EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

JUAN SEBASTIAN VINASCO COCUY

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y HUMANISTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
2014

EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

JUAN SEBASTIAN VINASCO COCUY

Monografía para optar al título de
ABOGADO

Director

JOSE ARTURO PEREZ JIMENEZ

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y HUMANISTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
2014

Nota de aceptación

_____

_____

_____

_____

Presidente de Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Tuluá, Julio de 2014

AGRADECIMIENTO

El autor agradece a:

A todos mis profesores quienes dieron lo mejor de sí, tanto personal como profesionalmente, para obtener este logro.

A mis familiares quienes con su apoyo incondicional me ayudaron de diferentes maneras a salir adelante y culminar mis estudios profesionales.

A mis amigas y amigos quienes fueron un apoyo y que coadyuvaron en esta primera etapa de mi vida.

A todos muchas gracias.

DEDICATORIA

El autor dedica a:

En primer lugar a Dios, porque que sin su ayuda nada en este largo caminar llamado vida sería posible, a mi familia puesto que con su apoyo incondicional y diario vivir me permitieron alcanzar esta meta tan anhelada; pero más que nadie dedico este objetivo a mis padres y a mi novia pues fueron los pilares mas fuertes tanto en mi educación como en mi desarrollo estudiantil en el trascurrir de mi carrera, y que gracias a ellos hoy culmino una etapa mis deberes como hijo y como ciudadano.

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN 8

CAPITULO 1 11

1. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD CREADOR DE DERECHOS LABORALES 11

1.1 DEFINICION DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA 11

1.2 CARACTERISTICAS DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD 16

CAPITULO II 18

1. LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL CONSEJO DE ESTADO – PRINCIPIO DE APLICACIÓN LIMITADA AL ACTO DE INGRESO. 18

2.1 NOCION DE EMPLEO PÚBLICO Y CLASIFICACIÓN DEL EMPLEO. 18

2.1.2 FUNTE CONSTITUCIONAL Y LEGAL 18

2.1.3 PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 22

2.1.4 PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO 24

2.1.5 PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL. 29

2.2 APLICACIÓN RESTRICTIVA DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE EL CONSEJO DE ESTADO- SESIÓN SEGUNDA ... 32

CONCLUSIONES 37

BIBLIOGRAFIA 39

INTRODUCCIÓN

Desde el nacimiento del Derecho Laboral Colombiano en el año de 1950 el empleador sea este público o privado ha realizado y realiza actos atentatorios para que los trabajadores no gocen plenamente de sus derechos laborales, entendidos estos derechos desde el acto o contrato de la vinculación a la empresa pública o privada y sus prestaciones derivadas del mismo, como prestaciones sociales (económicas y asistenciales).

En tal sentido, los empleadores[1] han acudido a la figura jurídica del Contrato de prestación de servicios para ocultar una relación laboral la cual no genera prestación laboral alguna, esta prestación de servicios tiene unas características tales como que

> 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." [2]

Como consecuencia de ello, y por el abuso arbitrario de la figura del contrato de prestación de servicios establecido en la ley 80 de 1993 por parte del Estado, en

[1] Para el caso de este caso empleadores se entiende empleador público – Estado – y empleador privado

[2] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

donde los contratistas están cumpliendo funciones misionales de las entidades estatales y además están bajo una subordinación, se hace necesario indagar o conocer cómo se aplica el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades de los sujetos de la relación laboral en el sector público, específicamente para los empelados públicos, toda vez, que este principio es protector de los derechos de los trabajadores y su fin último es buscar la verdad, en la prevalencia de lo real sobre lo documental.

En tal sentido, es deber del Estado Social de Derecho garantizar a sus asociados el disfrute pleno de sus derechos de toda índole y para este caso los derechos al trabajo y del trabajo donde se debe garantizar el pleno empleo, una estabilidad, unos salarios, prestaciones sociales y económicas que se deriven de la prestación de sus servicio, es por ello que es la justicia la llamada a proteger y hacer evidente las garantías laborales de los trabajadores del Estado.

En este orden de ideas, esta investigación se desarrollara en dos grades capítulos el primero titulado “EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD CREADOR DE DERECHOS LABORALES” capitulo que abordara temas trascendentales como la definición del principio de la primacía de la realidad desde la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado sesión segunda y sus características.

Igualmente en el Capitulo segundo llamado “LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL CONSEJO DE ESTADO – PRINCIPIO DE APLICACIÓN LIMITADA AL ACTO DE INGRESO”, en el cual se trataran los temas la aplicabilidad del principio de la primacía de la realidad desde la Corte suprema de justicia, la corte constitucional y el Consejo de estado en la sesión segunda, así mismo, se tratara el tema de la

noción de Empleado público y trabajador oficial y su forma de vinculación, este aspecto se tratara con el fin de establecer que es el empleo público y la forma de su vinculación ya que para ser empleado público se requiere de un formalismo establecido en la ley, aunque este aspecto no se trato en los objetivos se debe de tratar porque es esencial para este trabajo de investigación y finalmente como aplica el Consejo de Estado el principio de la primacía de la realidad a los Empleados Públicos en Colombia y terminando con las respectivas conclusiones del Trabajo de Investigación.

