicios puede desembocar en una relación laboral, cuando la administración pública abusando de esta figura contractual somete al contratista a realizar o prestar un servicio de forma dependiente y subordinada.
- b)* Al contratista trabajador, de acuerdo a una parte de la doctrina citada, se le puede catalogar como empleado público de hecho cuando se le encargan funciones establecidas legalmente para Servidores Públicos que tengan con el Estado un vínculo legal y reglamentario.
- c)* Otra parte de la doctrina citada, concibe que cuando el contratista desarrolla funciones propias de las relaciones laborales contractuales, su contrato se convierte en uno de trabajo, y por tanto, debe considerarse como trabajador oficial, debido a que estos dentro del esquema de funcionarios al servicio del estado, se vincula a éste mediante una relación laboral.
- d)* La aplicación y operancia del principio de la primacía de la realidad sobre la forma de contratación por servicios, se limita a producir unos efectos parciales, tales como establecer: a) la relación laboral y b) el reconocimiento de los derechos patrimoniales de carácter laboral derivados de la misma. No obstante, se basan los doctrinantes en las posiciones jurisprudenciales.

#### **4.2.6.2. Conceptualización Jurisprudencial**

Para este autor, la jurisprudencia, en especial las líneas de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, vienen ventilando en los



eventos de abusos de las formas jurídicas, la operacionalidad y la aplicabilidad del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en gracia a su consagración en el artículo 53 de la Constitución Política, cuando se llega “a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios que en su sustancia material equivalga a un contrato de trabajo<sup>298</sup>”.

La aplicación del principio anotado sobre esta forma de contratación administrativa, cobra vigencia cada vez más, debido a que dicho modo de contratación es una práctica, que lamentablemente en la actualidad se promueve desde el seno de la Administración Pública, ya sea por mala fe, descuido o ignorancia, la cual sirve de “mampara o de respaldo para mostrar una aparente legalidad<sup>299</sup>”, que conlleva a desdibujar la naturaleza de la precitada figura.

Con respecto a esta práctica, el Consejo de Estado<sup>300</sup> había advertido en cierto estadio que, la administración para no someterse al régimen legal que gobierna la función pública, viene con mayor frecuencia, apelando a subterfugios para aumentar en forma incontrolada el número de los servidores oficiales, tal como ocurre, “cuando la nómina no le permite vincular a su servicio, con el carácter de contratistas, a personas que de otra forma no podría utilizar. Al hacerlo no sólo desborda los marcos legales, sino que desconoce el régimen mínimo de garantías a que tendría derecho la persona si se hubiera designado por la vía legal apropiada<sup>301</sup>”.

Sumado a lo expresado anteriormente, el Tribunal Constitucional<sup>302</sup> manifiesta que, la generación de relaciones

---

<sup>298</sup> *C Const, C-056/ 93, H. Cifuentes y C-154/97, H. Herrera.*

<sup>299</sup> *CE, Sec III, 01 Nov.1994, Rad I: 7960. C. Betancourt.*

<sup>300</sup> *Ibid.,*

<sup>301</sup> *Ibid.,*

<sup>302</sup> *C Const, C-094/ 2003, J. Córdoba.*

laborales con ocasión a la celebración de contratos por prestación de servicios, involucra el desconocimiento del régimen de contratación Estatal y las normas constitucionales atinentes a la función pública. Así pues, anota la Corte, se vulnera la normatividad laboral puesto que se propicia “la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores<sup>303</sup>”. Así mismo, “se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente<sup>304</sup>”, a su vez, “se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas<sup>305</sup>”.

No perdiendo de vista las anteriores implicaciones que produce esta indebida forma de contratación Estatal, como viene expresándolo el Consejo de Estado, “el contrato de prestación de servicios no puede convertirse en un instrumento para ignorar los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P.<sup>306</sup>”, el cual consagra los principios del derecho laboral a “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

---

<sup>303</sup> *Ibíd.*,

<sup>304</sup> *Ibíd.*,

<sup>305</sup> *Ibíd.*,

<sup>306</sup> *CE, Sec III, 01 Jul. 2009, Rad I: 1106-08. G. Arenas.*

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<sup>307</sup>”.

Así pues, el abuso y desviación de poder que se refleja en esta indebida utilización de contratación por servicios ha conllevado a que las altas Cortes se ocupen del tema, produciéndose así, durante ese trasegar jurisprudencial, variadas líneas doctrinales que básicamente tocan lo relativo a: a) distinguir la relación laboral y contractual; b) determinar su alcance; c) señalar el reconocimiento de los derechos patrimoniales a favor del contratista y d) definir el tiempo de prescripción para solicitarlos.

En las siguientes exposiciones jurisprudenciales, este investigador se contraerá a citar y comentar en la medida de lo posible, los lineamientos vigentes relacionados con los temas indicados en el párrafo anterior. No obstante, se advierte que algunos planteamientos son descritos en el *Capítulo 3; tema 3.1.3.*

*a) Distinción entre relación laboral y la contractual.* Desde la consagración Constitucional del principio del derecho laboral de la primacía de la realidad, de manera dispendiosa, conjunta y a veces confusa, los altos tribunales en especial el Constitucional y el Contencioso Administrativo, vienen deprecando en sus líneas jurisprudenciales lo atinente distinguir la relación laboral estatal que nace de un vínculo legal y reglamentario o de un contrato laboral y la que surge de un contrato administrativo por prestación de servicios, con el fin de establecer cuando se encuentra frente a la existencia de una relación laboral o una contractual estatal.

La diferenciación de estas relaciones, se torna importante para descubrir la realidad de los hechos que preceden la

---

<sup>307</sup> *Ibid.*,

contratación administrativa por prestación de servicios efectuada por la administración pública, cuando en el desarrollo de dicha convención, el contratista resulta prestándole por imposición de aquella, un servicio personal, bajo continuada dependencia y subordinación a una entidad pública.

Sobre la temática, la Corte Constitucional, en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, devela las distinciones más palpables entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios de la siguiente manera:

**“[...] El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. (Negrilla fuera de texto)**

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

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.**” (Negrilla fuera de texto)

De forma más precisa y con base a la diferenciación expuesta en el anterior pronunciamiento, la Corte en la sentencia C-124 de 2004, señala:

“i) El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que determinadas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de una entidad estatal no pueden ser desarrolladas 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.

La Corte precisó en la referida sentencia (sentencia C-154 de 1997) que 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.

ii) el contrato de trabajo por su parte tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere:

- a) la existencia de la prestación personal del servicio,

- b) la continuada subordinación laboral, y
- c) la remuneración como contraprestación del mismo.

En efecto, el contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración (art. 22 C.S.T).

De acuerdo con la anterior definición, la existencia del contrato de trabajo implica la concurrencia de tres elementos esenciales, que a su vez también fueron consagrados expresamente en el artículo 23 del C.S.T, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, así: actividad personal, continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución por los servicios personales prestados.

Una vez cumplidos los tres elementos anteriores, se está frente a un verdadero contrato de trabajo que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras modalidades que se agreguen (art. 23. Num. 2. C.S.T).”

De las distinciones y características de las formas de contratación expuestas, se resalta en **primera instancia** que, la contratación administrativa por prestación de servicios, podrá quedar desvirtuada si se demuestran los tres elementos que identifican la relación laboral, sin embargo, resalta el Consejo de Estado, de manera “fundamental cuando se

comprueba la **subordinación o dependencia** respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación<sup>309</sup>". (Negrillas fuera de texto)

En igual sentido, el antes citado tribunal refiriéndose a el elemento de la subordinación, enfatiza que en "un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional<sup>310</sup>".

Por su parte, la Corte Constitucional<sup>311</sup> comentando sobre la importancia de este elemento como determinante para saber si se está en presencia de una relación laboral, expresa en razón a ello que, en "toda prestación de servicios, como por ejemplo el mandato, la prestación de servicios profesionales y la relación laboral, existen dos elementos visibles: el servicio y su remuneración<sup>312</sup>", no obstante, por las características especiales que comporta la relación laboral, "la doctrina jurídica<sup>313</sup>" establece que el elemento

---

<sup>309</sup> CE, Sec II, Subsec. A, 04 Mar. 2010, Rad I: 1413-08, G Gómez.

<sup>310</sup> CE, Sec II, Subsec. B, 23 Jun. 2005, Rad I: 0245, J Lemos.

<sup>311</sup> C Const, C-397 / 06, J. Araujo.

<sup>312</sup> *Ibid.*,

<sup>313</sup> *Ibid.*;



terminante con el cual se distingue esta prestación de servicio de las demás prestaciones es: “la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador<sup>314</sup>” .

En **segunda instancia**, también se destaca que, la administración pública no puede suscribir contratos de prestación de servicios administrativos con el fin último de que se realicen funciones de carácter permanente de las entidades estatales, pues para ello se deben instituir los empleos requeridos en la respectiva entidad. Sobre este tema, la Corte Constitucional<sup>315</sup> puntualiza que, la jurisprudencia Colombiana establece algunos criterios de donde se deduce el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta concluyente para delimitar el radio de la relación laboral y el de la relación contractual. Estos según el tribunal son: 1) Criterio funcional; 2) Criterio de igualdad; 3) Criterio temporal o de la habitualidad; 4) Criterio de la excepcionalidad y 5) Criterio de la continuidad.

Éntrese entonces a glosar por separado los criterios arriba apuntados de conformidad a la jurisprudencia Colombiana.

**1) Criterio funcional.** Éste hace alusión a que la realización de las funciones relativas al ejercicio ordinario de las actividades asignadas a la entidad pública en aquiescencia del artículo 121 de la Constitución y de la correspondiente ley, deben ejecutarse por regla general, a través del empleo público. “En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente

---

<sup>314</sup> *C Const, C-397 / 06, J. Araujo.*

<sup>315</sup> *C Const, C-614 / 09, J. Pretelt*

debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante<sup>316</sup> una relación laboral.

En este sentido, el Consejo de Estado<sup>317</sup> manifiesta que, “no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes<sup>318</sup>”.

**2) Criterio de igualdad.** De acuerdo al tribunal<sup>319</sup> de lo contencioso, se refiere a que si las labores desplegadas por el contratista son parecidas a las efectuadas por los servidores públicos vinculados a la entidad y, así mismo se cumplen los tres elementos de la relación laboral, necesariamente al momento de la vinculación debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública.

**3) Criterio temporal o de la habitualidad.** El Consejo de Estado<sup>320</sup>, indica con relación a éste que, si las funciones contratadas son cotidianas y constantes, ajustadas conforme un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual. En otras palabras, comenta esta corporación<sup>321</sup> que, si

---

<sup>316</sup> *Ibid.*,

<sup>317</sup> *CE, Sec II, Subsec B, 21 Ago. 2003, Rad I: 0370-2003, J. Lemos.*

<sup>318</sup> *Ibid.*,

<sup>319</sup> *CE, Sec II, Subsec A, 06 Sep. 2008, Rad I: 2152-06, G Gómez.*

<sup>320</sup> *CE, Sec II, Subsec B, 03 Jul. 2003, Rad I: 4798-02, J Ordoñez.*

<sup>321</sup> *CE, Sec II, Subsec. A, 17 Abr. 2008. Rad I: 2776-05. J Moreno.*

se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, es muestra innegable del ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, en consecuencia no se estará frente a una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, sino ante una verdadera relación de trabajo.

**4) Criterio de la excepcionalidad.** Con respecto a éste, el precitado tribunal<sup>322</sup> fija que, si la tarea convenida atañe a nuevas actividades, no pudiendo ser éstas desenvueltas por el personal con el que cuenta la entidad o porque las mismas requieren de alguna especialidad del saber o de actividades que, de manera transitoria, requieren “redistribuirse por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública<sup>323</sup>”. En cambio, “si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual<sup>324</sup>”. Con relación a esto, la Corte Suprema de Justicia considera conforme al ordenamiento jurídico:

“[...] existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del

---

<sup>322</sup> *CE, Sec II, Subsec B, 21 Feb. 2002. Rad I: 3530-2001. J Lemos.*

<sup>323</sup> *C Const, C-614 / 09, J. Pretelt*

<sup>324</sup> *C Const, C-614 / 09, J. Pretelt*

Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos [...] <sup>325</sup>". Subrayado citado en sentencia C-614 de 2.009, Corte Constitucional" <sup>326</sup>.

**5) Criterio de la continuidad.** Este se presenta cuando la vinculación se efectúa a través de sucesivos contratos por prestación de servicios para la ejecución de funciones adyacentes a la administración, es decir, para desplegar actividades permanentes, develándose de ese modo que la real relación existente es de tipo laboral. Sobre el particular, el Consejo de Estado indica:

---

<sup>325</sup> CSJ Laboral, 21 Abr. 2004. No. 22426. E. López.

<sup>326</sup> C Const, C-614 / 09, J. Pretelt

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

En estas condiciones queda desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, que si bien es cierto no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que este tipo de personas laboran en forma similar al empleado público con funciones administrativas<sup>327</sup>.

