

# **PRIMACÍA DE LA REALIDAD, EN CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA CORRECCIÓN DE SUS PERJUICIOS – APROXIMACIONES PAULATINAS A LA VERDADERA REALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**

“PRIMACY OF REALITY IN CONTRACTS TO PROVIDE SERVICES AND THE CORRECTION OF ITS DAMAGES - GRADUAL APPROACHES TO THE TRUE FACTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE STATE COUNCIL.”

UNE PRIMAUTÉ DE LA RÉALITÉ, DANS DES CONTRATS DE PRESTATION DE SERVICES ET LA CORRECTION DE SES PRÉJUGÉS - D'APPROCHES LENTES À LA VRAIE RÉALITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

**Esp. Santiago Andrés Salazar-Hernández<sup>1</sup>**

Fecha de Recepción: 25 de abril de 2014

Fecha de Aprobación: 30 de mayo de 2014

*Págs.:107-122*

## **RESUMEN<sup>2</sup>**

El Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, estableció, en su evolución jurisprudencial, distintos grados de reconocimiento de derechos laborales, a aquellos sujetos, que fueron vinculados con la administración, a través de los contratos denominados de prestación de servicios, cuando en la práctica el desarrollo de los mismos, implicaban una verdadera relación de trabajo.

Por tanto, en virtud del principio de “Primacía de la Realidad”, el máximo tribunal, de manera paulatina, aproximó a través de sus sentencias,

---

1 Abogado Especialista en Derecho del Trabajo, de la Universidad. Nacional de Colombia, SalazarHernandezAbogado@gmail.com

---

2 Artículo de Investigación el cual es una producción original e inédita.

Primacia de la realidad, en contratos de prestación de servicios y la corrección de sus perjuicios – aproximaciones paulatinas a la verdadera realidad en la jurisprudencia del consejo de estado.

los derechos de los contratistas, a los de los trabajadores del Estado. Sin embargo el debate no es pacífico, y el reconocimiento de los derechos laborales de tales trabajadores es aun incompleto.

### **PALABRAS CLAVE**

Contrato de prestación de servicios, primacía de la realidad, Consejo de Estado, línea jurisprudencial

### **ABSTRACT**

The State council, as organ of contentious closing of the jurisdiction administrative, established, in its jurisprudential evolution, different degrees of recognition of labor laws, those subjects, which were linked by the administration, across the engagement called, benefit of services, when during the practice development of the same ones, they were implying a real relation of work.

Therefore, by virtue of the beginning of “Primacy of the Reality “, the maximum court, of a gradual way, approached closer its judgments, the rights of the contractors, those who are workers of the State. However, the debate is not peaceful, and the recognition, of the labor laws of the workers it is even incomplete.

### **KEYWORDS**

Engagement by benefit of services, primacy of reality, Council of State, line of jurisprudence

### **RÉSUMÉ**

Comme organe de fermeture contentieuse de la juridiction administrative, le Conseil d’Etat a établi, dans son évolution jurisprudentielle, des degrés distincts de reconnaissance de droits du travail, à ces sujets, qui ont été liés par l’administration, à travers des engagements dénommés comme prestation de services, quand en pratique le développement du même, ils impliquaient une vraie relation de travail.

«Primauté de la Réalité», le tribunal maximal, de manière lente, a approché à travers de ses sentences, les droits des entrepreneurs, ceux-là des travailleurs de l’État. Cependant, le débat n’est pas passif, et la reconnaissance, des droits du travail de tels travailleurs il est toujours incomplet.

### **MOTS CLÉS**

Contrat de prestation de services, Primauté de la réalité, Conseil d’Etat, ligne jurisprudentielle

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho en general,<sup>3</sup> y de manera particular, el derecho laboral, propugnan porque la equidad impere, como un medio para alcanzar la paz y el progreso. Sin embargo, la historia del derecho del trabajo, no es pacífica y llevó en Occidente a luchas intestinas y agitados debates acompasados con la evolución de los modelos de producción, por el reconocimiento de los más básicos preceptos, que hoy nos parecen connaturales a las relaciones laborales.

Uno de ellos, se encuentra soportado en la más elemental idea de igualdad aristotélica: el trato igual ante iguales, que en materia laboral, se traduce, en el principio de “a trabajo igual, igual salario”

Esta idea, fundamental de no discriminación, derivó en que por diferentes medios, ya sea locales o internacionales, se reconociera a mediados del siglo anterior<sup>4</sup>, la igualdad de remuneración, a quienes desempeñaren las mismas tareas, en virtud de una relación de laboral, sin que mediare distinción en razón de la raza, el sexo, o la edad.