CAPITULO 1

1. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD CREADOR DE DERECHOS LABORALES

1.1 DEFINICION DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

En este capítulo se abordara el concepto o definición del Principio de la Primacía de la Realidad desde la doctrina y la Jurisprudencia, pero, para contextualizar el tema es necesario establecer que este principio tiene su origen legal en la Constitución Política de Colombia en el artículo 53 que dice:

> 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 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.” (Negrilla por el suscrito y fuera de texto).

Si bien es cierto, que el estatuto del trabajo no ha sido expedido por el Congreso de la República, en donde se debe establecer los principio ya anotados, no por

ello, dichos principios y en especial el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales no se aplique, en este sentido, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T- 606 del 19 de Agosto de 1999, magistrado ponente Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA, señaló que dichos principios deben aplicarse para garantizar el derecho fundamental al trabajo así;

> Si bien podría hacerse en esta providencia todo un análisis sobre las motivaciones que desde sus primeras providencias ha expuesto esta Corporación para desechar estos argumentos. Basta decir que el derecho al trabajo se ha definido y clasificado como un derecho constitucional fundamental, cuya garantía no puede supeditarse a la existencia del "estatuto del trabajo" que el legislador está obligado a expedir -artículo 53-, y que en concepto del alto tribunal de lo contencioso determina la naturaleza legal de este derecho. El que el legislador deba expedir un estatuto del trabajo no hace variar la naturaleza ni la protección que requiere este derecho.

Así mismo, este principio aunque no se encuentra explícitamente enunciado en la Código sustantivo del Trabajo, si se halla implícito en el artículo 23 en su segundo numeral que dice; "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."[3]

Ahora bien, la Organización Internacional del Trabajo, máximo órgano internacional sobre derecho laboral y de seguridad social, establece en la recomendación No. 198 del 15 de Junio de 2006 La Política Nacional de protección a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, en esta recomendación señala que se deben establecer mecanismos y políticas encaminadas "a garantizar una protección efectiva a los trabajadores que

[3] Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 23. Editorial Legis. Bogotá. 2010. Pág.6

ejercen su actividad en el marco de una relación laboral"[4] donde se deriva que los estados miembros deben establecer policitas de protección laboral en el sentido de garantizar verdaderos contratos de trabajo.

No obstante, el tratadista laboralista uruguayo AMERCIO PLA RODRIGUEZ, en relación con este principio señala que "el principio de la Primacía de la Realidad significa 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"[5], en otras palabras, que debe prevalecer para el derecho laboral no es lo escrito, es lo que está en la realidad que lo circunda, con base en ello y demostrado surge una verdadera relación laboral, sea ella en el sector público o privado

La anterior definición del tratadista, hace enunciación que este principio surge por la prestación del servicio, sin embargo, otros expertos en derecho laboral señalan que dicho principio surge no de la prestación del servicio sino del contrato, esto es, que como el contrato es un acuerdo de voluntades y en ella se consagran clausulas, si estas no corresponden a la realidad no tendrán efecto alguno, tal como lo señala el artículo 43 del código sustantivo del trabajo.[6]

Así mismo, el principio de la primacía de la realidad tiene unos alcances y con ellos se garantiza el derecho al trabajo, así pues,

[4] Organización Internacional del Trabajo. Recomendación No. 198 del 15 de Junio de 2006.
[5] PLÁ. Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. 3 edición. Editorial Depalma. 1998. Pág. 313
[6] Artículo 43 del Código Sustantivo del Trabjo: "En los contratos de Trabajo no produce ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejore la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo…

> "la existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, 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."[7]

La Corte Constitucional en su reiterada jurisprudencia tanto de tutela como de constitucionalidad ha protegido el derecho al trabajo como un elemento esencial de la personas ya que a través de ella se dignifica a éste y a su familia, es por ello que en sentencia C- 171 de 2012 señaló en relación con el derecho al trabajo y la primacía de la realidad lo siguiente;

> La jurisprudencia ha protegido en innumerables oportunidades el derecho al trabajo en sus distintas modalidades, reiterando la amplia garantía y el reconocimiento que le ofrece el marco de la Carta Política de 1991. En este sentido, ha reconocido que (i) este derecho implica no solo la defensa de los trabajadores dependientes sino de los independientes; (ii) que es un mecanismo no solo para asegurar el mínimo vital, la calidad de vida digna de los trabajadores, sino que constituye un requisito esencial para la concreción de la libertad, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad; (iii) que se dirige a proteger tanto los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores particulares –arts. 53 y 54 C.P.-, los trabajadores al servicio del Estado –arts.122 a 125 C.P.-, como también a la empresa y al empresario –art.333-; (iv) que la Constitución protege todas las modalidades de empleo lícito; y (v) que la regulación de las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacerlos efectivos le corresponde al Legislador, quien goza de un amplio margen para ello, dentro del marco y parámetros fijados por la Constitución Política, de manera que en todo caso debe respetar las garantías mínimas y los derechos irrenunciables de los trabajadores. Al proteger las distintas modalidades de trabajo la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una mayor protección constitucional de carácter general al empleo derivado del vínculo laboral tanto con los