De este modo, el Consejo de Estado, verbigracia considera que para ejecutar funciones de carácter permanente y habitual, no correspondientes a situaciones excepcionales, es inadmisibles contratar mediante prestación de servicios a “docentes”<sup>328</sup>, a personas para atender el “cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública”<sup>329</sup>; “mensajeros”<sup>330</sup> y/o de “técnico”<sup>331</sup>, “digitalizador”<sup>332</sup> y “operador de sistemas”<sup>333</sup>. En

---

<sup>327</sup>CE, Sec II, Subsec. B, 29 Abr. 2010. Rad I: 0821-2009. B. Ramírez.

<sup>328</sup>CE, Sec II, Subsec. B, 6 Mar. 2008, Rad I: 4312-03; CE, Sec II, Subsec. B, 30 Mar. 2006, Rad I: 4669-06, A. Ordoñez y CE, Sec II, Subsec. A, 14 Ago. 2008, Rad I: 157-08, G. Gomez.

<sup>329</sup>CE, Sec II, Subsec. B, 23 Jun. 2005, Rad I: 245-03. J. Lemos.

<sup>330</sup>CE, Sec II, Subsec. B, 16 Nov. 2006, Rad I: 9776-05, J. Lemos.

<sup>331</sup>CE, Sec II, Subsec. A, 17 Abr. 2008, Rad I: 2776-05, J. Moreno.

<sup>332</sup>Ibid.,

<sup>333</sup>Ibid.,

similar sentido, también la Sala Laboral del máximo tribunal manifiesta que no es posible contratar mediante prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa<sup>334</sup>.

Y en **tercera instancia**, se subraya que la aplicación del principio de la primacía de la realidad dará lugar al reconocimiento de la relación laboral y en consecuencia a las **“prestaciones sociales causadas”<sup>335</sup>**, cuando se logre desvirtuar la relación contractual que produce el contrato de prestación de servicios, y en su lugar se presenten los supuestos facticos propios de una relación laboral, sobre todo en especial la hipótesis de que el presunto contratista desempeña “una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales<sup>336</sup>”.

Así, de acuerdo al máximo tribunal de lo contencioso, **“cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido que es necesario el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado**, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal<sup>337</sup>”. Esto, señala el tribunal<sup>338</sup>, se genera en “aplicación

---

<sup>334</sup>CSJ Laboral, 10 Oct. 2005, No. 24057, F. Ricaurte.

<sup>335</sup>CE, Sec II, Subsec. A, 04 Mar.2010, Rad I: 1413-08, G Gómez.

<sup>336</sup>*ibid.*,

<sup>337</sup>CE, Sec II, Subsec. A, 04 Mar.2010, Rad I: 1413-08, G Gómez.

<sup>338</sup>CE, Sec II, Subsec. A, 17 Abr. 2008. Rad I; 2776-05. J. Moreno y 17 Abr. 08. Rad I; 1694-07, G. Gómez.

de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados<sup>339</sup>". (Negrilla de fuera de texto)

Es importante resaltar lo que el Consejo de Estado determinó en reciente jurisprudencia sobre el principio de la primacía de la realidad, cuando es un tercero el que efectúa el pago por la prestación del servicio, generándose la relación laboral. El mencionado tribunal en su análisis, va más allá, cuando determina, que no sólo el contrato de prestación de servicios marca la pauta para determinar el origen o etiología de la relación laboral, sino los elementos intrínsecos de la misma, como son la subordinación y la prestación del servicio personal realizado en la entidad con la cual el tercero contrató, rompiendo el criterio que de antaño se manejaba sobre la relación directa entre contratante y contratista convertido en trabajador. Se expresa este alto tribunal así:

“No se puede por la formalidad del contrato de prestación de servicio, desconocerse el verdadero vínculo que subyace y que genera una relación laboral, al verificarse que el pago se realizó por un tercero aparentemente sólo por la labor cumplida, pues precisamente esta remuneración se deriva del trabajo realizado personalmente en la entidad que efectivamente se benefició de la labor, es decir que debe resaltarse que el elemento económico de la prestación sí existe pues esta remuneración se reconoce por el servicio prestado directamente a la entidad.

---

<sup>339</sup> CE, Sec II, Subsec. B, 04 Mar. 2010, Rad I: 1413-08, G Gómez.

Se reitera por la Sala que la contraprestación económica pagada por un tercero a la labor que desempeñó un contratista, no impide que la entidad en la que se ejecutó el servicio, asuma la responsabilidad por la desfiguración del contrato primigenio y en tales condiciones la entidad beneficiaria de la labor desempeñada por el denominado contratista, esté en la obligación de reconocer los derechos económicos laborales propios del contrato de trabajo”.<sup>340</sup>

En síntesis, como lo dispone el tribunal Constitucional en sentencia C- 614 de 2009, se puede decir que independientemente del nombre que las partes le asignen al contrato, lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, la cual existirá cuando: “i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado<sup>341</sup>”.

En cambio, se estará en frente a una “relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados<sup>342</sup>”. Con relación a esta última condición, cabe anotar que “para suscribir contratos

---

<sup>340</sup> *CE, Sec II. Sub sec B, 15 Jun. 2011, Rad I: 00395-01. G. Arenas.*

<sup>341</sup> *C Const, C-614 / 09, J. Pretelt*

<sup>342</sup> *Ibid.,*



de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos<sup>343</sup>”.

***b) Alcances de la primacía de la realidad sobre la forma de contratación administrativa por prestación de servicios.***

El tema que anuncia el título, viene siendo abordado en las líneas jurisprudenciales de las Cortes a la par del anteriormente expuesto, toda vez que el principio de primacía de la realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 de la Carta,<sup>344</sup> se refiere a que en “las relaciones jurídicas sustanciales surgidas entre el patrono y el trabajador con ocasión de una relación de trabajo priman sobre las formas jurídicas con las que se haya pretendido rodear esa relación<sup>345</sup>”. Este es un principio constitucional propio del derecho laboral con el cual se vinculan a “los patronos particulares y al Estado y que extiende a esa relación el efecto protector de la normatividad nacional e internacional reguladora del trabajo<sup>346</sup>”.

Como en su oportunidad se trato, y tal cual lo comenta el tribunal constitucional<sup>347</sup>, en la legislación laboral se encuentra un desarrollo normativo de este principio, en

---

<sup>343</sup> *Ibid.*,

<sup>344</sup> *C Const, C-555/ 94. E. Cifuentes; C Const, T-166/ 97. J. Hernández; C Const, T-150 / 00, J. Hernández; y C Const, T-404 / 05 J. Córdoba.*

<sup>345</sup> *C Const, T-738 / 09, M. Calle.*

<sup>346</sup> *Ibid.*,

<sup>347</sup> *Ibid.*,

el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, que define el contrato de trabajo; el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que indica cuáles son sus elementos esenciales y afirma la existencia de contrato de trabajo en presencia de tales elementos y el artículo 24 que consagra la presunción legal en virtud de la cual se asume que toda relación de trabajo, en la que concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, está regida por un contrato de esa índole.

Conforme al principio ampliamente renombrado, la Corte<sup>348</sup> sostiene que “la existencia de una relación de trabajo no depende de los pactos realizados por las partes, ni de la apariencia contractual, ni de las formas jurídicas aparentes, sino, por el contrario, de la situación real en que se halla el trabajador respecto del patrono<sup>349</sup>”.

Según la Corte Suprema de Justicia, el principio se orienta a “evitar que mediante artificios se pretenda ocultar, bajo otro empaque, la relación de trabajo, protegiendo de esta forma el derecho de los empleados subordinados a percibir el mínimo garantizado legalmente<sup>350</sup>”.

Entonces, teniendo en cuenta las consideraciones antes efectuadas, se puede expresar, como en cierto estadio lo hizo el Consejo de Estado<sup>351</sup>, que al ser desvirtuados los elementos esenciales del modo de contratación por prestación de servicios, emerge ineludiblemente una relación laboral de derecho público.

---

<sup>348</sup> *C Const, T-992/ 05, H. Sierra y T-063/ 06, C. Vargas.*

<sup>349</sup> *C Const, T-738 / 09, M. Calle.*

<sup>350</sup> *CSJ Laboral, 23 Sep. 2003, No. 20933, C. Nader.*

<sup>351</sup> *CE, Sec II. Subsec A, 05 Ago. 1993, Rad I: 6199, C. Forero*

De todo lo expresado, podría colegirse que a nivel jurisprudencial se reconoce el alcance del “principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades por los sujetos de las relaciones laborales<sup>352</sup>”, de modo que puede aplicarse en los eventos donde una relación contractual nacida de un contrato administrativo de prestación de servicios se desnaturalice, para en su defecto convertirse en una relación laboral.

Ahora, reconocida la primacía de la relación laboral como uno de los alcances resultantes de la operacionalidad del principio citado, es necesario seguir ondeando sobre ello, y sobre todo precisar de acuerdo a la jurisprudencia, los restantes alcances e implicaciones, ya sean jurídicas o económicas, que comporta para suscribientes de la supuesta relación contractual, resultantes de la operacionalidad o aplicabilidad de dicho principio.

Luego de determinar la primacía de la relación laboral, se vienen delimitando otros alcances que surgen de la operación del principio sobre la forma de contratación estatal referida, los cuales se circunscriben esencialmente en que si desnaturalizado el modo de contratación estatal por servicios, la naciente relación laboral supone o no para el contratista trabajador el otorgamiento del status de empleado público y con ello los derechos y garantías que se causen a favor del contratista trabajador. Con relación a ello, para este autor, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, desde que empezaron a

---

<sup>352</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#53](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53)*

ocuparse de los alcances del estudiado principio sobre una desvirtuada relación contractual nacida de un contrato por prestación de servicios, vienen esbozando que su aplicación se limita a reconocer la primacía de la relación laboral tal y como se viene explicando, y en consecuencia los derechos patrimoniales que esta genere, más no el status de empleado público.

La Corte Constitucional, en lo atinente hace valer la primacía de la relación laboral sobre la contractual y el no otorgamiento del status de empleado público, explica:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. 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.

La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar. Admitir que ello pudiera ser así, significaría hacer caso omiso de: (1) la existencia de un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que es sustituido por una simple práctica realizada al margen de las condiciones constitucionales y legales que deberían darse para poder producir la vinculación; (2) la posesión para tomar el cargo, de modo que sigilosamente pueden ingresar al servicio público personas que no asumen públicamente el compromiso de obedecer la Constitución y las leyes; (3) la planta de personal que no contempla el empleo o cargo que mediante la vía de hecho pretende consolidarse; (4) la disponibilidad presupuestal para atender el servicio, con lo cual se pueden generar obligaciones que superan las posibilidades fiscales, además por parte de personas y autoridades no autorizadas para gravar el erario público y a través de procedimientos no democráticos ; (5) las regulaciones generales

que gobiernan el ejercicio de las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales son sustituidas por estipulaciones que, por desconocer el régimen legal, representan una invasión de poderes que son del resorte del Congreso, las Asambleas o los Concejos, o de otras autoridades”<sup>353</sup>.

Para el tribunal Constitucional<sup>354</sup> la operancia del principio analizado no representa la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, pues “la situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente<sup>355</sup>”, sin embargo, acepta la primacía de la relación laboral.

Por su parte, se puede decir que el Consejo de Estado como se anotó, en sus líneas jurisprudenciales reconoce la primacía de la relación laboral sobre la contractual, pero no confiere el status de empleado público al contratista trabajador. Con relación al tema, este tribunal básicamente se fundamenta:

“Para que se admita que una persona pueda desempeñar un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan por su ejercicio, es necesario en principio que se den “los elementos” propios y atinentes a la existencia de los empleos estatales, determinados en la misma Constitución Política actual, como son:

- 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad (art. 122 C. P.). Si el empleo no está previsto en la respectiva planta de personal, es un imposible aceptar que se puede desempeñar lo que no existe.

- 2) La determinación de las “funciones” propias del cargo ya previsto en la planta de personal (Art. 122 de la C. P.). Para la determinación de dichas funciones se tienen en cuenta las de la Entidad, de la dependencia donde se labora y de la labor que cumple; especialmente se observan Los Manuales “general y el específico” de funciones y requisitos aplicables. La “obligación” del empleado es la de cumplir los mandatos del ordenamiento jurídico que le competan; la desobediencia tiene relación con dichos mandatos.

Ahora, cuando el empleo específico (que el interesado pretende desempeñar) no está previsto en la respectiva planta de personal, el hecho que existan otros cargos parecidos que ya están siendo desempeñados por otras personas y que el personal vinculado por contrato de prestación de servicios realice labores similares a las que desempeñan esos empleados públicos, no conduce a que se pueda aceptar que el empleo público existe de acuerdo al régimen jurídico con las funciones que atiende el contratista, para luego admitir que esa relación contractual encubre una relación legal y reglamentaria.

- 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo, tienen que ver con el salario, prestaciones sociales, etc. (Art. 122 de la C. P.) Entonces, es necesario distinguir entre los recursos para cubrir las obligaciones laborales de los servidores públicos y otra clase de recursos previstos en los presupuestos estatales. Por lo tanto, la existencia de otros

recursos económicos con los cuales se puedan pagar obligaciones de otra naturaleza (v. gr. las derivadas de contratos estatales) no implica el cumplimiento de la exigencia señalada.

Además, para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente”<sup>356</sup>.

