



Principios constitucionales del derecho laboral administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano^a

Hernán Sandoval Quintero^b ■ Gustavo Nixon Delacruz Giraldo^c

Resumen: A partir del presente análisis se busca ofrecer una explicación clara y comprensible de los principios constitucionales del derecho laboral administrativo. Para ello, es relevante identificar cada principio, tanto doctrinal como jurisprudencial, pues correlacionados permiten el establecimiento de categorías verdaderamente diferenciadoras a la hora de ubicarlos dentro del derecho del trabajo, entendido como obligación social. La mayoría de tratadistas se han limitado a considerar este derecho a partir de los principios del derecho administrativo laboral, bajo una articulación con el área del derecho público y no como una parte del derecho del trabajo. Dicha concepción es administrativista y desconoce el ámbito laboral que circunda el marco de la coordinación económica y el equilibrio social, y que posibilita entender que, actualmente, el Estado es el mayor empleador, cuyo deber es ser garante de los derechos consagrados en el Estatuto Superior como Estado social y democrático de derecho.

Palabras clave: principios constitucionales; servidores públicos; empleados públicos; trabajo decente; derecho del trabajo.

Fecha de recepción: 5 de octubre de 2017 **Fecha de evaluación:** 8 de agosto de 2018 **Fecha de aprobación:** 18 de diciembre de 2018

Cómo citar: Sandoval Quintero H., Delacruz Giraldo G. N. (2019). Principios constitucionales del derecho laboral administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Prolegómenos*, 22(44), pp. 11-34. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.3101>

-
- a El presente artículo de contenido reflexivo se desprende del resultado de la investigación “Derecho laboral administrativo: herramientas para su aprendizaje”, publicada por la Universidad Libre, seccional Cali, en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales y en la Dirección Seccional de Investigaciones y el Departamento de Publicaciones y Comunicaciones (2011).
 - b Abogado. Docente de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Integrante del Grupo de Investigación Laboral María Cano (Gilmac) de la Universidad Libre, seccional Cali. Correo electrónico: hersanqui@hotmail.com
 - c Abogado. Docente Investigador de Jornada Completa en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Líder del Grupo de Investigación Laboral María Cano (Gilmac) de la Universidad Libre, seccional Cali. Correo electrónico: gustavon.delacruz@unilibre.edu.co

Constitutional Principles of Administrative Labor Law in the Colombian Legal System

Abstract: This analysis intends to offer a clear and understandable explanation of the constitutional principles of administrative labor law. For this, it is relevant to identify each doctrinal and case-law principle, as they allow establishing truly differentiating categories when they are correlated and placed within labor law, understood as a social obligation. Most experts have restricted themselves to considering this law based on the principles of labor administrative law, together with public law, and not as a part of labor law. This conception is administrativist and ignores the work environment surrounding the framework of economic coordination and social balance that makes it possible to understand that the state is the largest employer at present. As such, the state should guarantee the rights contained in the Constitution as social and democratic rule of law.

Keywords: Constitutional principles; civil servants; public employees; decent work; labor law.

Princípios constitucionais do direito administrativo do trabalho no sistema jurídico colombiano

Resumo: A partir da presente análise, busca-se oferecer uma explicação clara e compreensível dos princípios constitucionais do direito administrativo do trabalho. Para isso, é relevante identificar cada princípio, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, já que correlacionar-los permite estabelecer categorias verdadeiramente diferenciadoras para utilizá-los dentro do direito do trabalho, entendido como obrigação social. A maioria dos escritores limitou-se a considerar esse direito com base nos princípios do direito administrativo do trabalho, em articulação com a área do direito público e não como parte do direito do trabalho. Essa concepção é administrativista e desconhece o ambiente de trabalho que envolve o marco da coordenação econômica e do equilíbrio social, e permite compreender que atualmente o Estado é o maior empregador, cujo dever é garantir os direitos consagrados no Estatuto Superior como Estado democrático de direito social.

Palavras-chave: princípios constitucionais; servidores públicos; funcionários públicos, trabalho decente; direito trabalhista

Introducción

El surgimiento del constitucionalismo trae consigo la evolución de principios del derecho laboral, individual y colectivo para los empleados públicos en Colombia, particularmente la evolución de los derechos de segunda generación, denominados derechos económicos, sociales y culturales, corolario de representativa incidencia para las relaciones laborales que puedan establecerse con el Estado. Así, entonces, el derecho laboral administrativo se considera un enfoque jurídico importante, con modificaciones en cuanto a temáticas contextuales de la función pública, constitutiva como fuente importante del estudio investigativo y la profundización.

Es precisamente en ese sentido que, en el desarrollo de la investigación “Derecho laboral administrativo: herramientas para su aprendizaje”, se identificaron elementos cruciales del tema laboral administrativo, con relación a los principios que rigen las relaciones laborales establecidas entre servidores públicos y el Estado; de acuerdo con este hallazgo, fue necesario abordar de forma específica los principios rectores que rigen dichas relaciones, partiendo de los estudios previos mencionados en apartes de este trabajo, cuya trascendencia reside en sus aportes teóricos.

Así, la aproximación conceptual doctrinal y jurisprudencial de los principios constitucionales del derecho laboral administrativo, en primer lugar, comprende el abordaje de cada uno de aquellos principios, con el propósito de establecer de forma analítica una diferenciación clara al lector y una dimensión individualizada del alcance jurídico; en segundo lugar, este acercamiento busca elaborar un aporte reflexivo y crítico con el ánimo de profundizar en el contexto de las relaciones laborales, que se entretengan con los actores representados en los ciudadanos vinculados como personas (empleado público o trabajador oficial) y el Estado como empleador, en sus diferentes niveles.