[7] PLÁ. Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. 3 edición. Editorial Depalma. 1998. Pág. 314

> particulares como con el Estado, protección que se evidencia en numerosas disposiciones superiores, como los artículos 25, 26, 39, 40 num.7, 48 y 49, 53 y 54, 55 y 56, 60, 64, los artículos 122 y 125, y los artículos 215, 334 y 336 de la Carta Política, protección que genera un menor margen de libertad configurativa para el Legislador, en cuanto debe respetar condiciones laborales mínimas, así como la garantía de unas condiciones mínimas del contrato de trabajo con el fin de evitar los posibles abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y de la justicia. Así, la jurisprudencia de esta Corte ha entendido que la regulación por parte del Legislador debe en todo caso respetar los derechos mínimos y básicos de los trabajadores, y por tanto "no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales. [8]

La Corte Suprema de Justicia como máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, tiene como función actuar como tribunal de casación y unificar la jurisprudencia, en este caso de la jurisdicción laboral, la sala Laboral de la Corte Suprema, también ha consagrado la defensa y protección del derecho del trabajo, y en ese sentido al declarar la primacía de la realidad conlleva al reconocimiento y pago de todas las prestaciones y derechos que se derivan de un verdadero contrato de trabajo, establecido en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

En ese sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto de la Primacía de la realidad lo siguiente:

> En otras oportunidades esta Sala se ha referido al principio doctrinario del derecho laboral que se enuncia como 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 pueden extraerse de la realidad, de la relación a los datos aparentes que pueden ofrecer los documentos o contratos, máxime cuando éstos 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

[8] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C- 171 del 7 de Marzo de 2012. Magistrada Ponente Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Pág. 4-5.

> simulaciones y fraudes ya que ellos bien pueden corresponder lícitamente a circunstancias reales.[9]

El H. Consejo de Estado, en pronunciamiento del 19 de febrero de 2009, se ha referido al principio de la primacía de la realidad, así:

> La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.
> Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:
> "Como ya lo ha expresado la Corporación, 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.

1.2 CARACTERISTICAS DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD

Las características del principio de la Primacía de la Realidad se pueden abordar desde dos puntos de vista, de lo Constitucional y la Jurisprudencia, no se atenderá desde lo legal, toda vez, teniendo en cuenta que para esta investigación al hablar de Legal se mira desde el punto de vista de la ley orgánica, leyes ordinarias o marcos, toda vez, que sobre este punto no se ha legislado.

Así las cosas, desde el punto de vista Constitucional, se encuentra en el artículo 53, al consagrar:

[9] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral Sentencia Radicación No. 3859 del 8 de Noviembre de 1990. Magistrado Ponente Dr. DAZA ALVAREZ.

> 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 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." (Negrilla por el suscrito y fuera de texto)

Desde el punto de vista Jurisprudencial el principio de la primacía de la realidad se tiene "como un derecho protector de trabajo, es de aplicación inmediata, consagra el pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales y resarcitoria de perjuicios"[10].

[10] Ver sentencias CORTE CONSTITUIONAL. Sentencia C-171 del 7 de Marzo de 2012. Magistrado Ponente Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Pág. 4-5. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 15 de Junio de 2006 Magistrado Ponente Dr. ALBERTO ARANGO MANTILLA. Radicación No. 73001-23-31-000-2003-01675-01(0249-05). CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 2 de febrero de 2006, expediente 15001-23-31-000-1999-00105-01. Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral Sentencia Radicación No. 3859 del 8 de Noviembre de 1990. Magistrado Ponente Dr. DAZA ALVAREZ. Entre otras que se encuentran en este trabajo de investigación.

CAPITULO II

1. LA PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL CONSEJO DE ESTADO – PRINCIPIO DE APLICACIÓN LIMITADA AL ACTO DE INGRESO.

2.1 NOCION DE EMPLEO PÚBLICO Y CLASIFICACIÓN DEL EMPLEO.

Antes de abordar este tema de función pública, es necesario advertir que para esta investigación no se abordara el tema a profundidad sobre la noción de empleo público y como se clasifica, toda vez, que este tema es muy extenso, y para este ejercicio solo se realizara desde el contexto de la Constitución Política, establecida en los artículo 122, 123, 124, y 125, así mismo, el concepto legal y la clasificación del empleo en empleado Publica y trabajador Oficial, para centrar el estudio de la aplicación de la Primacía de la Realidad en los primeros desde el punto de vista de la jurisprudencia del Consejo de Estado-sección segunda- la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

2.1.2 FUNTE CONSTITUCIONAL Y LEGAL

La Carta Política de Colombia, preceptúa en el artículo 122 lo siguiente:

> 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"
>
> Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

> Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Ahora bien, desde el punto de vista legal, se "entiende por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidad que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública" [11]

Así las cosas, para desempeñar un empleo público en Colombia, este debe tener una funciones, el empleo tiene que estar en la planta de personal, y el respectivo salario en el presupuesto, hay que destacar, que para ejercer el empleo público se tiene que hacer actos de nombramiento y posesión, en el caso de los empleados públicos y para los trabajadores oficiales el contrato de trabajo.