Coligado a lo anterior, el máximo tribunal de lo contencioso establece:

“[...] que para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación; que se tome posesión del cargo; que la planta de personal contemple el empleo; y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio. Ninguno de los supuestos antes mencionados está probado en este proceso, ni la actora ingresó por concurso, ni el cargo está contemplado en la planta de personal, ni tomó

---

<sup>356</sup> CE, Sec II, Subsec B, 28 Jul. 2005, Rad I: 5212-03, T. Cáceres.



posesión del empleo, pues se repite, para acceder a un determinado cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos y condiciones señalados en la constitución y en la ley; y ello porque el sólo hecho de trabajar para el Estado no confiere la condición de empleado público”<sup>357</sup>.

De este modo, el Consejo de Estado sienta que para conseguir la categoría de empleado público necesariamente debe observarse y respetarse la normatividad provista en el ordenamiento jurídico para tal fin. Se requiere “satisfacer sus elementos esenciales, cuales son: funciones asignadas; requisitos exigidos para desempeñarlo; remuneración correspondiente; e incorporación en una planta de personal<sup>358</sup>.” En suma, en palabras del tribunal, “para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público<sup>359</sup>”.

Por otro lado, en lo tocante al reconocimiento prerrogativas patrimoniales a que se tienen derecho después de haberse reconocido la primacía de la relación laboral por encima de la contractual estatal, por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el tribunal Constitucional desde que se ocupó de la acción de inconstitucionalidad donde se cuestionó el artículo 32, numeral 3 de la ley 80 de 1993, viene indicando que “si se acredita la existencia

---

<sup>357</sup> CE, Sec II, Subsec B, 30 Mar. 2006, Rad I: 4885-2004, T. Cáceres.

<sup>358</sup> CE, Sec II, Subsec B, 21 May. 2009, Rad I: 2094-07, B. Ramírez.

<sup>359</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. En: CE, Sec II, Subsec B, 03 Jul. 2010, Rad I: 2094-07, B. Ramírez.

de las características esenciales<sup>360</sup>” de la relación laboral, “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<sup>361</sup>” del precitado principio del derecho laboral.

Así pues, la posición del tribunal Constitucional<sup>362</sup> en la actualidad con relación a los alcances de este principio sobre los contratos de prestación de servicios administrativos, suscritos con fundamento en la ley 80 de 1993, comprende el reconocimiento de la relación laboral y en efecto de la misma los derechos patrimoniales causados a favor del trabajador.

En similar parecer, el Consejo de Estado<sup>363</sup>, actualmente al referirse al reconocimiento de los derechos patrimoniales que debe cancelar la entidad al contratista trabajador, comenta que al ser desvirtuando la contratación por servicios, nacerá el derecho al reconocimiento de prestaciones sociales a favor de éste por virtud del principio.

Sobre el tema de reconocimiento patrimonial consistente en prerrogativas del derecho laboral se profundizará a continuación.

**C) Los derechos patrimoniales del contratante.** Como se indicó en líneas anteriores, la jurisprudencia Colombiana concibe que dentro de los alcances emanados de la

---

<sup>360</sup> *C Const, C-154/97, H. Herrera.*

<sup>361</sup> *Ibíd.*

<sup>362</sup> *C Const, C-614 / 09, J. Pretelt*

<sup>363</sup> *CE, Sec II, 19 Mar. 1999, Rad I: 17080, C. Orejuela; CE, Sec II, Subsec B, 29 Abr. 2010, Rad I: 0821-2009, B. Ramírez; CE, Sec II, Subsec B, 21 May. 2009, Rad I: 2094-07, B. Ramírez; CE, Sec II, Subsec. A, 04 Mar. 2010, Rad I: 1413-08, G. Gómez, entre otras.*

aplicación del principio de la realidad sobre la forma de contratación administrativa por servicios, se distinga el reconocimiento de los derechos patrimoniales causados luego de establecerse la primacía de la relación laboral a favor del contratista trabajador.

Como se notará, las líneas jurisprudenciales del máximo tribunal de lo contencioso, se concentran básicamente en el análisis del reconocimiento de las prestaciones sociales ordinarias, integrales y aquellas que cumplen un fin social como también de la forma como deben liquidarse. Sea esta la oportunidad para indicar, que en la actualidad se viene considerando la posibilidad de reconocer salarios o sus diferencias a favor del contratista.

Para un mejor análisis de la mencionada línea jurisprudencial sobre los derechos patrimoniales a favor del contratista trabajador, primero se tocará lo concerniente al reconocimiento y liquidación de las prestaciones ordinarias, para luego tocar las de tipo integral o compartidas.

El tribunal de lo contencioso, en un criterio generalizado indica que el reconocimiento de las prestaciones sociales ordinarias que se hagan a favor del contratista y a cargo de la entidad pública, deberán liquidarse teniendo en cuenta los honorarios pactados en el contrato estatal. Al respecto, este tribunal en providencia del 19 de febrero de 2009, establece:

“La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

[...]

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de **ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato**, pues **en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal** dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia<sup>364</sup>. (Negrilla fuera de texto)

Sumada a esta posición, este tribunal en pronunciamiento del 03 de septiembre de 2009, señala:

[...] observa la Sala, que la demandante se encontraba **en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal** de la entidad territorial. Sin duda alguna el servicio no se regulaba por contratos de prestación de servicios sino que, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según los artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

[...]

Esta Corporación ha sido clara en establecer, que los

---

<sup>364</sup> CE, Sec II. Subsec B, 19 Feb.2009, Rad I: 3074-05, B. Ramírez.

docentes vinculados mediante contratos u órdenes de prestación de servicios, se les debe reconocer a título de reparación del daño, el equivalente a las **prestaciones sociales** que perciben los docentes oficiales de la respectiva entidad contratante, **tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios**<sup>365</sup>. (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, en providencia de marzo 13 de 2008, señala que:

“[...] ante la constatación de la relación laboral, la Sala ha ordenado en estos casos el pago de una indemnización para restablecer el derecho del accionante, para lo cual debe tenerse en cuenta el monto pactado en el contrato de prestación de servicios y no lo devengado por los docentes vinculados a la planta de personal, como lo resolvió el a quo. Lo anterior, por cuanto se ha sostenido por la jurisprudencia de esta Sala<sup>366</sup>; en primer lugar, que las asignaciones salariales en el caso de los docentes dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos; y en segundo término, porque aceptar la existencia de un contrato realidad, también debe aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron de la remuneración”<sup>367</sup>.

En otra providencia<sup>368</sup> de abril 17 de 2008, en la cual el tribunal de lo contencioso se aparta del concepto de que las

---

<sup>365</sup> CE, Sec II, Subsec. B, 03 Sep. 2009, Rad I: 1282-07, V. Alvarado.

<sup>366</sup> CE, Sec II, Subsec A, 06 Feb.2003. Rad I.: 2040-02, J. Lemos.

<sup>367</sup> CE, Sec II, Subsec. B, 13 Mar.2008, Rad I: 0087-07, B. Ramírez.

<sup>368</sup> CE, Sec II, Subsec. A, 17Abr. 2008, Rad I: 2776-05, J. Moreno.

prestaciones sociales se reconocen a título de indemnización, para en cambio acoger el criterio de que estas se deben reconocer como lo que son, se señala que para determinar el monto de la suma que debe corresponderle al contratista, se tendrá en cuenta: a) los valores pactado en el contrato y b) las prestaciones sociales que se reconocen a los trabajadores de la entidad.

De los anteriores criterios, se colige que el contratista trabajador deberá recibir una indemnización a título de restablecimiento de derecho por concepto de prestaciones sociales ordinarias, liquidada con base a los honorarios o valores pactados en el contrato. No obstante, en contraposición a esta forma de reconocimiento y liquidación de las prestaciones sociales, el tribunal de lo contencioso administrativo en una providencia de marzo 04 de 2010, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren<sup>369</sup>, establece que el contratista deberá recibir a título de restablecimiento de derecho el total de las prestaciones sociales reconocidas a los trabajadores de la entidad pública que desempeñaban similar labor, las cuales serán liquidadas con base al respectivo salario legalmente establecido para éstos empleados, en aplicación del principio de igualdad.

Del pronunciamiento antes citado, se recalcan los siguientes apartes:

“Desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en

---

<sup>369</sup> CE, Sec II, Subsec. A, 04 Mar.2010, Rad I: 1413-08, G Gómez.

el sub examine, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación directa del mismo, la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, y el desempeño de una labor de carácter permanente, propia de la Entidad y en igualdad de condiciones respecto de otros Médicos empleados de planta de la misma, concluye la Sala que la Administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la relación suscrita que desde luego se torno eminentemente laboral, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud como Médica General [...] de manera subordinada y en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.

Por lo anterior, aunado a la revocatoria de la decisión inhibitoria del a quo, la Sala anulará el acto acusado y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral [...] con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada [...], como quiera que el Estado infractor no puede verse beneficiado de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esta manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral.

Así, a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago a favor de la demandante **de la totalidad de prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la Entidad que desempeñaban similar labor, [...] tomando como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para éstos, en aplicación del principio de igualdad.** (Negrilla fuera de texto)

**No procede en este caso reconocimiento alguno de salarios ni de la diferencia de los mismos surgida entre lo pactado en los contratos y lo devengado por los demás empleados de planta del mismo nivel y especialidad, por cuanto no fueron reclamados dentro del petitum y tampoco aparece demostrada tal situación**<sup>370</sup>. (Negrilla fuera de texto)

Por lo que se ha dilucidado en esta investigación, la posición antes anunciada, había sido vaticinada por el Tribunal de lo contencioso en una anterior providencia con fecha 14 de agosto de 2008, en la cual, coincidentalmente, funge como Consejero ponente el antes citado, estableciéndose entre otras consideraciones, lo siguiente:

“Así las cosas, concluye la Sala que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho, predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la Entidad Territorial, por ello, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta acertado afirmar que en efecto existía una relación laboral entre la demandante y el

---

<sup>370</sup> CE, Sec II, Subsec. A, 04 Mar.2010, Rad I: 1413-08, G Gómez.



Municipio de Floridablanca, creándose con el contrato administrativo una mera ficción, la cual impone la especial protección del Estado, de conformidad con los postulados constitucionales contenidos en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta, razón por la cual el acto acusado resultaba anulable.

**Sin embargo, observa la Sala que el a quo declaró la nulidad del acto demandado y ordenó una indemnización a favor del demandante constituida por las prestaciones devengadas por un maestro del mismo Municipio, tomando como base para su liquidación el valor pactado en cada contrato de prestación de servicios.** (Negrilla fuera de texto)

Al respecto, alegó la parte demandada en su escrito de apelación que el reconocimiento aludido como indemnización desnaturaliza la acción utilizada y los mismos pedimentos elevados en el libelo demandatorio, en donde se solicitó únicamente como restablecimiento del derecho el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir, sin demandar reparación alguna con base en el valor de los contratos suscritos.

Previo a realizar las precisiones del caso, **la Sala manifestará sus reservas respecto al reconocimiento realizado por el a quo, en torno a los conceptos que permiten habilitar un contrato -que se ha declarado contrario a la Constitución y a las normas que regulan la Función Pública- como fuente o base para reparar o compensar un derecho.** No obstante, en tanto la parte actora no apeló tal decisión, se impone para la Sala el límite establecido al juzgador

de segunda instancia derivado del postulado de la no reformatio in pejus, razón por la cual no será abordado el asunto”<sup>371</sup>. (Negrilla fuera de texto)

Entonces, este lineamiento que concibe, en aplicación del principio de igualdad, como base para la liquidar las respectivas prestaciones al salario legalmente establecido para los funcionarios públicos con similares funciones al de presunto contratista, puede seguir ganando adeptos al interior de la Corporación, para que así se consolide.

Ahora, en lo relativo al reconocimiento de las prestaciones sociales integrales o compartidas, el Consejo de Estado determina actualmente que, el reconocimiento de éstas no equivaldrá a la totalidad de las mismas, sino la cuota parte que la entidad pública no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud.

En este sentido, el precitado Tribunal se manifiesta:

“En nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la

---

<sup>371</sup> CE, Sec II, Subsec. A, 14 Ago.2008, Rad I: 0157-08, G Gómez

misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204 de la Ley 100 de 1993.)

[...] la reparación del daño en el sub-lite no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajadora independiente. (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993)”<sup>372</sup>.

En similar criterio, fija este tribunal:

“En cuanto a las prestaciones compartidas (vr. gr. pensión y salud), se ordenará a la demandada el pago a favor de la actora de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las Ordenes de Prestación de Servicios debieron ser asumidos totalmente por la presunta contratista según se ordenó en los artículos 15 y 157 ibidem. No obstante, en caso de que los respectivos aportes no se hayan efectuado por parte de la demandante atendiendo al corto término de duración de cada uno de los contratos suscritos y con fundamento en el artículo 282 de la citada Ley 100 de 1993, la Entidad deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante el porcentaje que a ésta corresponda”<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> CE, Sec II, Subsec. B, 19 Feb. 2009, Rad I: 3074-05, B. Ramírez.

<sup>373</sup> CE, Sec II, Subsec. A, 04 Mar. 2010, Rad I: 1413-08, G Gómez.