Sin embargo estos reconocimientos, se establecieron, en el ocaso del modelo de producción fordista<sup>5</sup>, caracterizado por la producción en serie a través de

una cadena de montaje, que implica el aumento en la división de trabajo, profundización del control de los tiempos de trabajo, producción en serie, y masificada, con la cual se esperaba un crecimiento constante del mercado y con el mismo se proyectó la idea de estabilidad.

Esta estabilidad se difuminó en las relaciones trabajador – empleador, por cuanto la necesidad del trabajador especializado en la empresa y en el Estado, se visibilizó, fomentando su permanencia, y fortaleciendo la capacidad de reclamo de los trabajadores.

Con esta doble situación de necesidad por parte del empleador y reforzamiento del trabajador se intentaron superar las inequidades laborales más visibles, las que emanan de la condición misma del individuo, por lo que, la protección surtida, tanto en los instrumentos plurinacionales, como en el Código Sustantivo del Trabajo, y demás normativa interna, se ocupó de aquellas formas de discriminación, que tenían como fuente, las entonces más comunes formas de vinculación, el contrato de trabajo, o las relaciones legales y reglamentarias.

No obstante lo anterior, los cambios político-económicos, a finales de los años 70, del siglo anterior, conllevaron a que la economía dejara de percibirse

---

3 Una de las más bondadosas acepciones de justicia, la acuñó Publio Juvencio Celso al definirla como el arte de lo bueno y lo equitativo: “Ius est ars boni et aequi”

4 Ver los Convenios de la OIT 100 de 1951 y 111 de 1958

5 B. Coriat. “El Taller y el Cronómetro” Ed. Siglo XXI 13 ed. 2003.

Primacia de la realidad, en contratos de prestación de servicios y la corrección de sus perjuicios – aproximaciones paulatinas a la verdadera realidad en la jurisprudencia del consejo de estado.

como un asunto meramente nacional, dándose una apertura de mercados, que invitaron a la competencia, sin importar el origen nacional de quien se disputara los mayores beneficios, y que a nivel estatal se abandonara, la idea del Keynesismo<sup>6</sup>.

Estos nuevos horizontes, obligaron a la flexibilidad de la producción, por cuanto las necesidades globales, resultaron de una variedad inesperada, que superó, el rígido modelo fordista, de producción constante y uniforme, enfrentando a las empresas, al capricho de un mercado variable, que incrementaba o reducía su demanda, o requería cambios permanentes de oferta.

Esta forma de mercado, generó la muerte del modelo fordista de producción, para arribar, al modelo japonés, hoy imperante: El Toyotismo<sup>7</sup>.

El Toyotismo, tiene como distintivo, la producción limitada de mercancía, a bajo costo, dada la reducción de personal y de equipo preponderado la flexibilidad tanto en su infraestructura, ya que la línea de montaje, fundamental en el fordismo, se modificó para crear distintos productos de acuerdo con los requerimientos del mercado, como con el personal, a través de la subcontratación y el ocultamiento de las relaciones laborales. Con estas variaciones, las distintas legislaciones, actuaron en

consecuencia para facilitar, el nuevo y más efectivo modelo de producción.

Y en la aplicación de tal modelo, Colombia, no fue la excepción.

Dados estos cambios, resultó consecuente que se utilizaran todas las formas imaginables para flexibilizar, y abaratar la mano de obra, y entre dichos métodos, se acudió a las Cooperativas y Precoperativas de Trabajo Asociado, a las Empresas Temporales de Servicios, paradójicamente al Contrato Sindical y la figura que hoy nos llama: el Contrato de Prestación de Servicios.

El Estado Colombiano, siguiendo el ejemplo privado, y atendiendo las políticas de austeridad en el gasto público, y contraponiéndose, a las ideas Keynesianas, implementó a partir de la década de los 90, del siglo XX, la reducción de la planta de personal a cargo del Estado, siguiendo un discurso de eliminación de la burocracia, para la consecución de sus fines de forma efectiva.

A pesar de la nobleza de estos propósitos, el Estado, siguió dependiendo de trabajadores para seguir funcionando, por lo que para no desatender dichas políticas, determinó suplir, la deficiencia de personal a través de las variadas figuras antes mencionadas, entre ellas el contrato de prestación de servicios.