Ahora bien, por el acto del nombramiento para ejercer un empleo en el sector público, "se originan efectos jurídicos individuales, pero lo que sucede es que el efecto que se coloca en primer orden es la creación de una situación objetiva, impersonal, de la cual se derivan situaciones objetivas"[12] así mismo, "el acta de posesión no es un acto administrativo strictu sensu, es un simple acto formal que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes que el cargo impone"[13]

Así pues, la vinculación de los empleados públicos que es el tema que nos interesa, se efectúa a través de una "relación legal y reglamentaria que se

[11] Decreto 2400 de 1968, artículo 2 y Decreto 1042 de 1978 Artículo 2 inciso 1.
[12] CONSEJO DE ESTADO. Sesión Segunda Expediente No. 5735 del 13 de Julio de 1992. Citado por VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Pág. 379.
[13] CONSEJO DE ESTADO. Sesión Segunda Expediente No. 2582 del 31 de Julio de 1980. Citado por VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Pág. 381.

materializa en un acto administrativo de nombramiento y su posterior posesión , la relación de trabajo, si se prefiere el termino, está previamente determinado en la ley, por lo tanto, no hay posibilidad de que le empleado pueda discutir las condiciones de empleo, ni fijar alcances distintos de los concebidos por las normas generales y particulares que la regulan"[14]

Finalmente, los empleados públicos son vinculados a la administración por un acto administrativo, por lo que la naturaleza de la vinculación está establecida en la ley, significa lo anterior, que no se puede sustituir la vinculación de los empleados públicos por otros medios diferentes a la ley, como por el medio jurisdiccional, al realizarlo se estaría suplantando la ley.

Ahora bien, conocido tangencialmente la noción de empleo público y como los empleados públicos y los trabajadores oficiales se vinculan a la administración, es necesario señalar que el trabajo de monografía de grado está orientado a señalar la aplicación del Principio de la Primacía de la realidad en los empleados públicos.

Es de anotar que existen otras formas de trabajar con la administración pública como lo es a través del contrato de prestación de servicios, contrato que esta regulado en la ley 80 de 1993, y que la Corte Constitucional, el Consejo de Estado han establecido que esta clase de tipo contractual es ajustado a la ley, y que se debe utilizar en la contratación en la administración, siempre y cuando cumplan con los requisitos que la misma ley establece.

[14] Cartilla laboral del Departamento Administrativo de la Función Pública. 2009. Pág. 16.

Así mismo, este tipo contractual ha llevado a que las administraciones, entendida estas como entidades del Estado, han utilizado no sólo esta figura contractual para ocultar un verdadera relación contractual o un verdadero empleo público, en este caso como empleado público, sino otras, vale la pena decir, que los empleadores del sector privado también utilizan la figura no solo del contrato de prestación de servicios.

Por lo anterior, el estudio de la primacía de la realidad se hace necesario, pero desde los empleados públicos, y desde la óptica del Consejo de Estado que es el juez natural de los empleados, toda vez, que cuando el Consejo de Estado aplica este principio no se realice de acuerdo al espíritu del principio ello es, establecer una verdadera relación laboral y en consecuencia declarar la nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, reintegrar el empleado público despedido y pagar los salarios y demás derechos.

En este sentido, se hace necesario consultar como aplica la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral y por último el Consejo de Estado, para finalmente reseñar que aunque estamos en un Estado Social de Derecho y la Corte Constitucional establece que el principio de la primacía de la realidad es un protector derecho al trabajo, también se equivoca, cuando no aplica el principio cuando se trata de empleados públicos, porque prevalece la forma, es decir, la forma de vinculación y no lo que sucede en la realidad. Así pues pasaremos a la forma como se aplica el principio por las diferentes cortes;

2.1.3 PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Ahora bien, La Corte Constitucional de Colombia, en reiteradas jurisprudencias no sólo de Constitucionalidad, sino también de tutela ha defendido el derecho al trabajo, en el sentido de que el Estado debe garantizar el pleno empleo y no permitir que tanto las empleadores públicos y privados utilicen contratos civiles u otras figuras contractuales para ocultar verdaderas relaciones laborales, que lo único que hacen es mermar la dignidad de los trabajadores. Así mismo, aunque el legislador puede establecer modelos de relaciones laborales de vinculación tanto en el sector público como en el privado y gozan de protección constitucional, también lo es que, que "dichos instrumentos contractuales no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales"[15]

En este sentido la Corte Constitucional señala, en cuanto al Contrato de la Primacía de la Realidad, lo siguiente:

> 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 libertadas 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 si suceda, pues nunca lo sustancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo sustancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la carta política[16]

[15] Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de Septiembre de 2009. Magistrado Ponente Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

[16] Corte Constitucional. Sentencia C-023 del 27 de Enero de 1994 Magistrado Ponente VLADIMIRO NARANJO MESA.