Por consiguiente, en cuanto a las prestaciones integrales de conformidad a lo antes referido, podría afirmarse que el reconocimiento de las mismas a favor del contratista trabajador y a cargo de la entidad pública, se hará de manera parcial, teniendo en cuenta que estas prestaciones son de las que deben ser cubiertas durante la relación laboral por las partes que la integran, es decir, empleador y trabajador. Por lo tanto, al contratista trabajador deberá recibir en aplicación del principio de la primacía de la realidad, las sumas equivalentes a los valores que haya cotizado al sistema de seguridad social en salud y pensión como contratista o trabajador independiente, o en su defecto ser transferidas a los sistemas por la entidad, en ambos casos se descontará conforme a las Ley los valores que al contratista trabajador le correspondan sufragar.

Por otra parte, en lo atinente a las prestaciones con fines sociales tales como: la caja de compensación familiar y subsidio familiar, de acuerdo al Consejo de Estado<sup>374</sup>, habrá lugar a reconocerse los rubros que equivalgan a estas, cuando sean solicitadas, y a su vez que los presupuestos requeridos para acceder a las mismas se encuentren acreditados.

Por último, con respecto a la posibilidad de reconocer salarios o sus diferencias, este autor particularmente cree que está latente, de conformidad a lo que se formula en la ya citada providencia<sup>375</sup> de marzo 04 de 2010 del Consejo de Estado, pues en ella se deja abierta dicha posibilidad cuando se manifiesta que, en este caso no abra lugar a “reconocimiento alguno de salarios ni de la diferencia de los mismos surgida

---

<sup>374</sup> CE, Sec II, Subsec. B, 21 May. 2009, Rad I: 2094-07, B. Ramírez.

<sup>375</sup> CE, Sec II, Subsec. A, 04 Mar.2010, Rad I: 1413-08, G Gómez.

entre lo pactado en los contratos y lo devengado por los demás empleados de planta del mismo nivel y especialidad, por cuanto no fueron reclamados dentro del petitum y tampoco aparece demostrada tal situación<sup>376</sup>”.

**d) Prescripción de las prestaciones sociales.** La posición actual de la jurisprudencia del tribunal de lo contencioso sobre la prescripción de las prestaciones sociales que nacen a favor del contratista luego de reconocerse la primacía de la relación laboral, gira en entorno a que el término trienal de prescripción se cuenta desde el momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, donde se reconoce a título de restablecimiento de derecho dichas prestaciones.

Para llegar a este criterio jurisprudencial, el precitado tribunal preliminarmente recordó que la prescripción está reglada en el caso de los empleados públicos, en el artículo 102 del decreto Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, mediante el cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. Esta disposición a su tenor reza:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho

---

<sup>376</sup> *Ibid.*,

o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Siguió recordando este tribunal que ocasiones anteriores, se había declarado “la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la entidad demandada<sup>377</sup>”.

No obstante, en aras de salvaguardar los derechos que surgen con motivo de la primacía de la relación laboral, esta posición se replanteó por las siguientes razones saber:

“De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación

---

<sup>378</sup> CE, Sec II. Subsec B, 21 May.2009, Rad I: 2005-3074. B. Ramírez.

de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia<sup>378</sup>.

Entonces, en este sentido el Consejo de Estado recalca que, “tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria<sup>379</sup>”, por consiguiente, es justo contar a partir de este momento “los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia<sup>380</sup>”.

Por último, la importancia de este pronunciamiento también radica en que el término que se debe contar para efectos de sanción moratoria por la no cancelación a tiempo de las prestaciones sociales, se iniciará desde que quede ejecutoriada la sentencia. Así lo deja entrever el Consejo de Estado<sup>381</sup> cuando al conceder mediante sentencia el

---

<sup>378</sup> CE, Sec II, Subsec. B, 03 Sep.2009, Rad I: 1282-07, V. Hernández.

<sup>379</sup> CE, Sec II, Subsec B, 19 Feb. 2009, Rad I: 2005-3074. B. Ramírez.

<sup>380</sup> *Ibid.*,

<sup>381</sup> *Ibid.*,

reconocimiento y pago de las cesantías e intereses, niega la sanción moratoria, como quiera que tal obligación es declarada a través de la sentencia constitutiva, de modo que hasta antes de producirse la providencia era un derecho controvertido, por lo que no era exigible su pago.



## Capítulo Cinco

### PROPUESTAS DEL AUTOR

Como se trata en el anterior Capítulo, a nivel de contratación pública se viene presentando una propagación de contratos administrativos de prestación por servicios como un “correctivo sucedáneo a la supresión de los empleos públicos<sup>382</sup>”, lo cual es la consecuencia de los procesos de reestructuración acontecida en las toldas de la rama ejecutiva que han tenido como fin reducir la estructura orgánica del Estado, y de este modo comprimir los gastos que genera el mantenimiento del aparato burocrático. También sea esta la oportunidad para recalcar, como lo hace Jaime Vidal Perdomo: estos contratos que “muchas veces son indispensable para obtener la colaboración de personas que no pueden prestar sus servicios en las condiciones de tiempo, remuneración y obligaciones de los empleados públicos<sup>383</sup>”, se utilizan también “para favorecer amistades y pagar servicios políticos<sup>384</sup>”.

En efecto, las entidades estatales utilizan esa forma de contratación con la finalidad de vincular personas para que dentro de un término estrictamente necesario, realicen actividades concernientes a la administración o funcionamiento de dichas entidades, cuando las mismas no puedan llevarse a cabo por sus empleados o requieran de conocimientos especializados. Estos contratos son imprescindibles para la administración pública, puesto que, mediante estos obtienen asistencia de particulares,

<sup>382</sup> VEGA DE HERRERA. *Op.cit.*, p. 18.

<sup>383</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*, Citado VILLEGAS. *Op.cit.*, p. 212.

<sup>384</sup> *Ibíd.*,

quienes deben prestar sus servicios personales en condiciones de modo, tiempo y lugar diferente a las de los empleados públicos.

Sin embargo, en contraposición a la esencia de esta forma de contratación estatal y por medio de ella, las entidades públicas contratan a personas que terminan prestando sus servicios personales en las mismas condiciones de laboralidad de un empleado público, caracterizando de este modo una relación laboral administrativa, y degenerando la relación contractual que inicialmente surgió. Esta situación, entre otras consecuencias, genera múltiples demandas judiciales mediante las cuales los contratistas buscan, fundamentándose en el principio de la primacía de la realidad, el reconocimiento de la relación laboral administrativa, y en consecuencia la obtención de las prerrogativas y garantías adyacentes al empleo público. Pero como se analiza en el **Capítulo 4; tema 4.2.6.2.**, por aplicación del mencionado principio, sólo se reconoce judicialmente a favor del contratista trabajador de forma parcial dicha relación y en consecuencia ciertas prerrogativas laborales.

Así pues, de la aludida proliferación de contratos administrativos por prestación de servicios se resaltan dos cuestiones. La primera, es que las entidades públicas vienen vinculando personal a través de este modo de contratación estatal de manera irregular e ilegal, para someter a los contratistas a condiciones de laboralidad propias de un empleo público, y segundo, que al trasladarse dicha situación a la jurisdicción, en gracia al principio referido, sólo se reconocen a los aparentes contratistas algunos efectos de dicho principio, como lo son el reconocimiento de una sui generis relación laboral y la cancelación de ciertos derechos prestacionales, verbigracia: cesantías e intereses, primas, vacaciones, subsidio familiar, cajas de compensación familiar, cotizaciones a salud y pensión. Quiere decir esto último, que al contratista trabajador no se le reconoce el status de empleado público, ni las implicaciones que esto conlleva

a la terminación de la relación laboral, estos es: la reubicación o reintegro y en su defecto la indemnización por retiro del servicio.

Ante este panorama, se requiere la aplicación recia de las medidas jurídicas vigentes y la formulación de nuevas, con la finalidad de erradicar esta indebida y fraudulenta práctica de contratación estatal, y además con el fin de salvaguardar hasta el mayor extremo posible los derechos y garantías laborales del contratista trabajador.

Precisamente consciente de esta problemática, a continuación se expondrán de forma concreta dos posibles soluciones, relacionadas con ampliar el alcance del principio ampliamente citado, hasta ahora delimitado por la jurisprudencia colombiana en los casos de contratación estatal por prestación de servicios, donde el contratista concluye prestando un servicio personal, bajo subordinación y continuada dependencia a la entidad. No obstante, este autor exhorta a que se recrudescan y se expandan las medidas legales establecidas en la actualidad, verbigracia el sistema de responsabilidades del que debe ser objeto el nominador público que en nombre de la entidad celebre el contrato de prestación por servicios. Como lo establece Villegas<sup>385</sup>, aparte de responder disciplinariamente, también debe responder penalmente por celebración indebida de contratos, prevaricato y abuso de autoridad.

### **5.1. PRIMERA PROPUESTA: RECONOCER UNA INDEMNIZACIÓN POR LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL**

Con el respeto que merecen las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, emanadas sobre

---

<sup>385</sup> VILLEGAS. *Op.cit.*, p., 232.

la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en los casos donde un contratista, resulta prestándole un servicio personal a una entidad pública bajo los mismos supuesto de laboralidad del empleo público, este autor no comparte el criterio general adoptado por la jurisprudencia que consiste en reconocer en virtud de dicho principio, la primacía de la relación laboral, las prestaciones sociales causadas, pero nunca el status de empleado público.

Se disiente de la jurisprudencia, en cuanto no reconoce adicionalmente a favor del supuesto contratista, una indemnización por la terminación de la relación laboral que adquirió una vocación de permanencia en el tiempo. Se cree entonces, que otorgarle la indemnización, es lo más justo y equitativo en aplicación del principio mencionado, y también de los principios a la condición más beneficiosa para el trabajador y la igualdad. Pues, si bien es cierto que no podrá conferirse al contratista trabajador el status de empleado público a la luz de la Constitución y de la Ley según la jurisprudencia, no es menos cierto que si éste es sometido por la administración a prestarle un servicio personal, bajo continua subordinación y dependencia, en condiciones parecidas a las que preceden una relación laboral administrativa, debe en virtud de los precitados principios constitucionales, recibir a la finalización de la relación laboral de hecho, la totalidad de las prestaciones no sufragadas y una indemnización por la imposibilidad de reintegrarlo o reubicarlo, la cual se asemejará a la que debe recibir un empleado público cuando es retirado del servicio.

No se entiende como en la actualidad, de las líneas jurisprudenciales se denotan fundamentos basados en el principio de la primacía de la realidad, igualdad e irrenunciabilidad, para en efecto reconocer la existencia de una relación laboral administrativa y en consecuencia ordenarle a la administración pública a favor de aquel, la cancelación de las prestaciones

sociales ordinarias, integrales y con fines sociales, las mismas que recibe un empleado público, y no se hace lo propio para otorgarle el derecho a una indemnización por la terminación de la relación laboral, bajo el supuesto similar aplicable a los empleados públicos cuando son retirados del servicio.

Ahora bien, al repasarse los actuales eventos concebidos en el derecho laboral administrativo que son óbice para el retiro del servicio y que pueden generar una indemnización a favor del empleado público, se observa que el más próximo a aplicarse como fundamento de dicha indemnización, es el que se utiliza para el retiro en ocasión a la supresión del empleo ante la imposibilidad del reintegro o reubicación del empleado público. Se cree que es viable concederla a un contratista trabajador en estos términos, cuando éste pasa a prestar un servicio personal en las condiciones de laboralidad que caracterizan un empleo público. Esto puede ser razonablemente aplicable a la luz de los principios constitucionales de la primacía de la realidad sobre las formas, la condición más beneficiosa para el trabajador, la igualdad, la irrenunciabilidad de los derechos laborales y la equidad.

El retiro del servicio por supresión del empleo ha sido consagrado dentro del ordenamiento jurídico entre otras normas en el decreto 240 de 1968, artículo 25; en la ley 443 de 1998, artículo 37 y en la actualidad se regla en el artículo 41 de la ley 909 de 2004. Según Diego Yunes, “la circunstancia más usual y frecuente de supresión del cargo ocurre con motivo de las modificaciones de las plantas de personal de los diversos organismos, ya porque sea imprescindible ajustarlas a una nueva estructura orgánica, o porque se van a redistribuir los cargos en forma distinta o porque simplemente los puestos no son necesarios<sup>386</sup>”.

---

<sup>386</sup> YUNES. *Op.cit.*, p. 419.

Tratando de contrastar la situación en la cual un trabajador público ante la imposibilidad de reintegro o reubicación, tiene en su defecto el derecho a recibir indemnización por retiro del servicio en ocasión a la supresión del empleo, con la situación de un contratista que prestó un servicio personal a una entidad estatal en las condiciones requeridas para un empleo público, y que a la terminación de la develada relación laboral no puede ser reintegrado ni reubicado, se considera que deberá reconocérsele por vía judicial como producto de dicha terminación una indemnización, equivalente a la que recibe un funcionario por el retiro del servicio a causa de la supresión del cargo público, puesto que, muy a pesar de que dicho empleo no se encuentre creado legalmente o estándolo dentro de la entidad pública, éste se produjo de hecho, **con una vocación de permanencia** en el tiempo en la cual el contratista procuró un servicio personal a favor de la administración en condiciones de modo, tiempo y lugar propios de un empleo público. Por consiguiente, ya no siendo necesario para la administración el servicio posesionado en el tiempo y prestado por el contratista trabajador, puede esto asimilarse a un retiro del servicio en ocasión de la supresión del cargo toda vez que ya dicha prestación no es una necesidad funcional de la entidad pública. Ahora en el evento contrario de que el servicio sea requerido y ello de pie para convertirla en un empleo público, y ante la inminente imposibilidad que tiene el contratista trabajador de acceder a éste según la jurisprudencia, podrá equipararse ello como la negatoria del reintegro o reubicación.