Es menester, además, reconocer que, al estar los principios de las relaciones laborales patentes en un Estatuto Superior como la Constitución, el tratamiento de estos debe propender hacia la igualdad, hacia la no discriminación en la defensa y desarrollo de la persona, y el respeto de su dignidad

humana, que se vincula también al derecho de un trabajo decente. Todo esto se logra si se incentiva el acceso a un trabajo digno, adecuado y estable, cuyas perspectivas estén dentro de un marco propicio para condiciones laborales que aseguren un futuro para el trabajador y su grupo familiar.

Para hacer un aporte a este propósito, es necesario, en primer lugar, abordar el estudio del derecho a partir de su componente axiológico, en sentido formal, normativo o estructural, conforme con las disposiciones existentes, y junto al análisis jurisprudencial, doctrinal y teórico, que pueda dar luces a cada tema. Para ello, es importante, en segundo lugar, asumir el derecho desde un enfoque dinámico y no estático, que busque la satisfacción de los intereses individuales, generales y colectivos, y proyecte la paz como anhelo desarrollado, a través de principios que abarcan al trabajo como derecho y obligación social, cuyo garante es el Estado.

La naturaleza de esta investigación, por ende, busca dar relevancia a la problemática que surge de la particular forma de abordar las categorías comprendidas entre el derecho laboral administrativo y el derecho administrativo laboral. El propósito de aquello es restituir la importancia del derecho del trabajo, condición inherente a la naturaleza humana, que determina la satisfacción de necesidades de los individuos, sin dejar de lado que, como función esencial, el trabajo debe ser reglamentado. Justamente esta reglamentación es la que lo cataloga como un derecho humano, independientemente de la índole de la prestación del servicio o de si el trabajador es empleado público o trabajador oficial. Nada justifica, por lo tanto, que el trabajo sea relegado a una subordinación incondicional y autoritaria que exija la ausencia total de la voluntad del ciudadano.

El Estatuto del Trabajo

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 53 de la Constitución Política plantea la expedición, por parte del Congreso, de un estatuto del trabajo. La ausencia de dicha norma, que infortunadamente no ha sido creada, ha posibilitado hoy la aplicación de un obsoleto y desactualizado

código laboral, incapaz de hacer frente a nuevas realidades como el teletrabajo, la flexibilización, la tercerización, la desregularización y la globalización, fenómenos y nuevas figuras jurídicas caracterizados por el desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en Colombia, en particular de los empleados oficiales, conocidos como servidores públicos.

Esta ley tendrá en cuenta, por lo menos, unos principios mínimos fundamentales, como lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional en la sentencia C-479 de 1992 (Magistrado ponente: José Gregorio Hernández G.), en la C-023 de 1994 (Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa) y en la sentencia C-539 de 2011 de la Corte Suprema de Justicia. La sentencia C-023 establece, por ejemplo, que dichos principios deben ser considerados por el Congreso “al expedir el estatuto del trabajo, [pues] constituyen una filosofía del ejercicio laboral” (Corte Constitucional, 1994a).

Pese a que aún no se expide el estatuto, la Corte Constitucional, de forma coherente, viene desarrollando el principio general de interpretación, denominado efecto útil de las normas, según el cual, frente a posibles interpretaciones de estas, debe atenderse aquella que cause efectos sobre lo que se considere superfluo o innecesario. Dentro de los principios mínimos fundamentales se encuentran:

[la] 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. (Corte Constitucional, 1994)

La misma norma constitucional, además, expresa que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la

legislación interna (Bloque de constitucionalidad laboral). En este sentido, la ley, los contratos, los acuerdos y los convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores en Colombia.

Principios constitucionales

El concepto de principio tiene como base un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, base sobre la que se construyen y erigen las instituciones de derecho y que, en un momento histórico determinado, soporta el contenido de las normas jurídicas de un Estado. Ahora bien, un axioma significa dignidad, y en su derivación se le denomina así a lo que merece ser estimado, creído o valorado; por lo tanto, en su acepción misma, el axioma equivale a un principio que, ocupando un cierto lugar en un sistema de proposiciones, debe estimarse como verdadero.

De ahí que un principio constitucional deba ser la regla básica que guía de forma coherente y equilibra el funcionamiento de un Estado determinado, en aras de garantizar la vigencia, la estabilidad y el respeto a las prescripciones constitucionales.

Principio de la protección al servidor público

Para Marcel Waline, la administración pública es ejercida esencialmente por hombres, en tanto que la administración y su funcionamiento solo son posibles por la actividad intelectual y física de las personas naturales al servicio del Estado. Las relaciones que surgen entre el Estado y aquellas personas, encargadas de la realización de los cometidos estatales, están sujetas a diferentes regímenes que determinan el carácter de su vinculación, así como a las condiciones de ingreso y de retiro del servicio, derechos y deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, entre otros (Escuela Superior de Administración Pública, 2008). Lo anterior se destaca cuando se establecen relaciones laborales bajo condiciones de unilateralidad, puesto que, como lo señala Vergara citando a Balbin, “el desarrollo de la función pública siempre precedió por un siglo al derecho laboral en sentido estricto” (2014, p. 178). Así, el condicionamiento de las

fuentes del derecho laboral se encuentra en un grado de aplicabilidad restringido al confluir con una concepción autoritaria, que valida la subordinación y justifica la supremacía del Estado, sin admitir la aplicación de principios y normas del derecho laboral.