En cuanto a la aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad, la Corte Constitucional en sentencia C-555 del 6 de Diciembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, señaló:

> 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 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

Finalmente la Corte Constitucional en sentencia C-171 del 7 de Marzo de 2012, Magistrado Ponente Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, marcó en cuanto al principio lo siguiente;

> "La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

Recogiendo lo más importante, la Corte Constitucional garantiza el derecho al trabajo como derecho fundamental, y por medio de él las personas no sólo garantizan el derecho a vivir dignamente, sino también permiten que su familia lo hagan, igualmente garantizan el crecimiento económico de un país, por lo tanto, cualquier acto o contrato que desvirtué o tienda a ocultar una verdadera relación

laboral, el Estado debe garantizar que ello no ocurra y privilegiar la verdadera relación laboral para garantizar los derechos laborales de los trabajadores, sean ello, del sector público o privado.

Finalmente la Corte Constitucional en sentencia C-555 del 6 de Diciembre de 2994, Magistrado Ponente Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, rotuló;

> 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.

2.1.4 PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Ahora bien, el Consejo de Estado máximo tribunal de la Contencioso Administrativo, ha establecido la regla de la protección del derecho al trabajo como derecho fundamental siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional,

no obstante, este tribunal ha consagrado que el derecho de la primacía de la realidad no otorga la connotación de Empleado público, toda vez que la vinculación con el Estado es reglado, por lo tanto, otorga el principio de la primacía de la realidad pero de forma restrictiva como se notara.

El H. Consejo de Estado, en pronunciamiento del 19 de febrero de 2009, se ha referido al principio de la primacía de la realidad, así:

> La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.
>
> Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:
>
> "Como ya lo ha expresado la Corporación, 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."

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

> Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.
>
> Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la

entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral Radicado Nº: 700013333003-2012-00113-00 12

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (Art. 53 C.P.).
Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo anterior, 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.
> (...)
>
> De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, el demandante estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.
>
> La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y el contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:
> (...)
>
> Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando el demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad." Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral Radicado Nº: 700013333003-2012-00113-00 13
>
> Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación

Así mismo, En sentencia del 15 de Junio de 2006, magistrado Ponente Dr. ALBERTO ARANGO MANTILLA, radicación No. 73001-23-31-000-2003-01675-01(0249-05), señaló:

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

indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

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) 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, 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."[17]

De lo anterior se infiere 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 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.

---

[17] *Sentencia C-555 de 1994. Corte Constitucional.*

> …Será el valor pactado en el contrato, y no otro, el que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devenga cualquier docente al servicio del Municipio.
>
> Resulta procedente reconocer en favor de la demandante y a título de indemnización, el equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos…

Finalmente, el Consejo de Estado en su reiterada jurisprudencia, concede el Contrato de la primacía de la realidad, declara la nulidad de los actos administrativos, como consecuencia de ello, resarce los perjuicios a la luz del artículo 85 del Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y reconoce salarios y prestaciones sociales a titulo de indemnización.

2.1.5 PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL.

La Corte Suprema de Justicia como máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, tiene como función actuar como tribunal de casación y unificar la jurisprudencia, en este caso de la jurisdicción laboral, la sala Laboral de la Corte Suprema, también ha consagrado la defensa y protección del derecho del trabajo, y en ese sentido al declarar la primacía de la realidad conlleva al reconocimiento y pago de todas las prestaciones y derechos que se derivan de un verdadero contrato de trabajo, establecido en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

En ese sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto de la Primacía de la realidad lo siguiente:

> En otras oportunidades esta Sala se ha referido al principio doctrinario del derecho laboral que se enuncia como 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 pueden extraerse de la realidad, de la relación a los datos aparentes que pueden ofrecer los documentos o contratos, máxime cuando éstos 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[18].

Igualmente y continuando con la protección fundamental del derecho al trabajo, la sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año 2003, se manifestó al respecto;

> Ahora bien, si en aras de 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 clausula 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 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 2º 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,

[18] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral Sentencia Radicación No. 3859 del 8 de Noviembre de 1990. Magistrado Ponente Dr. DAZA ALVAREZ.

> protegiendo de esa forma el derecho de los empleados subordinados a percibir el mínimo garantizado legalmente[19].

Finalmente, en reciente sentencia la Corte Suprema de Justicia, continua protegiendo los derechos laborales de los trabajadores y señala que una vez comprobado los tres elementos del Contrato de Trabajo, en especial la subordinación o dependencia se debe declarar el contrato realidad, ello por cuanto no se puede utilizar el contrato de prestación de servicios para burlar una verdadera relación laboral.