---

6 Modelo por el cual el Estado, interviene en la economía generando empleo, a través de la inversión pública, ya sea en obras o en servicios, para así asegurar la fortaleza de la demanda en la estructura de Adam Smith.

7 B. Coriat "Pensar al Revés" Ed. Siglo XXI 5 ed. 2000.

Así las cosas, quien fuera vinculado por prestación de servicios y en virtud de este vínculo desarrollará para el Estado una verdadera relación laboral, se encontraba, en una nueva forma de discriminación, en razón ya no de sus características individuales, no previstas por la normativa tradicional, al no devengar lo mismo que el servidor que desarrollará sus mismas funciones.

No obstante lo anterior, los principios que iluminan el derecho laboral, demuestran su fortaleza, para superar la inequidad generada, por la diferencia de remuneración, entre quienes desempeñan a favor del Estado, personalmente y de manera subordinada iguales menesteres, pero con una forma diversa de vinculación.

Por tal razón, deviene en fundamental, el trabajo jurisprudencial que en dicho tópico ha desarrollado el Consejo de Estado, al establecer de manera paulatina y progresiva, que quien desempeñe iguales labores, a un servidor público, en virtud del principio del contrato realidad, a pesar de enmascararse, la relación laboral con un contrato de prestación de servicios, debe ganar lo mismo que éste, no solo en cuanto las distintas formas en que es remunerado, también cuantitativamente.

Por tanto, el conocimiento de la jurisprudencia, que forjó el Consejo de Estado, constituye una herramienta

trascendental, en la impartición de justicia laboral, por cuanto permite, conocer la problemática que ha surgido en torno a este importante tema, y la solución actual y novedosa, surgida a la luz de la Constitución Política y los principios que iluminan el derecho laboral.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

Las formalidades en el Derecho Público, se revisten de una gran importancia, por cuanto son el reflejo inmediato del postrevolucionario concepto de Estado de Derecho, por el cual las actuaciones del soberano (Estado y sus agentes), encuentran un límite en la norma.

El servidor público, en cuanto tal, solo puede realizar lo que la Ley le permite. Esta característica, resultado imperiosa, para evitar los desmanes de los Estados Totalitarios, en los cuales, no existía ninguna frontera, para el poder del soberano, y así garantizar los derechos de las personas sometidas a su régimen.

Es así, como se positivizó al máximo la función pública, incluyendo la forma en la cual se vinculan al Estado, los servidores públicos y por tanto a qué tienen derecho y en qué forma se da la remuneración para ellos prevista.

Dicha rigurosidad, encuentra un contrapeso natural en el principio

Primacia de la realidad, en contratos de prestación de servicios y la corrección de sus perjuicios – aproximaciones paulatinas a la verdadera realidad en la jurisprudencia del consejo de estado.

de la primacía de la realidad sobre las formalidades, principio que ha resquebrajado, la idea de que solo quien llenando las formalidades de vinculación laboral, o legal y reglamentaria, pueden ser remunerados, como se encuentra dispuesto para ellos, a pesar de trabajar en igualdad de condiciones, lo que implica un perjuicio en su contra.

Pero, no fue inmediato, ni total dicho reconocimiento, pues pasando, por un supuesto respeto de la autonomía de la voluntad, por la primacía de las formas legales de vinculación, hasta por la simple omisión de elementos de remuneración, la jurisprudencia viene decantando, una mayor aproximación, a las condiciones del servidor público a las de quien prestó sus servicios laborales, al Estado, enmascarados en un contrato de prestación de servicios.

Por tanto, el problema jurídico al que se pretende dar respuesta es: ¿Procede el reconocimiento de perjuicios, para el demandante contratista, cuando se establece la existencia de una relación laboral, al desvirtuarse la existencia de un contrato de prestación de servicios, en virtud del principio de primacía de la realidad o igualdad, teniendo en cuenta los salarios, prestaciones y aportes al sistema general de seguridad social integral, que devengó el funcionario público que desempeñó iguales o equivalentes actividades?

### **3. TESIS JURISPRUDENCIALES**

Son tres los enfoques jurisprudenciales, del Consejo de Estado, que intentan dar respuesta al problema jurídico planteado.