Antes de 1991, los servidores del Estado se clasificaban en empleados oficiales, y se dividían en trabajadores oficiales y empleados públicos: los primeros se caracterizaban por tener un contrato de trabajo (vínculo laboral contractual, en el que las partes pactan o fijan las condiciones en los campos individual y colectivo) y los segundos por una relación laboral pública (vínculo laboral legal y reglamentario, en el que las condiciones de empleo están previamente determinadas o se determinan por mandato constitucional, la ley y los reglamentos o manuales de funciones). No hacían parte, o mejor, no entraban a este grupo los agentes políticos de elección popular, como el presidente, los gobernadores, los alcaldes, los senadores, los representantes a la Cámara, los diputados, los concejales, pues estos no se consideraban subordinados, en cuanto que no firmaban contrato de trabajo ni se vinculaban por un acto condición; solo ejercían su jurisdicción y autoridad.

Además de los literales *e* y *f* del numeral 19 del artículo 150, que fijan los salarios y prestaciones sociales de los empleados, trabajadores, miembros del Congreso y de la Fuerza Pública, el artículo 123 de la Constitución Política, en su inciso primero, establece que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. Se añade a esta preceptiva que ellos están al servicio del Estado y de la comunidad, y se precisa que ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y los reglamentos.

El principio de la protección al servidor público consiste en la defensa del trabajo subordinado y no subordinado en la relación Estado patrono y/o empleador con los servidores públicos; esta protección se dirige a la no vulneración del derecho del trabajo del servidor, pero no alude al trabajo o al empleo. Con este principio se pretende romper con la condiciones ligadas, en primer lugar, a

la deslaboralización, para evitar así que el derecho laboral se transforme en un derecho privado y que los contratos de trabajo se conviertan en contratos de prestación de servicios (OPS), comerciales o civiles, como sucede con las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), a las cuales la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-504 de 2008, les precisa que su papel no puede desconocer los derechos y acreencias laborales de los trabajadores; todo lo contrario: su naturaleza incluye la afiliación libre y voluntaria, una igualdad entre los cooperantes y, especialmente, la ausencia de ánimo de lucro. En segundo lugar, dicho principio de protección busca acabar con la desregularización, es decir, acabar con algunas formalidades, como la de establecer, por ejemplo, que el tipo de contrato aplicable es a término fijo y no indefinido, y eliminar, además, el periodo de prueba. En tercer lugar, pretender terminar con la flexibilización, que extiende los ajustes de la norma a los intereses del empleador, como actualmente sucede con la jornada diurna, que va hasta las 9:00 p.m. —en otras palabras: “la noche por ley” —, e incluye parte del día; además, con la creación de la jornada especial de cuatro turnos de seis horas diarias, que no reconoce recargos como el pago de dominicales y festivos laborados.

Para que esta protección se cumpla, el Estado dispone de dos instrumentos. El primero es de carácter administrativo, y se puede materializar a través del Ministerio del Trabajo, con el que, a través de actos administrativos, sanciona a entidades estatales que vulneran los derechos de los servidores públicos. Este ente, mediante la Resolución 02143 de mayo 28 de 2014, asignó funciones a las direcciones territoriales del Ministerio del Trabajo, como atender asuntos relacionados con trabajo y empleo rural, con la erradicación del trabajo infantil, las investigaciones administrativas por riesgos laborales y salud ocupacional; les otorgó, incluso, hasta la facultad para suspender actividades u ordenar el cierre de empresas que reincidan en el incumplimiento de programas y normas de riesgos laborales.

Otras disposiciones indican que el director territorial del domicilio principal de la empresa, a la cual se solicita declarar la unidad de empresa, será el competente para ello; además, este podrá

comisionar a funcionarios de su jurisdicción que no tengan el carácter de inspectores de trabajo para constatar paros o ceses colectivos de actividades. Se definen también cincuenta y dos funciones para los inspectores de trabajo y seguridad social. La norma deroga la Resolución 2605 del 2009 y los artículos del 1 al 7 de la Resolución 404 del 2012 (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 2014).

El segundo instrumento es de carácter judicial; en este, el juez de trabajo o administrativo, mediante una sentencia, condena a las entidades estatales al reintegro, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los empleados oficiales, hoy servidores públicos, para quienes el protagonismo exige la justificación racional como condición de validez legitimada en la decisión, en cuanto exigencia constitucional, que en la resolución de casos no deja de ser tímida o débil, y que, aunque mal fundamentada, sigue siendo una decisión judicial (Prieto, 1996).

Principio de la estabilidad laboral

La palabra estabilidad es sinónimo de equilibrio, en cuanto principio legal del derecho del trabajo. Esto se traduce en que debe existir un sistema de contrapesos, cuyo objetivo es la igualdad tanto de un lado como del otro. Dicho concepto, aplicado a la legislación laboral, es una exigencia esencial para las partes de la relación: cada una de aquellas aporta sus esfuerzos para obtener una labor exitosa, o mejor, un verdadero equilibrio económico y social. ¿Cuál es ese aporte? Por un lado, el empleador debe garantizar la permanencia del empleado en el trabajo, a través de una remuneración digna y actualizable y, por otro, el trabajador debe hacer una labor eficiente, leal y continua.