> La naturaleza del segundo contrato en la forma como se pactó inicialmente fue puesta en entredicho por el actor en el proceso, y el ad quem le dio la razón a éste al concluir que sí se trataba de un verdadero contrato de trabajo, por encontrar probada la prestación personal del servicio, en aplicación del artículo 24 del CST (aspecto que no ha sido objeto de reparo en el cargo, se reitera); lo cual hace que la remuneración allí acordada tenga la connotación salarial, tal y como lo concluyó el ad quem, independientemente de las cláusulas convenidas para encubrir el contrato de trabajo. De esta manera se descarta la violación legal denunciada por la censura.
>
> Justamente, el efecto inmediato de la aplicación del principio de la primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 constitucional y 23 del CST es el que prevalece la realidad frente a las apariencias que le haya querido dar el empleador a la relación laboral; por lo que una vez declarado el contrato realidad no es compatible que se siga admitiendo que no es salario la remuneración pactada a cambio de la prestación personal del servicio solo porque así se estipuló. Aceptar lo contrario, además de ser un contrasentido, haría inocua la aplicación de la primacía de la realidad, pues es en virtud de este principio que los acuerdos de las partes formalmente celebrados se desvanecen para abrirle paso al contrato de trabajo, por lo que tampoco, para el caso, son aplicables los artículos 1502 y 1602 del CC. que regulan los efectos de los acuerdos voluntarios, disposiciones incluidas

[19] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia Radicación No. 20933 del 30 de Septiembre de 2003. Magistrado Ponente Dr. CARLOS ISAAC NADER. Citado por DIAZ VARGAS. Jaime Alejandro. El Principio de la Primacía de la realidad en las relaciones laborales de la Administración Pública. Pág. 80-81.

también en la acusación[20].

2.2 APLICACIÓN RESTRICTIVA DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD DESDE EL CONSEJO DE ESTADO- SESIÓN SEGUNDA

Nos proponemos exponer el siguiente tema sobre la forma restrictiva que aplica el Consejo de Estado el principio de la Primacía de la realidad en los empleados públicos, donde prevalece la forma de vinculación sobre la realidad, teoría que es apoyada por la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 1994. Entonces gran contradicción por la Corte Constitucional que es defensora del principio de la primacía de la realidad como protector del derecho al trabajo y niega éste cuando se trata de la forma como se vincula los empleados públicos al Estado el cual es a través de unos actos como el de nombramiento y posesión.

El principio de la primacía de la realidad es entendida como lo hemos visto, que prevalece la realidad, sobre la forma y así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sala Laboral, es por ello, que el honorable jurista Mario de la Cueva, en relación con el principio estudiado que "la existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando 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

[20] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia Radicación No. 37037 del 25 de Enero de 2011. Magistrado Ponente Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. Pág. 22-23.

estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor."[21]

Así las cosas, el principio de la Primacía de la realidad debe aplicarse en todo el sentido de su expresión, ello es, que no depende del acto o contrato por medio del cual se vincula el empleado público a la administración, lo que se debe tener en cuenta es que el empleado presto el servicio, tan es así, que el Consejo de Estado en la sesión segunda, expreso que el acto administrativo de posesión "de un empleado público no es por lo mismo un elemento fundamental para probar el ejercicio de un cargo" [22]

Ahora bien, en reiteradas sentencias antes anotadas, el Consejo de Estado establece que no se puede utilizar un contrato de prestación de servicios para ocultar una verdadera relación laboral, y así mismo, que una vez probado los elementos de una relación laboral, en especial "la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño"[23] se debe declarar la primacía de la realidad con todas sus connotaciones.

Además, El consejo de estado ha señalado "que el principio de la primacía de la realidad no tiene el alcance de excusar con la mera prestación efectiva del 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

[21] DE LA CUEVA. Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. 2da edición. Méjico, 1943. Pág. 381.
[22] Ibídem. Pág.
[23] Ibídem. Pág,

determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la correspondiente disponibilidad presupuestal"[24]

Es de anotar, que cuando un empleado público es declaro insubsistente, es decir, es despedido de la administración pública acude a la jurisdicción contencioso administrativo a través de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, con el propósito que declare la nulidad del acto administrativo de despido y en consecuencia se restituya en el empleo que estaba o en otro de igual jerarquía, esto es, reintegro con el pago de prestaciones, salarios y pago de la seguridad social.

Teniendo en cuenta que, la aplicación del principio de la primacía de la realidad es proteger el derecho al trabajo y otorgar todos los derechos de una relación laboral, el Consejo de Estado ha declarado este derecho, pero de formar restrictiva, en el sentido se pronuncio así:

> …De lo anterior se infiere 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 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.

[24] CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación IJ-0039 Magistrado Ponente DR. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA.

Los simulados contratos de prestación de servicios docentes suscritos con la demandante, pretendió esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, la actora no puede ser considerada empleada pública docente. Al no tener entonces esa calidad, mal puede esta Sala decretar las prestaciones que reclama, por la sencilla razón de que tales prestaciones sociales nacen en favor de quienes, por cumplir todas las formalidades sustanciales de derecho público, para el acceso al servicio público, alcanzan la condición de servidor, cuestión que no es el caso de la demandante.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, la administración desconoció el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y con ello ocasionó unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Es necesario, entonces, precisar la base para liquidación de la indemnización que se reconoce.