En primer lugar, el previsto en la sentencia del 18 de marzo de 1998 con ponencia del Doctor FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE (Rad.200-3449-01), en la que se da una respuesta parcialmente positiva al problema jurídico planteado, por cuanto si bien reconoce, prestaciones sociales, teniendo en cuenta la primacía de la realidad sobre las formalidades y el derecho a la igualdad, no hace ningún pronunciamiento con relación a los aportes a seguridad social integral, conducta jurídica que es reiterada en posteriores fallos.

En segundo lugar, la sentencia del 18 de noviembre de 2003, con ponencia del Doctor NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA (Rad. 1999- 0039-01), por la cual denegó toda posibilidad de reconocimiento de perjuicios, a cualquier título, del demandante contratista, en virtud del contrato realidad, alegando que el principio de legalidad, impide tal determinación, ya que al estatus de servidor público, solo se puede acceder, mediante los mecanismos previstos en la ley, motivo por el cual este tipo de asuntos deben diferirse a la acción contractual.

En tercer lugar, la actual, estatuida en la sentencia del 19 de febrero de 2009, con ponencia de la Doctora BERTHA LUCÍA RAMÍREZ y proveniente de la sentencia del 17 de abril de 2008, del Doctor JAIME MORENO GARCÍA, y desarrollada posteriormente, en la sentencia del 28 de junio de 2012, también de la Doctora BERTHA LUCÍA RAMÍREZ, por las cuales se empieza a reconocer, los aportes a seguridad social integral, el subsidio familiar e incluso de probarse, la diferencia salarial, teniendo

en cuenta, que el reconocimiento de una relación laboral debe producir plenos efectos, en virtud el derecho a la igualdad, que se acompasa con el principio de la primacía de la realidad. Finalmente, la sentencia de 13 de febrero 2014, del Doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN por la cual se reconoce que la indemnización de perjuicios debe efectuarse, con los salarios de un funcionario de equivalentes funciones si este es mayor que los honorarios pactados.

### 1. GRÁFICA

AÑO	TESIS A							TESIS B				
1999									1198/98 C.P. RODRÍGUEZ ARCE			
2003	1999-0039- 01(IJ) C.P. PÁJARO PEÑARANDA											
2005								3130-04 C.P. CÁCERES TORO				
2005								245-03 C.P. LEMUS BUSTAMANTE				
2008								(2776- 05) C.P. MORENO GARCÍA				
2009											(3074- 05) C.P. RAMÍREZ DE PÁEZ	
2012										2004-519- 01 C.P. RAMÍREZ DE PÁEZ		
2014												1807- 13 C.P. VARGAS RINCÓN

Primacia de la realidad, en contratos de prestación de servicios y la corrección de sus perjuicios – aproximaciones paulatinas a la verdadera realidad en la jurisprudencia del consejo de estado.

**Tesis A:** No procede el reconocimiento de perjuicios, teniendo en cuenta los salarios, prestaciones y aportes al sistema general de seguridad social integral, que devengó el funcionario público que desempeñó iguales o equivalentes actividades.

**Tesis B:** Si procede el reconocimiento de perjuicios, teniendo en cuenta los salarios, prestaciones y aportes al sistema general de seguridad social integral, que devengó el funcionario público que desempeñó iguales o equivalentes actividades.

Los casos que componen esta gráfica, tienen características comunes, por cuanto se trata de ciudadanos que fueron vinculados a través de un contrato de prestación de servicios, por diversas entidades públicas, prestando sus servicios de forma personal y subordinada a la administración, sin que les fuera por ello reconocido, ningún emolumento relativo al que devenga un servidor público de iguales o similares condiciones laborales.

Si bien se observa, cierta uniformidad en la tendencia jurisprudencial, enfilándose a un reconocimiento de los derechos laborales del demandante contratista, de forma parcializada, por cuanto, sin mayores explicaciones, la indemnización, se limitó a las prestaciones sociales, liquidadas con los honorarios contractuales, pasando por una súbita negativa, tenemos

que la tendencia actual, se encuentra encaminada a la ampliación de los esquemas de protección de los derechos laborales, siendo clara la procedencia del pago de los perjuicios, ya no como indemnización, si no como salario, prestaciones, cotizaciones a seguridad social e incluso, subsidio familiar, ya no determinados, con los honorarios pactados, si no con el salario, que el funcionario de equivalentes condiciones devengaba.