Este principio de equilibrio incide directamente en la continuidad o estabilidad de la relación laboral (en el caso del empleado público) y en el contrato de trabajo o vinculación indefinida (para el trabajador oficial). Se requiere o deben dar dos elementos esenciales para generarla: en primer lugar, que exista el cargo y, en segundo, que quien esté en este tenga capacidad para desempeñarlo. Así lo expresa la sentencia C-023:

Es una manifestación del principio de seguridad, pues el trabajo además de ser un medio de sustento vital es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en el empleo, que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo. Pero sí es conveniente que se sienta como principio laboral la estabilidad, como garantía del trabajador a permanecer en su actividad de provecho, tanto propio como social. Toda norma que tienda a vulnerar este principio es, en definitiva, no sólo un retroceso que supone olvidar logros laborales por los cuales la humanidad ha luchado denodadamente, sino que contraría los fines de la persona en sociedad. (Corte Constitucional, 1994a)

El principio citado, como es claro, contempla excepciones, pues la permanencia o estabilidad dejan de mantenerse en circunstancias especiales. Por ejemplo, cuando por disposición legal se ordena el cierre o la reestructuración de una entidad o empresa estatal. En ese caso, por regla general, los sacrificados son trabajadores o empleados, ya que en Colombia cerrar o reestructurar equivale a despidos colectivos y al incumplimiento en el pago de las acreencias laborales; es, precisamente, la situación que están viviendo algunos trabajadores de empresas del Estado hoy en liquidación, como Telecom y el ISS. Aunque la Corte Constitucional, a través de los fallos SU-377 y SU-555 de 2014, viene haciendo el reconocimiento y pago de estos derechos. Se trata de tres clases de acciones de tutela: en primer lugar, un grupo de demandas relacionadas con el plan de pensiones anticipadas que ofreció Telecom a sus trabajadores; en segundo lugar, hay otro conjunto de acciones de tutela, en el que se reclama la protección de los derechos como aforados sindicales de aquellos, y, en tercer lugar, las relacionadas con el retén social (padres y madres cabeza de familia).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia 34260 de julio 24 de 2013 (Magistrado ponente: Carlos Ernesto Molina), igualmente ha concluido que el hecho de que una empresa esté en liquidación no la exonera siempre de la sanción por el incumplimiento en el pago de

salarios y acreencias laborales. En estos casos, se advirtió, es posible que el empleador busque esconder elementos con mala fe para incumplir los compromisos que tiene con el empleado.

Hay otros dos casos excepcionales: cuando los trabajadores con fuero sindical han incurrido, por ejemplo, en causal de despido por justa causa. En esa condición, el Estado empleador podrá instaurar la acción de levantamiento del fuero. También se considera una circunstancia excepcional que causa la pérdida de la estabilidad laboral, el caso en que menores y mujeres en estado de embarazo estén realizando actividades relacionadas con trabajos prohibidos, que afecten su formación académica o la salud.

Es importante, con respecto a la función pública (entiéndase: empleados), resaltar cómo la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrada ponente María Claudia Rojas Lasso, del 31 de agosto de 2015 (Expediente 440012331000201500001-01), recordó que en materia de función pública la jurisprudencia ha delineado la existencia de varios tipos de estabilidad laboral reforzada. En primer lugar, la estabilidad laboral precaria, que es la que aplica a los empleados de libre nombramiento y remoción, en la que el nominador tiene una discrecionalidad más amplia, debido a las especiales funciones que desarrollan estos servidores, una discrecionalidad relativa que obliga al nominador a señalar a *posteriori* las razones del despido, observando los casos en los que corresponde motivar el acto por tratarse de sujetos de especial protección constitucional. En segundo lugar, se encuentra la estabilidad laboral intermedia, predicable en el caso de los servidores públicos que ocupan, en situación de provisionalidad, los cargos de carrera administrativa hasta que estos sean provistos, y en la que se ha señalado que el acto de desvinculación debe motivarse, aunque el Consejo de Estado insiste en que el retiro de provisionales no requiere motivación. En tercer lugar, la estabilidad laboral propiamente dicha, que aplica a los empleados de carrera administrativa, debido a que su desvinculación no depende de la decisión del nominador, sino que está sujeta a la evaluación de su desempeño y al cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios.

Finalmente, el Consejo de Estado aclaró que toda esta tipología se desprende de la *estabilidad laboral reforzada como tipología constitucional* de especiales condiciones, pues por su carácter *intuitio personae*, debido a la condición de la persona, protege al trabajador independientemente de su vínculo contractual. Igualmente, se han establecido unos *presupuestos para el reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada*, que tienen como finalidad garantizar a los ciudadanos, que se encuentran en condiciones de discapacidad, la permanencia en su puesto de trabajo, luego de haber adquirido una limitación física, sensorial o psicológica. Aquella es una medida de protección especial para el trabajador, pero de acuerdo con su capacidad laboral, ya que no toda discapacidad está cubierta por la estabilidad laboral reforzada.

Así las cosas, esta protección laboral se aplica no solo para quienes tienen una calificación que acredita su condición de discapacidad o invalidez, sino también para aquellos trabajadores que demuestren que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares de trabajo. En este caso, se multa a la empresa que despidió sin autorización al empleado con estabilidad laboral reforzada. Por este motivo y para su reconocimiento, el Consejo de Estado ha dicho que este derecho exige tres presupuestos que deben ser probados ante la Administración de Justicia:

1. El peticionario debe considerarse en circunstancias de discapacidad, estado de debilidad manifiesta o sujeto de especial protección.
2. Que el empleador tenga conocimiento de tal situación.
3. Que la terminación del contrato o la desvinculación laboral se lleve a cabo sin el permiso de la autoridad laboral competente.