Entonces, la declaratoria judicial de la presencia de la relación laboral, debe concebir todas los efectos jurídicos y prestacionales posibles a favor del contratista que se convierte en empleado estatal, incluso en el seno del tribunal de lo contencioso se vienen escuchando voces al respecto, muestra de ello, el salvamento de voto efectuado frente a la sentencia de noviembre 18 de 2003, expediente No. 0039-01(IJ), en la cual se advierte sobre

la inconsistencia de la jurisprudencia, cuando considera que desvirtuada la contratación por prestación de servicios para aceptar la relación laboral y se niega la producción de las consecuencias pertinentes. En este sentido dicha salvedad establece:

“Quiere decir lo anterior que si se demuestra la existencia de una relación laboral, que necesariamente implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante y el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la jurisdicción del trabajo, si se trata de un trabajador oficial, o ante la jurisdicción contencioso administrativa si es empleado público. El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene operancia cuando se opta por el contrato de prestación de servicios para esconder una verdadera relación laboral.

De otra parte, los yerros de la administración en la vinculación de sus servidores para evadir cargas prestacionales no pueden trasladarse a los administrados. Es más, superando la tesis hasta ahora aceptada por esta Corporación, puede decirse que éstos tienen derecho a que se les reconozca su condición de empleados públicos con todos los efectos inherentes. Puede, incluso, afirmarse que la jurisprudencia no ha sido consistente porque, a pesar de considerar desvirtuado el contrato de prestación de servicios y de aceptar la existencia de una verdadera relación laboral, se ha negado a hacerle producir las consecuencias que de ella se derivan, [...]. Si el contrato de prestación de servicios es supuesto y la verdadera relación es laboral debe concluirse que la persona natural tiene las prerrogativas

propias del empleado público, así sea como funcionario de hecho, porque no puede aceptarse que el particular deba, se reitera, asumir los errores de la administración ni sacrificar sus derechos fundamentales en aras del bien social público sin incurrir, en últimas, en lo que se critica: hacer prevalecer lo formal sobre lo sustancial y más en materia laboral dada la característica irrenunciable de sus derechos y su estrecha vinculación con la dignidad humana”<sup>387</sup>.

Con todo, si el fin es precisamente de aplicar el principio ampliamente reseñado, para dejar al descubierto lo que ocurre en el terreno de los hechos, estos es, un contratista prestando un servicio personal a una entidad pública, bajo dependencia y continuada subordinación, ya sea en un cargo creado dentro de la institución o no creado, hay razón para que a éste a la terminación de la relación laboral se le conceda adicionalmente una indemnización en los términos anotados.

Ahora, para efectos de reconocimiento y cancelación de la indemnización a la que se hace referencia a favor del contratista trabajador, deberá tenerse cuenta; a) la vocación de permanencia; b) la contabilización del tiempo; c) la tabla de indemnización y d) el salario base de liquidación.

**a) Vocación de permanencia.** Existen providencias del Consejo de Estado<sup>388</sup>, en las cuales se hace mención a la oración anunciada para significar que, cierto estado de cosas o condición está llamado a subsistir durante un tiempo prolongado. En el área laboral la jurisprudencia alude a esta, sobre todo al momento de abordar discusiones

---

<sup>387</sup> CE, Sec II. Subsec B, 27 Mar. 2008, Rad I: 3675-02. B. Ramírez.

<sup>388</sup> CE, Sec II. Subsec A, 11 Mar. 2004, Rad I: 3889-02. N. Pájaro.



en torno a la prevalencia de una relación laboral sobre una contractual, para referirse a que el empleo público por regla general es de carácter habitual o permanente en el tiempo. Esto guarda una estrecha relación con la denominada estabilidad laboral que se pregona en el marco de las relaciones laborales estatales que tienden a perdurar indefinidamente en el tiempo o que se consolidan a lo largo de su desarrollo. Verbigracia de lo primero, la estabilidad laboral de la que gozan por regla general “los empleados públicos<sup>389</sup>” y de lo segundo, la estabilidad que surge con motivo a la “permanencia y continuidad<sup>390</sup>” del servicio que se sobrepone a la temporalidad de los contratos de prestación de servicios que encubren relaciones laborales.

Teniendo en cuenta estas breves referencias sobre lo que significa por vocación de permanencia, se plantea que en los casos donde un contratista vinculado a la administración pública para prestar un servicio de manera independiente y temporal, resulta prestando un servicio personal, bajo continua dependencia y subordinación, con una vocación de permanencia en el tiempo, la misma que se pregona para los empleos públicos, éste contratista deberá ser indemnizado.

Ahora bien, cabe distinguir dos eventos que se presentan en la práctica con respecto al tema. El primero es aquel donde la persona es contratada por la entidad pública mediante un contrato administrativo de prestación por servicios, para que realice una actividad o preste un servicio propio de un

---

<sup>389</sup> *CE, Sec II. Subsec A, 02 Feb. 2006, Rad I: 4250-05. A. Arango; CE, Sec II. Subsec A, 01 Feb. 2007, Rad I: 0719-06. J. Moreno; CE, Sec IV, 18 Mar. 2010, Rad: 25000-23-27-000-2004-00848-01-16971. 0719-06. (E) M. Briceño;*

<sup>390</sup> *CE, Sec II, Subsec. A, 04 Mar. 2010, Rad I: 1413-08, G Gómez.*

empleo público legalmente creado. En este caso se pregona automáticamente la vocación de permanencia en el tiempo entrelazada con la garantía de la estabilidad laboral. Cabe resaltar que esta contratación, es la típica contratación fraudulenta o contraria a la ley.

El segundo evento que es dable distinguir, es aquel que se presenta cuando la actividad que debe desarrollarse no equivale a la de un empleo público creado. En este caso se plantea que si una persona vinculada mediante un contrato estatal por prestación de servicios, logra demostrar que le sirvió a la entidad pública, bajo dependencia y continua subordinación por más de un año, tendrá derecho una indemnización en los términos aquí anotados. El término anteriormente anunciado se considera razonable, proporcional y justo para quien es sometido por la administración mediante este modo de contratación a realizar un servicio personal en las mismas condiciones de laboralidad de un empleado público.

- b) Contabilización del tiempo.** No perdiendo de vista lo anotado en el anterior literal, el tiempo de servicio continuo que prestó el contratista trabajador se contabilizará para efectos de reconocer la indemnización desde la fecha en que este suscribió el contrato o el primer contrato por prestación de servicios con el ente estatal hasta la fecha de culminación del servicio establecida en el contrato o del último contrato celebrado.
- c) Tabla de indemnización.** Se propone que para efectos de calcular el valor que debe recibir el contratista trabajador por concepto de indemnización, se debe establecer una tabla parecida a las que actualmente se encuentran en el ordenamiento jurídico. Verbigracia la establecida en el

artículo 44, párrafo 02 de la ley 909 de 2004 y la relativa las relaciones laborales a término indefinido contenida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

El artículo 44 de la ley 909 de 2004, establece:

La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

“1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.

2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos”<sup>391</sup>.

---

<sup>391</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Código Sustantivo del trabajo. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 06 de julio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley\\_0909\\_2004\\_pr001.html#44](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0909_2004_pr001.html#44)*

Por otro lado, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo atinente a la indemnización a la que tienen derecho quienes celebren contratos de trabajo a término indefinido, señala:

“a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción”<sup>392</sup>.

---

<sup>392</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *Código Sustantivo del trabajo. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 06 de julio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo\\_pr002.html#64](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo_pr002.html#64)*

De las tablas de indemnizaciones antes citadas, conforme a la condición más beneficiosa para el trabajador y bajo el amparo del principio de la primacía de la realidad, se puede utilizar una tabla similar a la contenida en la ley 909 de 2004.

**d) Salario base de liquidación.** Con relación a esto, se deben hacer dos precisiones: primero, si se trata de un contratista que ejerció funciones propias de un empleo público creado, se traza como salario base para hacer la respectiva liquidación de la indemnización a la terminación del contrato, el valor que corresponda como remuneración a dicho empleo.

Segundo, si se está frente a un contratista que prestó un servicio personal, bajo continúa dependencia y subordinación, pero su labor no equivale a la de ningún empleo público creado, se tendrá como salario base para efectos de la liquidación, lo pactado como honorarios mensuales en el contrato, y en caso tal que no se haya convenido el pago de los honorarios de forma mensual, se tendrá que dividir el valor de los mismos por el número de meses que dure la relación, cabe advertir que si los valores resultantes son inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente, deberá entonces hacerse el cálculo con base en éste.

Ante los vacíos normativos existentes, dentro de los cuales se resalta la inexistencia del anhelado estatuto del trabajo, el cual por expreso mandato de la Constitución de 1991, debe crearse, sin embargo no se ha realizado por parte del legislativo, se cree que la propuesta expuesta puede ser concebida a nivel jurisprudencial, teniendo en cuenta que de la misma Constitución emergen argumentos suficientes basados en sus principios a la primacía de la realidad sobre las formas, la condición más beneficiosa

para el trabajador, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, la equidad y la igualdad.

## **5.2. SEGUNDA PROPUESTA: ESTABLECER UNA PRESUNCIÓN DE CONTRATO LABORAL A FAVOR DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE CARACTERICEN UNA RELACIÓN LABORAL**

Ante la imposibilidad Constitucional plasmada por la jurisprudencia de las altas Cortes de conferirle a un contratista trabajador el status de empleado público, se piensa que, para efectos de reconocer todos los derechos y garantías laborales de esa persona compelida por la entidad pública, bajo un aparente contrato de prestaciones servicios, a prestarle un servicio personal en las condiciones de tiempo, modo y lugar que caracterizan un empleo público, debe idearse una presunción de existencia de relación laboral a término indefinido.

Si bien para muchos sonará descabellada, para otros una solución equilibrada y para algunos un paño de agua tibia, ésta posibilidad podría ser una solución ponderada a la luz del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que por un lado está la imposibilidad de otorgarle el status de empleado público al contratista trabajador de conformidad a la Constitución, y por otro, se encuentran una gama de principios protectorios de resorte Constitucional tales como: la primacía de la realidad sobre las formas, la condición más beneficiosa para el trabajador, la irrenunciabilidad de derechos, la igualdad y la equidad.

No se puede seguir avalando la precitada práctica fraudulenta que conlleva a la trasgresión de las garantías y derechos laborales de las personas que son contratadas por la entidad pública para

que aparentemente les presten servicios personales de manera autónoma y temporal, pero que de entrada o en el desarrollo la relación contractual, resultan haciéndolo de manera dependiente y subordinada, hasta el punto que la actividad desplegada se torna estable o adquiere una vocación de permanencia en el tiempo, que no es propia de la naturaleza del modo de contratación estatal por prestación de servicios.

Ahora, tratando de buscar una solución jurídica basada en consagrar una presunción a favor del contratista con respecto a la relación laboral que termina estableciendo con la entidad pública por imposición de ésta, se observa cuando se recurre al derecho comparado que, la legislación Española consagra una singular presunción de derecho en el artículo 15.3 del estatuto de los trabajadores Españoles, la cual a su sentido literal reza: “se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude a la ley<sup>393</sup>”.

La precitada presunción, de acuerdo a Juan López Gandía, trata sobre una “presunción iuris et de iure de necesidad estable y permanente a favor de la fijeza en el empleo. Tiene la finalidad de rechazar la indebida contratación temporal sucesiva con el mismo trabajador, favoreciéndolo con la contratación laboral a término indefinido<sup>394</sup>”.

Para entender esta figura jurídica, conforme a López, es necesario distinguir el fraude a la ley y la contratación ilegal. La contratación ilegal se produce cuando “no se dan los requisitos de

---

<sup>393</sup>ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Estatuto de trabajadores. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 05 de junio de 2010]. Disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37817/64929/S94ESP01.HTM#t1c2>*

<sup>394</sup>ALBIOL MONTESINOS. *Et al. Op.cit, pp. 100-103. 2 v.*

causalidad forma, alta en la seguridad social, cuando el contrato no se denuncia y se prorroga más allá del término, etc. Esta opera bajo el sistema de presunción iuris tantum, admitiendo prueba en contrario de la naturaleza temporal<sup>395</sup>". En cambio, el fraude a la ley, se origina "cuando pese a que desde el punto de vista formal se utiliza legal y de manera aparentemente correcta la contratación temporal, sin embargo su finalidad es conseguir un objetivo contrario a la ley y perjudicar la fijeza del trabajador<sup>396</sup>", es decir, evitando la contratación a término indefinido. Cuando la contratación temporal se hace en fraude a la ley, opera la presunción iuris et de iure, por tiempo indefinido, sin posibilidad alguna de prueba en contrario.