## 5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

### **PRIMERA TENDENCIA: CONCESIÓN PARCIAL DE LOS REALES DERECHOS LABORALES.**

De 1998, a 2005 el Consejo de Estado, Sección Segunda en esta materia, ya fuera reconociendo desigualdades entre el demandante contratista y el servidor público, o en razón del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, resolvió que al demandante contratista, le asiste el derecho, a las prestaciones sociales, que devenga, el funcionario de equivalentes labores, pero liquidadas, sobre el valor de los honorarios, a título de indemnización, omitiendo cualquier otro pronunciamiento sobre los demás derechos.

En dicha dirección decisional, cabe resaltar, dos etapas: el antes y el después

de la sentencia dentro del Radicado 1999 – 0039 -01, del doctor PÁJARO PEÑARANDA, que será estudiada por separado, por cuanto si bien se conservó el núcleo argumentativo, se añadieron después de este fallo algunos elementos que bien vale la pena destacar.

### **Antes de la Sentencia del Doctor Pájaro**

En la sentencia 11722-1198, del 18 de marzo de 1998, con ponencia del doctor FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, en el cual se estudió la velada relación laboral, de una docente-contratista, bajo órdenes de prestación de servicios, se determinó que si bien, el desconocimiento al derecho a la igualdad generó unos perjuicios, que deben ser resarcidos a la parte actora, que implican la condena al pago de prestaciones sociales, a modo de indemnización, no se puede desconocer, el pacto entre las partes sobre la remuneración, por lo que los honorarios, constituyen la base para liquidar tales derechos, atendiendo además que las asignaciones salariales dependen de las condiciones particulares de cada uno de los docentes.

Si bien se acepta, que es una sentencia importante, el no reconocimiento de la remuneración, en igualdad de condiciones que los demás docentes, dadas sus particularidades, resulta

desafortunado por cuanto, pudo estudiarse a fondo, la condición de la demandante para equipararla prestacionalmente, con un docente de similares condiciones, y superar así, esa aparente indeterminación, generando un pronunciamiento, que se verá reflejado en posteriores sentencias, en las cuales, replican la decisión de liquidar las prestaciones con base en los honorarios, sin mayores elucubraciones.

### **Después de la Sentencia del Doctor Pájaro**

De esta forma, en sentencias como la 2005- 104 – 01 del 16 de febrero de 2005 del doctor TARCISIO CÁCERES TORO, se estableció el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, a un médico contratado por una E.S.E., a través de una OPS, siendo nominalmente las mismas que devenga un galeno, que fuera servidor público, pero liquidadas con los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios, tal como se dijera en la sentencia de RODRÍGUEZ ARCE, pero advirtiendo que se tienen en cuenta los principios de equidad e igualdad “hasta donde es posible admitir”, generando una limitación, a los mismos, con base en el principio de legalidad, adenda, que tiene justificación, en la medida que corresponde a un germen de contrarresto a la sentencia del Doctor Pájaro, que le dio una insólita

Primacia de la realidad, en contratos de prestación de servicios y la corrección de sus perjuicios – aproximaciones paulatinas a la verdadera realidad en la jurisprudencia del consejo de estado.

importancia a este principio como adelante se verá.

Reitera la tesis estudiada, la sentencia del Doctor JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE, del 23 de junio de 2005, emitida en el radicado 1998 - 2007 - 01, por la cual, se estudió el caso de una trabajadora del SENA, a la cual se le encubrió su relación laboral con un contrato de prestación de servicios, advirtiendo, con contundencia que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades reconocido en materia laboral por el artículo 53 superior, resulta inane la teoría de coordinación de actividades, que impide tal reconocimiento establecida en la sentencia del Doctor Pájaro, como adelante se verá. Sin embargo, no se pronunció el Consejo de Estado, en dicha oportunidad, sobre la diferencia salarial, ni demás derechos derivados del contrato realidad, limitándose a señalar, sin ningún razonamiento expreso, que las prestaciones sociales, deben liquidarse de acuerdo con los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios, tal como se vino realizando desde la sentencia de RODRÍGUEZ ARCE, pero sin advertir, la sutil salvedad que a este respecto se hiciera en tal sentencia, ya que como se resaltó en aquella, esa decisión se dio por la aparente indeterminación del salario del servidor público de equivalentes labores.