Verificados tales requisitos, corresponde al juez constitucional proteger los derechos fundamentales del peticionario, declarando la ineficacia del despido y obligando al empleador a reintegrar o reubicar al trabajador.

Finalmente, el Alto Tribunal aclaró que, en caso de no haberse comprobado el pago de la indemnización, prevista por el inciso segundo del

artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (mecanismos de integración social a personas en situación de discapacidad), se deberá condenar al empleador al pago de aquella. Esto implica que se identifican los tipos de estabilidad laboral reforzada en materia de función pública.

Así mismo, la Corte Constitucional ha dado unas directrices a los jueces para fallar vulneraciones a la estabilidad laboral reforzada, en la sentencia T-188 de marzo 28 de 2017 (Magistrada ponente: María Victoria Calle), que determinan que un empleador desconoce los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la salud de un empleado, cuando le termina el contrato de trabajo a término fijo o por obra o labor contratada, en el caso en que este trabajador se encuentre en situación de debilidad manifiesta, en razón de su estado de salud o en condición de discapacidad. Esto, además, precisa la Sala, sin obtener la autorización previa del Ministerio del Trabajo y sin desvirtuar la presunción de despido discriminatorio.

En estas circunstancias, se debe conceder el amparo invocado, de acuerdo con las siguientes indicaciones:

- Declarar la ineficacia del despido, de la terminación del contrato laboral o de la no renovación de este con la consiguiente causación del derecho del demandante a recibir todos los salarios y las prestaciones sociales, dejadas de percibir durante el tiempo que faltare por cumplirse.
- Ordenar el reintegro a un cargo que ofrezca condiciones similares a las del empleo desempeñado por el trabajador hasta su desvinculación o la renovación del contrato, para que desarrolle un objeto contractual que ofrezca condiciones similares al del ejecutado anteriormente.
- Decretar una indemnización de 180 días del salario (artículo 26 de la Ley 361 de 1997).

Respecto a los contratos de prestación de servicio (OPS), que son un tipo de vinculación, el Alto Tribunal señaló que un contratante vulnera los mencionados derechos fundamentales de un contratista, si termina dicha prestación de servicios cuando este se encuentra en situación de debilidad por su estado de salud o en condición de

discapacidad, sin obtener también la autorización previa de la Cartera del Trabajo y sin desvirtuar la presunción de desvinculación discriminatoria. En ese punto, el juez deberá conceder el amparo solicitado y:

- Declarar la ineficacia de la terminación de la relación contractual, con la consiguiente causación del derecho del demandante a recibir las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo que faltare por cumplir el periodo inicialmente pactado o por ejecutarse la labor contratada.
- Ordenar la renovación del contrato de prestación de servicios con condiciones análogas a las que tenía al momento de dársele por terminado el último de los contratos.
- Decretar el pago de una indemnización, equivalente a 180 días de remuneración.

Todo esto quiere decir que se requiere de una intervención activa por parte del Estado para que estas personas puedan superar esa posición y disfrutar de sus derechos de la misma manera en que lo hacen otros ciudadanos. La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL-157792016 (51355) (Magistrado ponente: Fernando Castillo), de noviembre 2 de 2016, reitera sobre el tema que, aunque en los “procesos de reestructuración de las entidades públicas la administración está en la obligación de obrar con la mayor diligencia, con miras a salvaguardar al máximo los derechos e intereses legítimos de los trabajadores, en especial de aquellos que gozan de protección laboral reforzada (fuero circunstancial), esta obligación no es absoluta”. En efecto, el Alto Tribunal hizo ver que, una vez extinguida jurídicamente la entidad, la protección conferida no encuentra un fundamento jurídico para ser aplicada. Lo anterior teniendo en cuenta que el ente que debería ser obligado se ha extinguido o está extinguiéndose, lo que constituye un impedimento para restablecer el contrato de trabajo. Así las cosas, se recordó que la jurisprudencia de la corporación ha venido proclamando la imposibilidad física y jurídica de reintegrar a un trabajador en los eventos en que se está en presencia de la liquidación de una empresa estatal, y como un hecho sobreviniente estando el proceso en curso.

Pero es de vital importancia aclarar que la no renovación del contrato de trabajo es una terminación legal de este y, en ese sentido, se debe agotar el debido proceso reconociendo y pagando los derechos adquiridos en su totalidad.

Principio de la primacía de la realidad

El principio de la primacía de la realidad tiene que ver con la preponderancia de la situación real sobre lo formal, que opera en el derecho del trabajo. Hay que tener en cuenta que son, justamente, las situaciones reales las que crean derechos, y el escrito solo es un instrumento para forjar la realidad. El verdadero objetivo del papel es dejar constancia de un hecho concreto; esta es la razón de ser de los negocios jurídicos y más concretamente de un contrato de trabajo o de una relación laboral, cuando se plasman en un documento.