Ahora, teniendo en cuenta el anterior antecedente de presunción que se extrae del derecho comparado, a opinión de este autor, se debe formular una presunción legal que prescriba algo como lo siguiente: *Se presumirá como una relación laboral administrativa a término indefinido aquella relación contractual estatal que nazca de la celebración de un contrato de prestación de servicios entre una persona natural y una entidad pública, cuando el contratista resulte prestando un servicio personal, bajo dependencia y continuada subordinación a la entidad pública contratante.* Se podrá complementar con lo siguiente: En todo caso de demostrarse los elementos esenciales de la relación laboral ante la imposibilidad de conferirse la calidad de empleado público al aparente contratista, mediante sentencia judicial deberá reconocérsele todos los derechos prestacionales, salariales y una indemnización similar a la que recibe un empleado público por retiro del servicio en ocasión a la supresión del empleo que desempeñaba.

---

<sup>395</sup> *Ibíd.*, p.101.

<sup>396</sup> *Ibíd.*,



Ahora bien, se preguntaran que implicaciones jurídicas y laborales conllevará la consagración normativa de una presunción legal de este talante. Éstas a parecer de este investigador, serán las que a continuación se enumeren.

1. En cuanto a la transmutación de la relación contractual a una laboral. Como se viene insistiendo, cuando un contratista celebre un contrato de prestación de servicios con la administración pública conforme a al artículo 32, numeral 3 de la ley 80 de 1993, y resulte compelido a procurar sus servicios personales, bajo continua dependencia y subordinación, no cabe duda para este investigador, que la primigenia relación contractual se trasmuta en una relación laboral conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, sin importar lo pactado en el contrato estatal, puesto que, como dice De la Cueva: “la existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia no de lo que las partes hubiesen pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado<sup>397</sup>”. Ahora, como también señala Secelle, “la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva; cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor<sup>398</sup>”.

Por ende, al quedar desvirtuada la pactada independencia y autonomía como ingrediente propio de la forma en que el

---

<sup>397</sup> DE LA CUEVA. *Derecho Mexicano del Trabajo. Op.cit.*, p. 381.

<sup>398</sup> *Ibíd.*,

contratista debe prestar sus servicios personales en el marco de este modo de contratación estatal, y en cambio quedando al descubierto los elementos esenciales que comportan un contrato de trabajo, en especial la continuada dependencia y subordinación, se debe valorar la relación laboral que surja y a su vez conceder los derechos y garantías establecidos en la normatividad laboral correspondiente.

En efecto, comenta el Consejo de Estado<sup>399</sup>, aun cuando el objeto del contrato sea la prestación de servicios personales de manera independiente, sin mediar subordinación alguna, no puede utilizarse el mismo como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características y desvirtuada su temporalidad, es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio, y probados los elementos de una relación laboral, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Conforme a lo anterior, no se puede descartar la idea extrema de concebir la “posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad<sup>400</sup>”, máxime si se tiene que la prestación de servicios contratada constituye una función pública a

---

<sup>399</sup>CE, Sec II. Subsec B, 27 Marzo. 2008, Rad I: 3675-02. B. Ramírez; CE, Sec II. Subsec A, 11 Junio. 2009, Rad I: 0081-08. G. Gómez y CE, Sec II. Subsec A, 04 Marzo. 2010, Rad I: 1413-08. G. Gómez.

<sup>400</sup>CE, Sec II. Subsec A, 04 Marzo. 2010, Rad I: 1413-08. G. Gómez.

cargo del Estado, inherente al objeto de las actividades de la entidad contratante.

Así pues, una de las implicaciones que traerá la presunción antes anunciada será el reconocimiento pleno de la relación laboral administrativa, lo cual aunque no conllevará a reconocer el status de empleado público al contratista trabajador, servirá para efectos de ensanchar las garantías y prerrogativas laborales en beneficio de éste, tal y como se verá seguidamente.

- 2. *En cuanto a los derechos y garantías laborales.*** Este autor, concibe la idea de que la relación contractual nacida entre una persona natural y El Estado, conforme al modo de contratación de prestación por servicios, puede en los términos ampliamente explicados, desembocar en una relación laboral propia de los empleados públicos, y por consiguiente causar a favor del contratista trabajador la totalidad de los derechos y garantías laborales. No obstante, la jurisprudencia consciente de esto, le contrapone el fundamento de que en vista de la imposibilidad otorgar al contratista trabajador el status de empleado público, no podrá reconocérsele todos los derechos y garantías laborales que poseen estos de conformidad a la Constitución y la ley.

Bajo este panorama, ponderando los argumentos que se contrastan, se sugiere que a la relación laboral germinada, se le dé un tratamiento jurídico especial, que mezcle consecuencias jurídicas en cuanto a derechos y garantías laborales de los empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados del común contratados a termino indefinido, relacionadas con a) la cancelación de las prestaciones sociales y salarios; b) permanencia o estabilidad del trabajo y c) terminación del contrato.

**a) Prestaciones sociales y salarios.** Como se ha venido instando, al contratista deberán reconocérsele todas las prestaciones sociales a las que tenga derecho conforme al empleo público que se asimilen las funciones que realiza, quiere ello decir, que si entra a cumplir funciones equivalentes a la de un empleo creado dentro de la entidad pública, las prestaciones se cancelarán en similar forma a como la recibe quien ocupa o puede ocupar dicho empleo. También significa esto, que podrán reconocérsele las diferencias salariales dejadas de percibir entre lo pactado en el contrato administrativo y la remuneración dispuesta para cubrir el empleo público.

Ahora, bajo el supuesto de que la actividad desarrollada por el contratista bajo dependencia y continuada subordinación, no esté prevista en el ente público, es decir, no se encuentre concebido como un empleo público, se considera que tendrán derecho a reconocérsele todas las prestaciones sociales que ocasione un empleo público generalmente, sin embargo, al momento de liquidarse éstas deberán calcularse con base a lo pactado como remuneración dentro del contrato de prestación de servicio. Y con respecto a una diferencia salarial, no habiendo un punto de referencia para hacer la respectiva comparación, no será viable concebirla, claro está, que si al dividirse la remuneración recibida por el contratista por el número de meses que duro la relación laboral, y da como resultado valores inferiores al salario mínimo mensual legal vigente, se deberá ordenar la cancelación de la diferencia suscitada.

**b) Permanencia o estabilidad en el trabajo.** La relación laboral que emerge con motivo de un simulado contrato administrativo por prestación de servicios, tendrá que valorarse como

una de tipo indefinido, pues esta caracteriza “el contrato de trabajo por excelencia<sup>401</sup>”. La particularidad esencial de esta relación es la vocación de permanencia en el tiempo, “pues esta llamada a perdurar hasta que el subordinado cumpla los requisitos para pensionarse o incurra en una de las justas causas de despidos consagrados por la ley, a menos que sobrevenga alguna de las causas legales que le ponen fin a la relación empleatica<sup>402</sup>”.

Asimilar la relación laboral surgida entre el contratista trabajador y la entidad pública a termino indefinido, conlleva a evaluarla desde el criterio de estabilidad laboral. La cual acogiendo la definición de Villegas, se puede decir que ésta corresponde “al derecho de permanencia de quien trabaja, mientras subsista la materia de la relación de trabajo y no se le aduzca y compruebe una justa causa de terminación de la relación laboral<sup>403</sup>”.

Para conceptualizar más a fondo y específicamente sobre la estabilidad de las relaciones laborales públicas, se traerá a colación algunos apartes jurisprudenciales de la Corte Constitucional donde se aborda el tema.

Comenta la Corte que, “en Colombia se encuentra consagrada la estabilidad en el empleo en los artículos 53 y 125 de la Constitución, el primero alusivo a todos los trabajadores y el segundo aplicable a los servidores del Estado<sup>404</sup>”.

---

<sup>401</sup> GUERRERO. *Manual de derecho del trabajo. Op.cit., pp. 298.*

<sup>402</sup> *Ibid., p.299.*

<sup>403</sup> VILLEGAS. *Op.cit., p., 288.*

<sup>404</sup> *C Const, T-738 / 09, M. Calle.*

Considera el mencionado tribunal que el “principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo<sup>405</sup>”. Sin embargo, advierta la Corte que, “no significa que el empleado sea inamovible, como si la administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa<sup>406</sup>”.

La estabilidad laboral “resulta ser esencial en lo que respecta con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleo (C.N., art.125,inc, 2º) <sup>407</sup>”.

Por otro lado, en lo referente a la estabilidad y permanencia laboral de los trabajadores oficiales la situación es diferente. Los contratos que se celebran entre estos y las entidades públicas de conformidad al artículo 37 del decreto-reglamentario 2127 de 1945 se pueden hacer a termino definido e indefinido. Cuando no se estipule la durabilidad de la relación laboral, se entrara aplicar lo conocido como plazo

---

<sup>405</sup> *Ibíd.*,

<sup>406</sup> *Ibíd.*,

<sup>407</sup> *Ibíd.*,

presuntivo. Éste se encuentre consignado en el artículo 40 de la citada normatividad y hace referencia según Villegas<sup>408</sup> a que en todo contrato de trabajo, aun en el indefinido o sin el termino fijo, siempre tendrá una vigencia de seis meses, prorrogables por periodos iguales, “en el entendido de que la disposición no impide la celebración de contratos de trabajo a termino indefinido con la administración pública, cuando así lo estipulen expresamente las partes<sup>409</sup>”.

Ahora, con relación a la estabilidad y permanencia laboral de las relaciones de trabajo pactadas entre personas privadas, éstas se regulan por el Código Sustantivo de Trabajo. La durabilidad del empleo en este régimen dependerá del tipo de relación laboral que entablen las partes, la cual puede ser a término fijo o indefinido. Cabe destacar que la última encarna, en palabras de Guerrero, “el contrato de trabajo por excelencia<sup>410</sup>”, es decir: el contrato de trabajo a término indefinido.

Al contrastar lo dicho sobre la estabilidad laboral con la prestación de un servicio personal que hiciera un supuesto contratista de forma peramente, tal y cual se comenta en el *Capítulo 4; temas 4.2.4. y 4.2.5.*, si es menester el establecimiento de una función pública permanente se deberá crear el empleo correspondiente, y en consecuencia, a éste sólo podrán llegar quienes cumplan los requisitos para acceder y permanecer en el mismo, quiere esto decir que, al contratista trabajador no podrá predicársele la garantía de estabilidad laboral,

---

<sup>408</sup> VILLEGAS. *Op.cit.*, p., 288.

<sup>409</sup> *C Const, C-003 / 98, V. Naranjo.*

<sup>410</sup> GUERRERO. *Manual de derecho del trabajo. Op.cit.*, pp. 298.

teniendo en cuenta que es imposible vincularlo como empleado público a una entidad estatal, sin embargo, y como a continuación se verá, en su defecto se le deberá reconocer el derecho a ser indemnizado, puesto que, estuvo vinculado a la administración mediante una relación laboral de hecho con vocación de permanencia en el tiempo.

- c) ***Terminación de la relación laboral.*** Como se indica en la primera propuesta, lo más justo y equitativo para un contratista trabajador, quien en ocasión a un contrato por prestación de servicio, realizó una actividad personal bajo continúa dependencia y subordinación en beneficio de un ente público, y ante la imposibilidad de que se le reintegre al trabajo que desarrolló, se le debe en su defecto reconocer una indemnización por motivo de terminación de la relación laboral.

Tratándose de un contratista sometido a las condiciones de laboralidad de un empleado público, esta terminación para concepto de este autor, podrá equivaler a lo conocido dentro del derecho laboral administrativo como retiro del servicio por supresión del cargo, puesto que, muy a pesar de que dicho empleo no está creado legalmente en el ente pública o estándolo, lo cierto es que existió de hecho, por un periodo de tiempo en el cual el contratista prestó un servicio personal en condiciones similares de modo, tiempo y lugar de un empleado público de la entidad.

La propuesta antes descrita, debe ser recogida en una Ley que modifique el artículo 32 de la ley 80 de 1993 o darle vida independiente en una normatividad relacionada tendiente a evitar la fraudulenta o indebida



forma contractual estatal, la cual a su vez, también debe precaver en los casos de presentarse esta práctica, la prevalencia de los derechos y garantías laborales. Así mismo, consecuencialmente redundara en un mejor manejo de la función pública, la satisfacción del personal que hace parte de ella, la concientización de prever infortunios laborales, el incremento de productividad traducido en altos niveles de eficiencia, efectividad, producción administrativa y alto rendimiento en la gerencia pública.

Obsérvese que la Ley 1437 de 2011, cuya entrada en vigencia data desde el 02 de Julio de 2012, en su artículo 189<sup>411</sup>, realiza un acercamiento a la propuesta de una indemnización, pero sólo en los eventos en que existiendo condena de reintegro en contra de la entidad, esta haya desaparecido o el cargo fuere suprimido, sin que exista en la misma uno de igual naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de su desvinculación. La indemnización que consagra esta norma, deberá estar ajustada al principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, puesto que la norma analizada sólo hace referencia en forma

---

<sup>411</sup>“En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición.”

general a los parámetros de la legislación laboral, lo cual hace pensar, en principio, que podría hacerse efectiva cualquiera de las indemnizaciones contenidas en la Ley 909 de 2004 y el Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, sin importar los destinatarios de cada una de ellas, escogiendo la más favorable al trabajador.