Será el valor pactado en el contrato, y no otro, el que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devenga cualquier docente al servicio del Municipio.

Resulta procedente reconocer en favor de la demandante y a título de indemnización, el equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos docentes del Municipio por el período comprendido entre el 9 de junio de 2000 y el 30 de noviembre de 2002, teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo señalado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, como quiera que el escrito petitorio que la demandante presentó ante la Alcaldía Municipal de Lérida (Tolima), es de fecha 9 de junio de 2003 (folio 2).

En este orden de ideas, se revocará la decisión del Tribunal que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda y se ordenara el reconocimiento y pago a título de indemnización de las sumas que resulten de la liquidación por concepto de prestaciones sociales, dejadas de

> percibir en el periodo anteriormente señalado, debidamente indexadas.[25].

Por tanto, se entiende según las jurisprudencia del Consejo de Estado, el Estado no puede utilizar figuras contractuales legales para ocultar verdaderas relaciones laborales con la administración público, si ello ocurre, es deber de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo proteger el derecho al trabajo y en consecuencia declarar el contrato de la primacía de la realidad y consecuente el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, pero a titulo de pago de perjuicios, como si se hubiere causado un daño, y no reconoce la declaratoria de Nulidad y Restablecimiento de Derecho, que es el fin último de esta acción, proteger el derecho al trabajo.

Finalmente con lo plasmado en esta investigación se demuestra que el Consejo de Estado, sesión segunda aplica de manera restrictiva el Principio de la Primacía de la Realidad en cuanto que no reconoce y paga las prestaciones sociales, salarios y seguridad social de forma pura y simple, es decir, sin denominarla a titulo de indemnización, ello por cuanto se trata de una verdadera relación laboral, igualmente prima lo formal sobre lo real, es decir, condiciona el restablecimiento de derecho al reintegro del Empleado Público despedido por el acto de nombramiento, desconociendo por completo que el principio señala que ***prima lo real sobre lo formal***,

[25] CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia Radicación No. 73001-23-31-2003-01675-01 (0249-05). Del 15 de Junio de 2006. Magistrado Ponente Dr. ALBERTO ARANGO MANTILLA.

CONCLUSIONES

Así las cosas, las conclusiones a las que se llego en este trabajo son las siguientes:

La Corte Constitucional y Consejo de Estado aplica de manera restrictiva o de manera precaria o nula el principio protector del derecho del trabajo como lo es el PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD, ello por que señala que la forma como se vincula un empelado público a la administración debe realizarlo a través de un acto de nombramiento y posesión, de no hacerlo no puede una sentencia desconocer este mandato constitucional y legal. Además, no reconoce el derecho al reintegro cuando se solicita mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a través del principio de la primacía de la realidad, igualmente, no reconoce salarios dejados de percibir o si los reconoce los otorga a titulo de indemnización, situación que desconoce derechos laborales.

La Corte Constitucional de Colombia, máxima guardiana de la Constitución e intérprete de la misma debe cambiar su jurisprudencia y ser coherente con los argumento de las mismas las cuales garantizan el derecho al trabajo como derecho fundante y fundamental, en el sentido de que los empleados que se vinculen a la administración mediante un contrato licito y donde la administración quiera ocultar una verdadera relación laboral y se demuestre los elementos de la relación laboral sean considerados empleados públicos dando prevalencia a la ***realidad sobre la forma.*** En este sentido garantizaría y hace realidad el Estado Social de Derecho, además, sería coherente con sus reiteradas sentencias tanto de tutela como de constitucional que hacen alago de proteger el derecho al trabajo como derecho fundamental.

El Consejo de Estado debe igual forma cambiar su jurisprudencia en el mismo sentido antes anotado, y aplicar de forma plena el PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD otorgando el restablecimiento del derecho del empleado toda vez, que éste cumplió una funciones públicas independientemente de la forma de su vinculación y en consecuencia debe declarar la nulidad del contrato y en consecuencia restablecer su derecho al empleo, esto es, reintegrarlo al empleo que estaba ocupando, esto porque, quien dio lugar al fraude fue la administración obrando de mala fe.

Ahora bien, si no cambia su jurisprudencia y continua condenando a las entidades del Estado que ocultan verdaderas relaciones laborales y señalan que pagan las prestaciones sociales a modo de indemnización está debe ser plena, en el sentido de no reconocer y pagar, salarios, prestaciones sociales, pago de la seguridad social, sino también, los perjuicios morales y materiales que se deberán probar en el juicio, toda vez, que el daño debe repararse íntegramente.

BIBLIOGRAFIA

PLA. RODRIGUEZ. Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. 3 Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1998.

DUEÑAS QUEVEDO. Clara Cecilia. Derecho Administrativo Laboral. Editorial Ibañez. Bogotá. 2013.

VILLEGAS ARBELAEZ. Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Tomo I y II. Octava Edición. Editorial Legis. Bogotá. 2008.

OBANDO GARRIDO. José María. Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2005.

AYALA CALDAS. Jorge Enrique. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2002.