## **SEGUNDA TENDENCIA: LA ASOMBROSA POSICIÓN DEL DOCTOR PÁJARO, (O LA NEGACIÓN TOTAL DE LOS DERECHOS.)**

Como reacción jurisprudencial a la tesis planteada a través de la sentencia del Doctor RODRÍGUEZ ARCE, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 18 de noviembre de 2003, con ponencia del Doctor NICOLAS PÁJARO PEÑARANDA dentro del Radicado 1999 -0039-01, en el cual se resolvió la aparente violación de los principios de igualdad y de primacía de la realidad de una ciudadana, contratada por la RAMA JUDICIAL, para la prestación personal de sus servicios como aseadora, dentro del horario y bajo las órdenes de la entidad, sin que se le reconocieran los derechos propios de una relación laboral.

En el caso planteado, determinó el Consejo de Estado, que no es posible, que exista la primacía de la realidad sobre las formalidades, como fuente de obligaciones laborales a favor de la demandante, teniendo en cuenta que, según este, el hecho de trabajar para el Estado no implica de manera alguna, que se confiera el estatus de servidor público, por cuanto las relaciones legales y reglamentarias, como forma de vinculación, aparecen taxativamente señaladas en las normas y en estas no se encuentra contemplado el contrato de prestación de servicios. Advirtió además que dicho contrato, se encuentra plenamente respaldado por

el Estatuto de la Contratación Pública, y que si lo que se quería, era debatir este, se debió acudir a la acción contractual.

De otra parte, expresó el fallo, que no es posible predicar, de las órdenes dadas por la administración, a la contratista, en el desarrollo de sus actividades, ni en la imposición de un horario de trabajo, que se diera el elemento de la subordinación, si no que tales órdenes y limitaciones, se encuentran justificadas en una necesaria coordinación de actividades entre la Administración y la contratista.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado, de la mano del Doctor PÁJARO, determinó, que pese a darse los elementos de la relación laboral, esta no es posible, al señalar que en el caso de los contratados por prestación de servicios, ellos no son sujetos de subordinación, si no de coordinación de actividades, y que en aras de preservar la legalidad de las formas, que componen el núcleo del Estado de Derecho, no es posible atender las súplicas de la demanda, pues equivaldría a establecerse una nueva forma de vinculación con el Estado, no contemplada en la norma.

### **TERCERA TENDENCIA: EL RECONOCIMIENTO DE LOS REALES DERECHOS LABORALES**

A partir del 2008, al principio con cierta limitación y posteriormente con pronunciamientos de mayor amplitud

garantista, la Sección Segunda del Consejo de Estado, emprendió el reconocimiento de la totalidad de los derechos derivados de una relación laboral, y no solo de las prestaciones sociales y teniendo como base, ya no los honorarios pactados, si no los salarios que se probaren del servidor público de equivalentes condiciones de trabajo.

El primer ejemplo de esta tendencia lo encontramos en la sentencia de 17 de abril de 2008, con ponencia del Doctor JAIME MORENO GARCÍA, por la cual resolvió el caso de una trabajadora del INFINORTE, a quien le velaron su relación laboral, bajo el manto de un contrato de prestación de servicios, sin el reconocimiento de los consecuentes derechos laborales que de allí se derivan. Se aparta la sentencia expresamente, de lo señalado en el fallo de RODRÍGUEZ ARCE, al advertir que los derechos que se le reconocerán a la demandante contratista no tienen el carácter de indemnización, si no de verdaderas prestaciones sociales, pues en esta sentencia, a diferencia de las anteriores, se determinó que se puede y se debe declarar la existencia de la relación legal y reglamentaria. Como efecto de lo anterior, es procedente y consecuente no solo, la condena en razón de las prestaciones sociales, también por las cotizaciones al sistema general de seguridad social integral. No obstante lo anterior, la liquidación de tales conceptos se ordenó teniendo como base los honorarios contractuales,

Primacia de la realidad, en contratos de prestación de servicios y la corrección de sus perjuicios – aproximaciones paulatinas a la verdadera realidad en la jurisprudencia del consejo de estado.

pues estos se equiparan a los salarios y compensan los mismos.

A continuación y dando un paso más firme en este sentido, encontramos la sentencia del 19 de febrero de 2009, del radicado 200-3449-01 con ponencia de la Doctora BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, en la cual resolviendo el caso de una trabajadora del ISS a quien le encubrieron su relación laboral con un contrato de prestación de servicios, se determinó que tiene, no solo derecho a las prestaciones sociales y a las cotizaciones a seguridad social, si no también a que estas sean calculadas con el salario de quien ejerció iguales o similares actividades. Sin embargo, como en el caso, no se demostró ningún salario de alguien que desempeñare en tales circunstancias, equivalentes labores, se deben calcular con los honorarios, pactados, pero se resalta, no poder aplicar, la regla antes descrita, por falta del insumo fáctico.