La Corte Constitucional, en su sentencia C-023, ha manifestado con respecto a este principio:

El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. (1994)

Se podría evidenciar, por ejemplo, que se celebra un contrato administrativo o una orden de prestación de servicios (OPS) con el Estado, en los que se plasma, en el documento escrito, la ausencia de continuada subordinación o dependencia; todo bajo el rigor del estatuto de contratación administrativa. Y, sin embargo, bajo el principio citado anteriormente, podría demostrarse que con el tiempo existe una continua subordinación, obediencia o sumisión; se está frente a una vinculación o contrato realidad.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en la sentencia 20001233100020110014201 (013113), de abril 9 de 2014 (Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero), ha dicho que si bien el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un *contrato realidad* se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación

laboral, el interesado debe pedir su reconocimiento en un término que no exceda el de la prescripción de sus derechos laborales, es decir, en los tres años siguientes. De lo contrario, advirtió la Corporación, puede perderse tanto la oportunidad del reclamo como el derecho al pago de las prestaciones derivadas de ese reconocimiento. De acuerdo con la jurisprudencia del Alto Tribunal, el término se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que, en el *contrato de prestación de servicios* (OPS), el derecho surge desde que la sentencia lo constituye a favor del contratista, pues antes del fallo que declara la primacía de la realidad no existe ningún derecho y es imposible predicar la prescripción.

En el mismo orden, las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), a pesar de estar prohibidas, vienen siendo utilizadas por muchas entidades, como las Empresas Sociales del Estado (ESE) —que obligan a los profesionales, técnicos o tecnólogos a constituirse en cooperativas de enfermeras, anestesiólogos, internistas, médicos generales, trabajadores sociales, abogados, contadores, administradores, ingenieros— para formalizar una contratación civil o comercial, con el único fin de eludir el pago de salarios y prestaciones sociales de sus servidores, además de romper con la filosofía del cooperativismo, y desconocer el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 (tercerización laboral Outsourcing) y el Decreto Reglamentario 2798 de 2013 (derogado por el artículo 1 del Decreto 1025 de 2014, que prohíbe contratar personal a través de las CTA, para desarrollar actividades permanentes).

A propósito, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-14302018 (64946) de mayo de 2018, recordó que, aunque la organización del trabajo autogestionario en torno a las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) constituye una importante y legal forma de trabajo paralela a los vínculos subordinados, dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada. Justamente, reprochó la aplicación de esta figura cuando lo que se pretende es evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales, legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia

fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica.

Para la Sala, esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos. Con estos argumentos, la Corporación sustentó su decisión de no casar la sentencia que declaró la existencia de un contrato de trabajo indefinido, sin solución de continuidad, entre el demandante y una entidad promotora de salud (EPS), que acudió a convenios cooperativos para camuflar una verdadera relación laboral. En efecto, hizo ver que la relación real entre el cooperado y la beneficiaria del servicio era de “corte laboral”, pues el asociado no trabajaba directamente en su cooperativa, sino para un tercero del que recibía órdenes y cumplía horarios (Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas).

Sobre el tema, la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-426 de 2009, hace una profunda diferencia, a propósito de los trabajadores, entre contrato de prestación de servicio (CPS) y contrato de trabajo.

Para precisar y aclarar el alcance del artículo 63 de la Ley 1429 del 2010, en lo referente a la contratación de personal a través de otras modalidades de vinculación, el Gobierno expidió el Decreto 0583 de abril 8 de 2016, que define una serie de conceptos como simple intermediario, trabajadores en misión y tercerización laboral.

Se precisa que la tercerización es ilegal cuando en una institución o empresa pública o privada coincidan dos elementos:

- Se vincule personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes, a través de un proveedor (instituciones, empresas, personas naturales o jurídicas u otras modalidades contractuales, sociales o cooperativas, públicas o privadas).
- Se vinculen personas de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

De igual manera, el decreto define nueve elementos indicativos de que la intermediación es ilegal:

1. Que se contrató al proveedor para hacer las mismas o sustancialmente las mismas labores que se realizaban para el beneficiario, y los trabajadores no fueron expresamente informados por escrito.

2. Que el proveedor no tenga capacidad financiera acorde con el servicio u obra que contrata.

3. Que el proveedor no tenga capacidad, de carácter administrativo o financiero, para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores.

4. Que el proveedor no tenga la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que le sean contratados.

5. Que el proveedor no imparta las instrucciones de tiempo, modo y lugar para la ejecución de la labor de sus trabajadores, o no ejerza frente a ellos la potestad reglamentaria y disciplinaria, sin perjuicio de otras actividades de coordinación que sean necesarias por parte del beneficiario para el adecuado desarrollo del objeto del contrato.

6. Que el proveedor no realice el pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales oportunamente o no cumpla con las obligaciones en materia de seguridad social.

7. Que el beneficiario fraccione o divida, mediante uno o más proveedores, a trabajadores afiliados a un sindicato inscrito o a trabajadores que hayan realizado la asamblea de constitución o la reunión inicial de constitución de un sindicato.

8. Que a los trabajadores que trabajaban para el beneficiario no se les otorguen por parte del proveedor iguales derechos a los que tenían cuando estaban contratados directamente por el beneficiario para el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades.

9. Que el beneficiario y el proveedor incurran en conductas violatorias de las normas laborales vigentes en la celebración o ejecución de la figura que los une.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia 11001032500020160048500 (22182016), de julio 6 de 2017 (Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra), dispuso declarar la nulidad parcial del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto Único

Reglamentario (RUT 1072 de 2015), con relación a sus numerales 4 y 6, y levantó la medida cautelar. El numeral 4 revelaba lo que debe entenderse por beneficiario y proveedor de bienes o servicios y el numeral 6 puntualizaba el término de tercerización laboral y reglamentaba sus límites legales.