RINCON CORDOBA. Jorge Iván. Derecho Administrativo Laboral. Universidad Externado de Colombia. 2010.

RODRIGUEZ GARRETA. Jaime. Guía Relaciones Laborales y Prestacionales. Ediciones Doctrina Ley. Bogotá. 2012.

OBANDO GARRIDO. José María. Derecho Laboral. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2007.

PLAZAS M. Germán. PLAZAS M. Viviana. La Nueva Practica Laboral 2013. Decima Quinta Edición. Printer Colombiana S.A. Bogotá. 2013.

AVILA TRIANA. Jorge Enrique y otros. Derecho Procesal del Trabajo, compendio Teórico Práctico. Editorial Legis. Bogotá. 2014.

ALVAREZ PEREIRA. Carlos. Compendio Teórico Práctico de Derecho del Trabajo individual y Colectivo. Editorial Legis. Bogotá. 2013.

PALACIO HINCAPIE. Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. 6 edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín 2006.

Sentencia de Tutela No. 72585 del 18 de marzo de 2014. Magistrado Ponente (M.P.) Dr. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER. Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral.

Sentencia radicación No. 35414 del 21 de Abril de 2009. M.P. Dr. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ. Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral.

Sentencia Radicación No. 37037del 25 de Enero de 2011. M.P. Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral.

Sentencia de Tutela No. 35284 del 13 de Febrero de 2014. M.P. Dr. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS. Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral.

Sentencia Radicación No. 70-001-33-33-003-2012-00113-00 del Juzgado Tercero Administrativo oral del Circuito de Sincelejo del 4 de Diciembre de 2013.

Sentencia Radicación No. 70-001-33-33-003-2012-00023-00 del Juzgado Tercero Administrativo oral del Circuito de Sincelejo del 13 de Noviembre de 2013.

Sentencia Radicación No. 70-001-23-31-000-**2012-0003-00** del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo del 8 de Agosto de 2013.

Sentencia de Radicación No. 05001.33.33.023.2013.00466.01 del Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala segunda de decisión Oral del 7 de Octubre de 2013 M.P. Dra. BEATRIZ ELENA JARAMILLO MUÑOZ.

Sentencia radicación No. 700013333006-2012-00022-00 del Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo del 20 de Septiembre de 2013.

Sentencia Radicación No. 70-001-33-33-009-2012-00050-00. Del Juzgado Noveno Administrativo Oral del circuito Sincelejo – Sucre del 6 de Agosto de 2013.

Sentencia Radicación No. 38776 del 1 de febrero de 2013. M.P. Dr. GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA. Corte Suprema de justicia Sala de casación Laboral

Sentencia Radicación No. 35603 del 1 de Febrero de 2011. M.P. Dr. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS. Corte Suprema de Justicia sala de casación Laboral.

Sentencia Radicación No. 30.437 del 1 de Febrero de 2011. M.P. Dr. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS y GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA. Corte Suprema de justicia Sala de casación Laboral.

Sentencia Radicación No. 46.855 del 1 de Febrero de 2011 M.P. Dr. GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA. Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral.

Auto Radicación No. 40201 del 1 de Febrero de 2011 M.P. Dr. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE. Corte Suprema de Justicia sala de casación Laboral.

Sentencia Radicación No. 37037 del 25 de Enero de 2011 M.P. Dra. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. Corte Suprema de Justicia sala de casación Laboral.

Sentencia C-154 del 19 de Marzo de 1997 M.P. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Sentencia Radicación IJ-0039 del 18 de Noviembre de 2013 Consejero Ponente Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA.

Sentencia Radicación No. 73001-23-31-000-2003-01675-01(0249-05) del 15 de Junio de 2006. Consejero Ponente Dr. ALBERTO ARANGO MANTILLA. Consejo de Estado Sección Segunda.

Sentencia radicación No. 15001-23-31-000-1999-00105-01 del 2 de Febrero de 2006. Consejero Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA. Consejo de Estado sección segunda.

Sentencia radicación No. 73001-23-31-000-2003-01675-01 (0249-05) del 15 de Junio de 2006. Consejero Ponente Dr. ALBERTO ARANGO MANTILLA. Consejo de Estado Sección Segunda.

Sentencia C- 555 de 1994 del 6 de Diciembre de 1994 M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Corte Constitucional.

Sentencia C-110 del 10 de Marzo de 1994. M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Corte Constitucional.

Sentencia T-616 del 2 de Agosto de 2012. M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Corte Constitucional.

Sentencia C- 171 del 7 de Marzo de 2012 M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Corte Constitucional.

Sentencia C-445 del 2 de Junio de 2006 M.P. Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA. Corte Constitucional.

Sentencia C- 614 del 2 de Septiembre de 2009 M.P. Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Corte Constitucional.

Sentencia C- 690 del 21 de Septiembre de 2011 M.P. Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Corte Constitucional.

Sentencia Radicación No. 68001-23-15-000-2002-02012-01(1372-09) del 17 de Marzo de 2011. Consejero Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Consejo de Estado- Sección Segunda – Subsección A.