Encontramos también la sentencia del 28 de junio de 2012, dentro del radicado 2004-519 -01, con ponencia de la doctora RAMÍREZ DE PÁEZ, en la cual al resolver el caso de una docente a quien trataron de ocultar, su relación laboral con la administración, a través de un contrato de prestación de servicios, se determinó bajo la misma argumentación, no solo reconocer, las prestaciones sociales y cotizaciones al sistema general de seguridad social, si no también el subsidio familiar. Sin embargo, y sin

que mediara argumentación alguna, se determinó liquidar lo anterior con los honorarios contractuales, omitiendo, uno de los puntos fundamentales de la sentencia anterior, esto es que se debían liquidar tales conceptos con el salario del funcionario de equivalentes condiciones.

Finalmente, mediante sentencia del 13 de febrero de 2014, con número interno 1807-13, la Subsección A, de la Sección Segunda con ponencia del doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN, determinó que él, un médico contratista del Hospital Militar Regional de Bucaramanga, desarrolló su actividad bajo los postulados de una relación laboral, motivo por el cual a manera de indemnización, se le reconocieron las prestaciones sociales dejadas de percibir, y se ordenó el pago de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, por el tiempo que prestó su fuerza de trabajo.

La importancia de esta sentencia radica, en que de manera expresa, pero sin mediar un argumento que lo soporte, determinó el máximo tribunal que para calcular las prestaciones sociales del demandante contratista, se debe tener como base, el salario que devengaba otro funcionario en un cargo equivalente, o el valor de los honorarios pactados en los contratos u órdenes de trabajo, si y solo si, el salario es menor que aquellos. Lo cual constituye un valioso avance, en la disminución de la brecha que separa,

la situación que de hecho tienen estos contratistas, verdaderos trabajadores, con quienes se encuentran vinculados con el Estado, a través de un contrato de trabajo, o una relación legal y reglamentaria.

Sin embargo, esta sentencia, aún no realiza un pronunciamiento sobre la diferencia salarial, pues si bien es cierto que reconoce que puede existir una desigualdad entre los honorarios devengados y el salario de un funcionario con equivalentes funciones, no soluciona esta disparidad, pese a que como lo reconoce el mismo fallo, puede aún de manera oficiosa, dar las órdenes necesarias para superar la vulneración de los derechos laborales.

## 6. CONCLUSIONES

El desarrollo de la jurisprudencia arriba estudiada, nos permite concluir, que el enfrentamiento entre el derecho de preponderancia positiva, esto es el enmarcado en la tradición jurídica anterior a la Constitución de 1991, y el contemporáneo influido por la principalística emanada directamente del estatuto superior -a la postre, dos de sus elementos siempre han impregnado el derecho foráneo como lo son el derecho a la igualdad, y la supremacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral-, se resolvió a favor de estos últimos, al

reconocer paulatinamente, la totalidad de los derechos derivados de la relación laboral entre el demandante contratista y el Estado, sin atender su forma de vinculación.

El derecho a la igualdad, como se advirtió arriba, se encuentra grabado en las raíces mismas de la idea de justicia, y por tanto de derecho, como se ve en la presunción de que toda relación de trabajo está regida por una relación de trabajo, previsto en el artículo 24 del Decreto Ley 2663 de 1950, como germen del principio del contrato realidad, el cual se encuentra vivificado por el artículo 53 constitucional, y en los instrumentos internacionales que fortalecen su estructura. En reconocimiento de lo anterior la jurisprudencia estudiada, recorrió una senda hacia la aceptación de todos los derechos laborales, para el trabajador mimetizado en contratista, paso a paso, no solo admitiendo paulatinamente, los derechos y su verdadera naturaleza, si no que entendió que debía superarse, el entendimiento del principio de legalidad, como un obstáculo a estos.

Vemos entonces, cómo a favor de los principios constitucionales ya señalados, se resolvió la tensión, con una construcción jurisprudencial, cada vez más sólida y contundente, que aunque reconoce la importancia del principio de legalidad como pilar del Estado de Derecho, no dejó de lado los básicos derechos de sus asociados,

Primacia de la realidad, en contratos de prestación de servicios y la corrección de sus perjuicios – aproximaciones paulatinas a la verdadera realidad en la jurisprudencia del consejo de estado.

de sus servidores, sin que por este simple hecho se viera minada nuestra arquitectura constitucional.