Para la Corporación, los numerales demandados desbordan materialmente el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, de formalización y generación de empleo, puesto que esta norma hace referencia a la prohibición de contratar personal a través de cooperativas de trabajo asociado o bajo alguna otra forma de vinculación de intermediación laboral para desarrollar actividades misionales permanentes y las disposiciones atacadas del DUR 1072 de 2015; se establecen aspectos relacionados con la tercerización laboral, dentro de la cual ubica todos los mecanismos legales de intermediación laboral, aspectos que no están comprendidos en la referida ley. Es evidente que el Gobierno, bajo la excusa de desarrollar el artículo 63 referido, excedió los límites materiales que esta le impuso en su contenido, toda vez que no tenía las facultades legales para extender la figura de intermediación laboral a otras modalidades de contratación.

Así las cosas, luego de proferido el auto que decretó la suspensión provisional de los efectos de los numerales 4 y 6 del artículo 2.2.3.2.1, del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo (DUR 1072 de 2015), adicionado por el Decreto 583 del 2016, la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió de fondo el asunto por medio de la sentencia referida y proferida en julio del año pasado. Esta providencia declaró la nulidad parcial del artículo citado del DUR 1072, con relación a sus numerales 4 y 6. Revisada la sentencia, el Ministerio del Trabajo evidenció que los contenidos normativos que fueron objeto de nulidad constituyen elementos fundamentales para la aplicación de las disposiciones, incluidas en el Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072, por lo que, con el fin de brindar seguridad jurídica al respecto, considera procedente derogar específicamente el Decreto 583 y suprimir el aparte mencionado del Decreto Único Reglamentario, y expide el Decreto 683 de abril 18 de 2018. Es importante mencionar

que el numeral 4 revelaba lo que debe entenderse por beneficiario y proveedor de bienes o servicios y el numeral 6 puntualizaba el término de tercerización laboral y reglamentaba sus límites legales.

Por otra parte, el Ministerio de Trabajo indica que a quienes incurran en dichas prácticas se les impondrán, a través de las direcciones territoriales de aquel, sanciones consistentes en multas hasta de 5.000 salarios mínimos —según lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 y en el artículo 7 de la Ley 1610 del 2013—, de acuerdo con el número total de trabajadores con base en los parámetros señalados en el artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 12 de la Ley 1610 del 2013 y en el artículo 2.2.8.1.49 del Decreto 1072 del 2015, único reglamentario del sector.

Actualmente, ante la declaratoria de ilegalidad de esta modalidad, aparece la figura de los *contratos sindicales* con el firme propósito de continuar perpetuando la tercerización laboral, hoy plasmada en los artículos 482 a 484 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto Reglamentario 1429 de 2010. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante el auto 11001032500020160048500 (22182016) de marzo 15 de 2017, suspendió provisionalmente la norma anterior, que reglamentó los límites legales de la tercerización laboral y, así mismo, dejó sin efectos, de manera transitoria, las disposiciones que indican lo que debe entenderse por beneficiarios y proveedores de servicios, que pueden ser ofertados por modalidades de contratación distintas a la directa. Con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra, la Sección Segunda consideró cómo el Gobierno Nacional desbordó su facultad reglamentaria, al expedir estas disposiciones, y desconoce que los trabajadores tercerizados deben beneficiarse del precedente sobre madres comunitarias.

Vale la pena decir que los apartes demandados (numerales 4 y 6 del artículo 2.2.3.2.1. del Único Reglamentario del Sector Trabajo, No 1072 del 2015) reglamentaban una norma que prohíbe que las actividades misionales y permanentes sean contratadas a través de cooperativas de trabajo asociado u otras modalidades de intermediación laboral (artículo 63 de la Ley 1429 de 2010). Con

ese objetivo, el Gobierno fijó quiénes pueden intervenir en contrataciones de naturaleza distinta a la directa y, por ende, estableció los límites legales de la tercerización laboral, en el artículo 1 del Decreto 583 del 2016 (vigilancia y control sobre la tercerización laboral). Este principio se ha destinado en precedentes jurisprudenciales para combatir los fraudes en materia laboral, que vinculaban empleados oficiales con contratos administrativos, civiles, comerciales o mercantiles que, en realidad, tienen características y aspectos de una vinculación laboral. Como ya se ha venido manifestando, se trata de una deslaboralización.

A propósito, la Corte Constitucional ha establecido, tanto jurisprudencialmente como a nivel contencioso administrativo, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas tiene plena operatividad en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios (OPS) para esconder una relación laboral, bien sea frente a particulares o sea frente el Estado, cuando se prueba el cumplimiento de una prestación personal, continuada, subordinada y remunerada de un servicio. La postura se desarrolla a partir del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, que dispone el reconocimiento inmediato del vínculo laboral cuando se cumplen los elementos esenciales del contrato de trabajo antes mencionados. En relación con los contratos de prestación de servicios (OPS), celebrados entre un particular y la administración, la sentencia recordó la posición adoptada por el Consejo de Estado, como máximo órgano de lo laboral contencioso administrativo, que avala el reconocimiento de vínculos laborales cuando se demuestra que el contratista ha desarrollado sus labores con el cumplimiento de los elementos que configuran una relación laboral.

A propósito, es menester definir qué es un contrato realidad: aquel que, teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral, en la que se establece el primado de la sustancia sobre la forma. Es importante aclarar que la declaración de este contrato, sin embargo, no lleva a conceder calidad de servidor público. En una sentencia, el Consejo de Estado reiteró que cuando se declare la existencia

de una relación laboral entre un particular y una entidad pública, bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, este reconocimiento no tiene como consecuencia necesaria la adquisición de la calidad de servidor público.