## 6. CONCLUSIONES

- Dentro de esta investigación se verificó el aporte conceptual que ha realizado la doctrina latinoamericana a la literatura universal del derecho laboral sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formas o formalidades. Se estableció que existe un consenso de la doctrina, tanto nacional como extranjera, en cuanto a que, en materia laboral, dado el caso de presentarse una discordia entre lo factico o lo ocurrido en el plano de los hechos con lo consignado en los documentos o la forma establecida por los sujetos, prevalecerá la realidad de los hechos, en aras de establecer la existencia de la relación laboral, y por tanto, aplicar la legislación laboral imperante.
- De acuerdo a la doctrina, se señaló que este principio es importante para dilucidar los casos en los cuales se pretende con ciertas figuras contractuales de tipo civil o comercial, encubrir o simular una relación laboral, pues basta con probar los elementos esenciales que la comportan, sobre todo la dependencia y subordinación, para que el juez entre a declarar su primacía, y de este modo, reconocer los derechos y garantías laborales.
- Sobre la consagración del principio mencionado en el ordenamiento jurídico Colombiano, se determinó que a diferencia de otras legislaciones, éste se anuncia directamente como un principio laboral en el artículo 53 de la Constitución política e indirectamente se encuentra referido legalmente en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Además, a nivel

jurisprudencial, se destacó que dicho principio fue develado conceptualmente a mediados del siglo pasado por la Corte Suprema de Justicia, y anunciado como “uno de los fundamentales en el derecho del trabajo<sup>412</sup>” en la sentencia de Casación Laboral del 1º de diciembre de 1981. Se resaltó que en este fallo, se hizo alusión a su desarrollo doctrinario, expuesto en cierto estadio por el mejicano Mario de la Cueva y el uruguayo Américo Pla Rodríguez, considerados como los precursores del desarrollo conceptual del mencionado principio.

- Estudiada la consagración Constitucional, legal y jurisprudencial de este principio del derecho laboral concebido en la Carta de 1991, se concretó que sus características son precisamente la consagración constitucional y el reconocimiento como un principio del derecho protectorio del derecho al trabajo. A reglón seguido, se señaló sus presupuestos conforme Patricio Decap<sup>413</sup>, lo cuales son: a) la existencia de una conducta o de un hecho tipo; b) la existencia de un acuerdo, pacto, documento o escrito; c) la oposición entre éstos y los hechos y d) la prueba de los hechos.
- Examinadas las consideraciones teóricas del principio analizado y demarcada su consagración en el orden legal nacional, se hizo un análisis de su aplicabilidad en la forma de contratación administrativa por prestación de servicios,

---

<sup>412</sup>Corte Suprema de Justicia. Sentencia de diciembre 01 de 1981. (GJ. XCI – 1157). Citado por: PEREZ HUERTAS, Freddy Rolando. *Op.cit.*, p. 64.

<sup>413</sup>DECAP CARRASCO, Patricio. *El Principio de la Primacía de la Realidad en la Relación Individual de Trabajo*, Citado por: ARRIAGADA, Miguel Ángel y ROSAS CHUAQUI, José Miguel, *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo*. 2.006. Tesis de grado para optar al título de abogado. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

no sin antes advertir, que en Colombia se viene presentado una “proliferación de contratos de prestación de servicios como correctivo sucedáneo a la supresión de los empleos públicos<sup>414</sup>” y también como el producto del favorecimiento amistades y pagó de servicios políticos.

Se estableció. que dicha contratación se viene utilizando de forma habitual y constante, pero de manera indebida y fraudulentamente por la administración pública, para contratar personas que supuestamente deben prestarle sus servicios de forma independiente por un término estrictamente necesario, pero de entrada o en el avance de la relación contractual, resultan prestándole dichos servicios, bajo dependencia y continua subordinación, en las condiciones exigidas para desempeñar un empleo público, es decir, pasan a caracterizar una relación laboral administrativa.

- Así mismo, antes del análisis del indebido uso de este modo de contratación estatal, se realizó un estudio comparado de la relación contractual que nace de esta forma con la relación laboral administrativa propia del empleo público. Así pues, en el marco de esta diferenciación, se determinó que la vinculación de los empleados públicos genera una relación reglamentaria o legal, la cual se regula por el derecho laboral administrativo; la de los trabajadores oficiales una de tipo contractual laboral, que se rige en su parte individual el derecho administrativo laboral y su parte Colectiva por el Código Sustantivo del Trabajo, y a la de los contratistas por prestación de servicios una de carácter contractual, la cual se gobierna por el estatuto de contratación estatal consignado en la ley 80 de 1993, y por normas complementarias del derecho comercial y civil.

---

<sup>414</sup> VEGA DE HERRERA. *Op.cit.*, p. 26

Sin embargo, se estableció que la relación reglamentaria o legal, es una relación laboral administrativa.

- Igualmente, se repasó el concepto legal, doctrinal y jurisprudencial de la contratación estatal por prestación de servicios y se precisó conforme a ello, que este modo contractual tiene entre otras características las siguientes: a) es una forma de vinculación de personal a la administración pública; b) es un contrato que implica una actividad independiente para el contratista; c) tiene como finalidad realizar actividades de carácter temporal concernidas a la administración del ente o con el cumplimiento de sus funciones; d) se regula por normas especiales de la contratación estatal, derecho civil y comercial y e) puede celebrarse con personas naturales o jurídicas.
- Establecido el concepto y las particularidades del contrato precitado, así como sus diferencias con la relación contractual que este genera y la laboral, se tocó profundamente la problemática de la indebida y fraudulenta contratación estatal de personal realizada mediante esta forma. En el marco de esto, se delimitó la aplicación y operancia del principio de la primacía de la realidad frente a este modo de contratación de conformidad a la jurisprudencia y la doctrina.
- De la doctrina se resaltó que esta confluyen en que: 1) la contratación administrativa por prestación de servicios puede desembocar en una relación laboral, cuando la administración pública abusando de esta figura contractual somete al contratista a realizar o prestar un servicio de forma dependiente y subordinada; 2) el contratista trabajador, se puede catalogar como empleado público de hecho cuando se le encargan funciones establecidas legalmente para los

empleados públicos que están vinculados mediante una relación legal y reglamentaria y 3) la aplicación y operancia del principio de la primacía de la realidad sobre la forma de contratación por servicios, se limita a producir unos efectos parciales, tales como establecer: a) la relación laboral y b) el reconocimiento de los derechos patrimoniales de carácter laboral derivados de la misma. No obstante, algunos añaden que se debe conferir el status de empleado público al contratista trabajador.

- De la jurisprudencia se recalcó, que ésta con relación a la aplicación y operancia del principio de la primacía de la realidad sobre mencionada forma de contratación estatal, señala que se reconoce la primacía de la relación laboral para efectos de concedérsele una indemnización al contratista trabajador, la cual corresponderá a la cancelación de las prestaciones sociales, ordinarias, integrales y con fines sociales. Ésta indica que jamás podrá otorgársele el status de empleado público, ya que ello, a la luz de la norma Constitucional y la Ley no es permitido. Del mismo modo, se señaló que el Consejo de Estado, concibe que la liquidación de las prestaciones sociales se harán con base a lo pactado en el contrato de prestación de servicios como honorarios. Sin embargo, como también se observó, desde el seno del citado tribunal, se viene tejiendo la idea de que a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago total a favor del contratista trabajador de las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la Entidad que desempeñaban similar labor, tomando como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para éstos, en aplicación del principio de igualdad.
- Después de examinado el concepto de la primacía de la realidad a nivel doctrinal y jurisprudencial; de

delimitado dicho principio en el ordenamiento jurídico y de analizado su aplicabilidad y operancia en la forma de contratación administrativa de prestación por servicios, se efectuaron dos propuestas en aras de extender su radio de alcance, relativas a conceder al contratista trabajador el máximo de prerrogativas y garantías laborales posibles, teniendo en cuenta el hecho de que éste prestó a una entidad pública un servicio personal, bajo dependencia y continua subordinación.

- La primera propuesta que se expresó consiste en otorgarle una indemnización al contratista trabajador a la terminación de la demostrada relación de la relación laboral. Al respecto se consideró que, si éste es sometido por la administración a prestarle un servicio personal, bajo continua subordinación y dependencia, en similares condiciones a las que preceden una relación laboral administrativa, en virtud del principio antes citado, la condición más beneficiosa para el trabajador y la igualdad, debe recibir a la terminación de la relación laboral de hecho, la totalidad de las prestaciones no sufragadas y una indemnización por la imposibilidad de reintegrarlo o reubicarlo, la cual se asemejará a la que debe recibir un empleado público cuando es retirado del servicio en ocasión a la supresión del cargo.
- Como fundamento de la primera propuesta, se cree que al contratista trabajador debe concedérsele por vía judicial la indemnización como producto de la terminación de la demostrada relación laboral. Ésta prerrogativa equivaldrá a la que recibe un funcionario por el retiro del servicio a causa de la supresión del cargo público, puesto que, muy a pesar de que dicho empleo no se encuentre creado legalmente o estándolo dentro de la entidad pública, éste se produjo de hecho, con una vocación de permanencia



en el tiempo en la cual el contratista procuró un servicio personal a favor de la administración en condiciones de modo, tiempo y lugar propios de un empleo público.

Por consiguiente, ya no siendo necesario para la administración el servicio posesionado en el tiempo y prestado por el contratista trabajador, puede esto asimilarse a un retiro dentro de la forma planteada, toda vez que ya dicha prestación no es una necesidad funcional de la entidad pública. Ahora en el evento contrario de que el servicio sea requerido y ello de pie para convertirla en un empleo público, y ante la inminente imposibilidad que tiene el contratista trabajador de acceder a éste según la jurisprudencia, podrá equipararse como la negatoria del reintegro o reubicación.

- La segunda propuesta que se sugirió, es que para efectos de reconocer todos los derechos y garantías laborales del contratista trabajador compelido por la entidad con sujeción un contrato de prestaciones servicios, a prestarle un servicio personal en las condiciones de tiempo, modo y lugar que caracterizan un empleo público, debe idearse una presunción de existencia de relación laboral a termino indefinido. Se propuso tentativamente como presunción legal que; *se presumirá como una relación laboral administrativa a término indefinido aquella relación contractual estatal que nazca de la celebración de un contrato de prestación de servicios entre una persona natural y una entidad pública, cuando el contratista resulte prestando un servicio personal, bajo dependencia y continuada subordinación a la entidad pública contratante.* Adicionalmente se dijo que se complementará con el siguiente texto: Se podrá complementar con lo siguiente: *En todo caso de demostrarse los elementos esenciales de la relación laboral ante la imposibilidad de conferirse la calidad de empleado público al aparente contratista, mediante sentencia*

*judicial deberá reconocérsele todos los derechos prestacionales, salariales y una indemnización similar a la que recibe un empleado público por retiro del servicio en ocasión a la supresión del empleo que desempeñaba.*

Se determinó que esta traerá ciertas implicaciones jurídicas en cuanto a: 1) la trasmutación de la relación contractual en una contractual y 2) los derechos y garantías laborales. Sobre lo primero se explicó que, cuando un contratista suscriba el modo de contratación por servicios con una entidad pública conforme a al artículo 32, numeral 3 de la ley 80 de 1993, y resulte obligado a prestar sus servicios, con continua dependencia y subordinación, no cabra duda que la primigenia relación contractual se trasmuta en una relación laboral conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, sin importar lo que se haya pactado en el contrato estatal. Por consiguiente, al quedar desvirtuada la pactada independencia y autonomía como ingrediente propio de la forma en que el contratista debe prestar sus servicios personales en el marco de este modo de contratación estatal, y en cambio quedando al descubierto los elementos esenciales que comportan un contrato de trabajo, en especial la continuada dependencia y subordinación, se debe valorar la relación laboral que surja y a su vez conceder los derechos y garantías establecidos en la normatividad laboral correspondiente.

Relativo a lo segundo, se señaló que con motivo al establecimiento judicial de la relación laboral administrativa, al contratista trabajador se le deben reconocer la totalidad de los derechos y garantías laborales, sin embargo, se advirtió que muy a pesar que la jurisprudencia es consciente de esto, le contrapone el fundamento de que en vista de la imposibilidad otorgar al contratista trabajador el status de

empleado público, no podrá concedérsele todos los derechos y garantías laborales que poseen estos de conformidad a la norma Constitucional y la Ley laboral. Se sugirió que la relación laboral germinada, se le dé un tratamiento jurídico especial, que mezcle consecuencias jurídicas en cuanto a derechos y garantías laborales de los empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados del común contratados a termino indefinido, relacionadas con: a) la cancelación de las prestaciones sociales y salarios; b) permanencia o estabilidad del trabajo y c) terminación del contrato.

En especial, sobre la posibilidad de reconocer y cancelar las prestaciones sociales y salarios al contratista trabajador, se dijo que deberán reconocérsele todas las prestaciones sociales a las que tenga derecho conforme al empleo público que se asimilen las funciones que realiza, quiere ello decir, que si entra a cumplir funciones equivalentes a la de un empleo creado dentro de la entidad pública, las prestaciones se cancelarán en similar forma a como la recibe quien ocupa o puede ocupar dicho empleo. También significa esto, que podrán reconocérsele las diferencias salariales dejadas de percibir entre lo pactado en el contrato administrativo y la remuneración dispuesta para cubrir el empleo público.