No obstante lo anterior, se observa, como en la jurisprudencia estudiada, la aproximación de los derechos de los trabajadores contratistas, a los de los servidores públicos con equivalentes actividades, se da, sin que medie una argumentación clara y sopesada, limitándose en muchos casos a un reconocimiento de derechos, con un simple enunciado, lo cual puede degenerar en un retroceso jurisprudencial, dada la casi inexistencia de razonamientos expresos.

Finalmente, se extrañó el reconocimiento ya sea oficioso o a petición de parte, de la diferencia salarial entre lo devengado a manera de honorarios y los salarios del servidor de funciones equivalentes, por cuanto se intenta equilibrar la diferencia en cuanto prestaciones sociales y seguridad social, últimamente con el salario del servidor si este es mayor, dejando de lado la posible existencia de esta injustificada diferenciación, que a la luz del principio de “a trabajo igual, salario igual” es absolutamente discriminatoria.

## 7. REFERENCIAS

- Avendaño Murillo Germán Enrique. (2009) *La Constitucionalización de Principios Laborales. Un Derecho Filosófico a las Garantías Ciudadanas de los Derechos Fundamentales*. Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ballen Rafael. (1996) *Derecho del Trabajo Administrativo*. Colombia. Editorial Temis S.A.
- Coriat Benjamín. (2000) *Pensar al Reves*. Colombia. Editorial Siglo XXI.
- Coriat Benjamín. (2003) *El Taller y el Cronómetro*. Colombia. Editorial Siglo XXI.
- López Fajardo Alberto (2010) *Elementos de Derecho del Trabajo*. Colombia. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Silva Romero Marcel. (2005) *Flujos y Reflujos Proyección de un Siglo de Derecho Laboral Colectivo en Colombia*. Colombia. Universidad Nacional de Colombia
- Weber Max. (2011) *Historia Económica General*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Younes Moreno Diego (1996) *Derecho Administrativo Laboral – Función Pública* Colombia. Editorial Temis.

## CONSTITUCIÓN POLÍTICA:

-Constitución Política de Colombia. Preámbulo Arts. 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25 y 53. Julio 20 de 1991.

## CÓDIGOS:

- Código Sustantivo del Trabajo. Decreto Ley 2663 de 1950. Art. 24. Agosto 5 de 1950

## LEYES:

- Ley 4 de 1992. **Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. Mayo 18 de 1992. Diario Oficial No.40451.**

- Ley 80 de 1993. **Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Julio 28 de 1993. Diario Oficial No. 41094.**

- Ley 443 de 1998. **Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. Junio 11 de 1998. Diario Oficial No. 43320.**

- Ley 909 de 2004. **Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 23 de 2004. Diario Oficial No. 45680.**

## DECRETOS

- Decreto Ley 1042 de 1978 **Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones. Junio 7 de 1978. [Presidencia de la República]**

## TRATADOS Y ACUERDO INTERNACIONALES

- Convenio 100 de 1951. Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual

Primacia de la realidad, en contratos de prestación de servicios y la corrección de sus perjuicios  
– aproximaciones paulatinas a la verdadera realidad en la jurisprudencia del consejo de estado.

valor. Junio 6 de 1951. Organización Internacional del Trabajo.

- Convenio 111 de 1958. Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Junio 4 de 1958. Organización Internacional del Trabajo.

## **JURISPRUDENCIA**

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 11722-1198/98. (Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce; 18 de marzo de 1999)

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia 3130-04. (Consejero Ponente Tarcisio Cáceres Toro; 16 de febrero de 2005)

- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 1999-0039-01(IJ). (Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda; 18 de noviembre de 2003)

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia 3130-04. (Consejero Ponente Tarcisio Cáceres Toro; 16 de febrero de 2005)

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia 245-03 (Consejero Ponente Jesús María Lemus Bustamante; 23 de junio de 2005)

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia 2776-05 (Consejero Ponente Jaime Moreno García; 17 de abril de 2008)

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia 3074-05 (Consejero Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez; 28 de junio de 2012)

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia 2004-519-01 (Consejero Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez; 28 de junio de 2012)

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia 1807-13 (Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón; 13 de febrero de 2014).