Aunado a lo anterior, se agrego que bajo el supuesto de que la actividad desarrollada por el contratista bajo dependencia y continuada subordinación, no esté prevista como un empleo público, se considera que tendrán derecho a reconocérsele todas las prestaciones sociales que se ocasionen generalmente, sin embargo, al momento de liquidarse éstas deberán calcularse con base a lo pactado como remuneración dentro del contrato de prestación de servicio. Y con respecto a una diferencia salarial se propuso que, no habiendo un punto de referencia para hacer la

respectiva comparación, no será viable concebirla, claro está, que si al dividirse la remuneración recibida por el contratista por el número de meses que duro la relación laboral, y da como resultado valores inferiores al salario mínimo mensual legal vigente, se deberá ordenar la cancelación de la diferencia suscitada.

Con relación a la posible permanencia o estabilidad del contratista trabajador, se preciso que ésta como derecho no es posible concebirla toda vez que, se genera del status de empleado público reconocido de conformidad a la normatividad nacional, sin embargo, para efectos de concederle una indemnización por la terminación de la relación laboral, deberá valorarse el vínculo que se estableció de hecho, debido a que dicha relación se presentó con la vocación de permanencia en el tiempo, propia del empleo público.

Con relación, la extinción de la demostrada relación laboral, se insistió como se hizo en la primera propuesta, que lo más justo y equitativo para un contratista trabajador, quien por medio la contratación por servicios, realizó una actividad personal bajo continua dependencia y subordinación en beneficio de un ente pública, y ante la imposibilidad de que se le reintegre al trabajo que desarrolló, se le debe en su defecto reconocer una indemnización por la terminación de la relación laboral. Se recordó que esta terminación podrá asimilarse a lo conocido dentro del derecho laboral administrativo como retiro del servicio por supresión del cargo, puesto que, muy a pesar de que dicho empleo no esté creado legalmente en la entidad pública o estándolo, lo cierto es que existió de hecho, por un periodo de tiempo en el cual el contratista prestó un servicio personal en condiciones

similares de modo, tiempo y lugar de un empleado público de la entidad.

Por último, se expresó que la primera propuesta, puede concebirse a nivel jurisprudencial, teniendo en cuenta que de la misma Constitución emergen argumentos suficientes fundamentados en sus principios a la primacía de la realidad sobre las formas, la condición más beneficiosa para el trabajador, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, la equidad y la igualdad. Con respecto a la segunda propuesta, se indicó que puede ser recogida en una ley que modifique el artículo 32 de la ley 80 de 1993 o darle vida independiente en una normatividad relacionada tendiente a evitar la fraudulenta o indebida contratación por prestación de servicios de personas naturales, la cual a su vez, también debe precaver en los casos de presentarse esta práctica, la prevalencia de los derechos y garantías laborales.



## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio., et al. Compendio del derecho del trabajo. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. V 2.
- ALVARADO HERNANDO, Víctor. Consejo de Estado. Sentencias citadas.
- ARANGO MANTILLA, Alberto. Consejo de Estado. Sentencias citadas.
- ARAUJO RENTERIA. Jaime. Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- ARÉVALO VELA, Javier. Los principios del derecho al trabajo. En: Actualidad laboral. [En línea]. Junio 2001, No. 300. [Consultado el 03 de Mayo de 2010]. Disponible en [http://www.revista-actualidadlaboral.com/biblioteca/pdf/revistas/2001/al\\_06\\_01.pdf](http://www.revista-actualidadlaboral.com/biblioteca/pdf/revistas/2001/al_06_01.pdf)
- ARENAS MONSALVE, Gerardo. Consejo de Estado. Sentencias citadas.
- ARIAS FONSECA, Jaime Luis. El Control de Constitucionalidad de las Leyes, La Acción de tutela y la Revisión de Tutela: Como un Triangulo Protector de los Derechos Fundamentales en Colombia. Monografía de grado para optar al título de abogado. Barranquilla. Corporación Universitaria de la Costa –CUC-. 2007.

- ARTURO DE DIEGO, Julián. Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 5ª ed. Buenos Aires; Abeledo-Perrot. 2002.
- ARRIAGADA, Miguel Ángel y ROSAS CHUAQUI, José Miguel, Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo. 2.006. Tesis de grado para optar al título de abogado. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
- ARQUEZ FERRER, Victorino. Estudios sobre la relación de trabajo. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2002. p.43.
- AVENDAÑO MURILLO, Germán E. La Constitucionalización de los derechos laborales. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley. 2009. p. 72. Parte I
- BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2005, p. 218.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Consejo de Estado. Sentencias citadas.
- BOLAÑOS CÉSPEDES. Fernando. Organización compleja de empresas y sus efectos en el derecho del trabajo: Una visión costarricense. Revista Latinoamericana de derecho social. [En línea]. Julio – Diciembre de 2009. No. 9. p.p. 3-28. [Consultado el 10 de marzo de 2010]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/9/art/art1.pdf> ISSN 1870-4670



- CÁCERES TORO, Tarsicio. Consejo de Estado. Sentencias citadas.
- CALLE CORREA, Clara. Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Introducción al derecho laboral. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1960. T I.
- CARBALLO MENA, Cesar Augusto. Derecho laboral Venezolano. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2008.
- CIFUENTES MUÑOS, Eduardo. Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Código Sustantivo del trabajo. Base de datos de documentos. [Base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#24](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#24)
- -----, Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#13](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#13)
- -----, Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#14](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#14)
- -----, Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#23](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#23)

- -----, Constitución Política de 1991. Base de datos de documentos. [Base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.senado.gov.co/portalsenado/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10&Itemid=10](http://www.senado.gov.co/portalsenado/index.php?option=com_content&view=article&id=10&Itemid=10)
- -----  
-, Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#53](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53)
- COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. DECRETO 1950 DE 1973. Base de datos de documentos. [Base de datos en línea]. [Consultado el 01 de junio de 2010]. Disponible en: [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/decreto/1973/decreto\\_1950\\_1973.html#3](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1973/decreto_1950_1973.html#3)
- -----, Disponible en: [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/decreto/1973/decreto\\_1950\\_1973.html#4](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1973/decreto_1950_1973.html#4)
- CÓRDOBA TRIVIÑO. Jaime, Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- CSJ Laboral, 27 Nov. 1957, G.J. XCI, 1147.
- CSJ Laboral, 24 Abr. 1975, G.J. CLI, 1ª No 2392, págs. 458-459.
- CSJ Laboral, 01 Dic. 1981. G.J. XCI – 1157.
- DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. 2ª Ed. Porrúa. México.1943.

- ----- . El nuevo derecho mexicano del trabajo. México. Porrúa.1972. T I.
- DUEÑAS QUEVEDO, Clara C. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008. p.64
- ERMIDA URIARTE, Oscar. Las relaciones de trabajo en América Latina. En: PALACIOS, Juan Alberto y MARENGO, Jesús Ramón. Flexibilidad laboral y retiro voluntario. Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.
- ESCOBAR ENRIQUEZ, Francisco. Los principios del derecho laboral en la Nueva Constitución. En: Revista Actualidad laboral. Noviembre – Diciembre de 1991. No. 48. Bogotá D.C. Legis.
- FERREIRÓS, Estela Milagros. Principio de Primacía de la Realidad. En: Sociedad Argentina de Derecho Laboral. [En línea]. [Consultado el 20 de marzo de 2010]. Disponible en: [http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio\\_De\\_Primacia\\_De\\_La\\_Re/principio\\_de\\_primacia\\_de\\_la\\_re.html](http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio_De_Primacia_De_La_Re/principio_de_primacia_de_la_re.html)
- FLOREIRO DE CASTRO. Clara. Consejo de Estado. Providencias citadas.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc. 1998,
- GOMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo. Consejo de Estado. Providencias citadas.
- GONZALES CUERVO, Mauricio. Corte Constitucional. Sentencias citadas.

- GREGORIO HERNÁNDEZ, Jorge. Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Principios Fundamentales del derecho al trabajo. Santa Fe de Bogotá; Leyer, 1999.
- -----, Guillermo. Manual de derecho del trabajo. 6ª Ed. Bogotá D.C. Leyer. 2008.
- GUERRÓN AYALA. Santiago. Flexibilidad laboral en Ecuador. Ecuador. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar. 2003.
- GUARIN DURAN, Aldo. Manual de Derecho Administrativo Laboral. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008.
- GUEVARA FLETCHÉR. Diego Andrés. Globalización y mercado de trabajo en Colombia: Algunas consideraciones en el marco de la flexibilización laboral. En: Reflexión Política. [En línea]. Diciembre, 2003, vol. 5, no. 5. p.p. 102-114. [Consultado el 10 de junio de 2010]. Disponible en: [http://editorial.unab.edu.co/revistas/reflexion/pdfs/der\\_510\\_3\\_c.pdf](http://editorial.unab.edu.co/revistas/reflexion/pdfs/der_510_3_c.pdf). ISSN 0124-0781.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. La Prestación de Trabajo en Condiciones de Fraude o Simulación. Consideraciones Generales y Propuesta para una Reforma de la Legislación Laboral Venezolana. En Estudios Laborales en Homenaje a Rafael Alfonso Guzmán. UCV Ediciones. Caracas, 1986. T I
- HERNÁNDEZ CONTRERAS, Carlos. El Abandono y la Terminación del Contrato de Trabajo. En: Derecho

Laboral. [En línea] 2006; [Consultado el 24 de Febrero de 2010]. Disponible en: <http://www.gacetajudicial.com.do/derecho-laboral/abandono-contrato-trabajo.html>

- HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Consejo de Estado. Providencias citadas.
- HERRERA VERGARA, Hernando. Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- LEMOS BUSTAMANTE. Jesús María. Consejo de Estado. Providencias citadas.
- LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. Corte Suprema de Justicia. Sentencia citada.
- MORENO GARCÍA, Jaime. Consejo de Estado. Providencias citadas.
- ISAAC NADER, Carlos. Corte Suprema de Justicia. Sentencias citadas.
- NARANJO MESA, Vladimiro. Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- OBANDO GARRIDO. José María. Tratado de derecho Administrativo laboral. 2ª Ed. Bogotá D.C, Ediciones Grupo Ibáñez. 2005. p. 235.
- OREJUELA GÓNGORA, Carlos Arturo. Consejo de Estado. Providencias citadas.
- ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro, Consejo de Estado. Providencias citadas.

- PALACIOS, Juan Alberto y MARENGO, Jesús Ramón. Flexibilidad laboral y retiro voluntario. Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.
- PÁJARO PEÑARANDA, Nicolás. Consejo de Estado. Sentencias citadas.
- PARRA GUTIÉRREZ, William René. Empleo Público, Gerencia Pública y Carrera Administrativa. Bogotá D.C, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- PÉREZ BOTIJA, Eugenio. El contrato de trabajo: Comentarios a la ley, doctrina y Jurisprudencia. 2ª Edición. Madrid. Afrodísio Aguado S.A. 1954.
- PRETELT CHALJUB, Jorge. Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. 2ª ed. Buenos Aires; Depalma. 1978.
- PRADO, Juan José y GARCIA MARTINEZ, Roberto. Instituciones de Derecho Privado. Buenos Aires: Eudeba, 1986 .p.31.
- QUEVEDO, Clara C. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008.
- RAMÍREZ DE PÁEZ, Bertha Lucía. Consejo de Estado. Providencias citadas.
- RASO DELGUE, Juan. La contratación atípica del trabajo. Montevideo. Editorial Amalio M. Fernández. 2000.

- RICAURTE GÓMEZ, Francisco Javier. Corte Suprema de Justicia. Sentencia citada.
- ROMERO MONTES, Francisco Javier, “El Principio de veracidad o principio de la realidad”, en los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Editado por Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2004.
- RODRÍGUEZ ARCE, Flavio Augusto. Consejo de Estado. Providencias citadas.
- SIERRA PORTO. Humberto. Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- SILVA ORMEÑO, Miguel Ángel. El principio de la primacía de la realidad. En: Derecho y cambio social. [En línea]. 2008, Vol. 5 No. 14: [Consultado el 18 de Febrero de 2010]. Disponible en [http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#\\_ftn1](http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#_ftn1)
- TREJOS JARAMILLO. Augusto. Consejo de Estado. Providencias citadas.
- VARGAS HERNÁNDEZ, Clara. Corte Constitucional. Sentencias citadas.
- VÁSQUEZ VIARLAD. Antonio. Tratado de derecho al Trabajo. Buenos Aires: Astrea, 1982. T II.
- -----, Derecho del trabajo y la seguridad social. 8ª ed. Buenos Aires; Astrea, 1999. T I.

- VEGA DE HERRERA. Mariela. El contrato estatal de prestación de servicios: Su incidencia en la función pública. En: Prolegómeros: Derecho y Valores. [En línea]. Enero – junio de 2007, vol. 10, no. 19. p.p. 15-34. [Consultado el 11 de junio de 2010]. Disponible en: <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev1de2007/CONTRATOSERVICIOS.pdf> ISSN 0121-182X.
- VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales. Octava edición, Bogotá D.C. Legis, 2008. p., 179
- YUNES MORENO. Diego. Derecho Administrativo Laboral. 10ª Edición. Bogotá D.C: Temis, 2005. p. 21