Adicionalmente, y como ha insistido en múltiples oportunidades el Contencioso Administrativo, para que se configure la relación laboral, se deben probar los elementos esenciales de esta, que son:

1. Que la actividad en la entidad haya sido personal.
2. Según la labor realizada, que haya recibido una remuneración o pago.
3. Debe sustentarse y probarse que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerles reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales mencionadas, tanto el Consejo de Estado como el Alto Tribunal aclararon en la sentencia 66001233100020110029301 (18282013), del 11 de noviembre de 2015 (Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra), que le corresponde a la parte actora comprobar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, requisito establecido por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional, en la sentencia T-480 de 2016 que contó con la ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos, en la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, explicó cómo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo de 106 demandantes, por la negativa de que se pagaran los aportes parafiscales pensionales durante un lapso prolongado, así como el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, con respecto

a la forma de vinculación de las madres al programa Hogares Sustitutos Comunitarios del ICBF, que formalizó contratos de trabajo a término fijo de un año con Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA). Se desconoce el artículo 25 de la Constitución, pues el trabajo goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, que se predica no solamente de la actividad laboral subordinada, regulada en el Código Sustantivo del Trabajo (CST), sino que aplica también a otras modalidades, entre las cuales se cuentan aquellas en las que el individuo trabaja de manera independiente, puesto que, más que al trabajo como actividad abstracta, se protege al trabajador y a su dignidad.

Todo esto se reivindicó, porque se reconocieron las labores de las madres comunitarias, que dichas accionantes desempeñaron, desde el 29 de diciembre de 1988, o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al programa Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB), hasta el 31 de enero del 2014 o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa.

Sin distingo de la modalidad laboral, la Corte ha sostenido:

el mandato constitucional de brindar especial protección al trabajo implica dos tipos de responsabilidades para el Estado. Por un lado, el deber de promover las condiciones que permitan a todas las personas que lo requieran acceder a un trabajo para generar los ingresos necesarios y, por otro, velar porque el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad, particularmente cuando se realiza bajo subordinación y dependencia, dado que, en ese escenario, se presenta una contraposición de intereses, dentro de la cual el trabajador es el extremo más débil.

Con este proceder, los empleadores particulares u oficiales desconocen los derechos y beneficios derivados de la relación de trabajo, otorgando a los vínculos la apariencia de un contrato civil, comercial o de otra índole. Para la OIT:

disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley o evadir impuestos o las obligaciones

de la seguridad social. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta. (Recomendación 198, 2016).

El Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 68001233300020120039901 (13332014) del 17 de noviembre de 2016, recordó con relación a las OPS que la realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la carta política. De igual forma destacó que se denomina contrato de realidad a aquel que, teniendo apariencia distinta dentro de sus contenidos materiales, evidencia una verdadera relación laboral. En virtud de ello, y luego de recordar los tres elementos esenciales para demostrar una relación laboral, aseguró que ejercer funciones que son inherentes y que hacen parte del rol misional de la entidad, para la cual el trabajador presta sus servicios, hace evidente que se trata del cumplimiento de funciones propias de la empresa, que implican subordinación; en tal caso, el trabajador no puede ser contratado mediante la modalidad de prestación de servicios.

Algo similar ha manifestado también el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, sentencia 20001233300020120021901 (42672014) de marzo 16 de 2017, respecto al contratista que pretende demostrar relación laboral y debe desvirtuar la naturaleza del contrato estatal. Los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad, sino que representan un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Precisó, además, que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contempló una presunción que admite prueba en contrario (*iuris tantum*), al establecer que en ningún caso estos contratos de prestación de servicios generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales. En ese sentido, indicó que las presunciones generan una de dos situaciones: por un lado, que quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario y, por otro, que quien alega la presunción le niega a su adversario por entero la facultad de acudir a

prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

A pesar de lo anterior, el Alto Tribunal indicó que la presunción del artículo indicado de la Ley 80 de 1993, al no tener el carácter de pleno derecho (*iuris et de iure*), puede ser controvertida y desvirtuada.

En materia de presunción de legalidad, dice el Consejo de Estado de acuerdo con el artículo 88 de la Ley 1437 del 2011, el fallo advirtió que el acto administrativo, por medio del cual se desata la reclamación prestacional pretendida por el actor, está revestido de la presunción de legalidad, la cual necesariamente deberá ser desvirtuada por la parte interesada.

Con todo, la corporación concluyó que si el contratista recurre a la jurisdicción está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, pues es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral. En otras palabras, el contratista que pretenda desvirtuar la presunción que recae sobre los contratos de prestación de servicios, que ejecutó en favor de la administración y sobre los cuales considera que lo desarrollado fue una verdadera relación de trabajo, tiene que ejercer una ardua labor probatoria a fin de demostrar la existencia de los elementos configurativos de la relación laboral, enervando los efectos de la presunción legal que afecta la relación contractual primigenia (C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez).

Igualmente, la Corte Constitucional, en la sentencia T-723 de diciembre 16 de 2016, reprocha a las entidades estatales por el abuso del contrato de prestación de servicios (OPS). En ese contexto, recordó que solo existe una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos:

- Cuando se acuerde la prestación de servicios (OPS) relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública.
- Cuando no se pacte subordinación, porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada.
- Cuando se acuerde un valor por honorarios prestados.

- Cuando la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados, es decir, cuando la entidad pública requiera adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en la sentencia 6300133300020140013901 (17712015) del 19 de Julio de 2017 (con Ponencia de Sandra Lisseth Ibarra Vélez), define, con respecto al tema de los contratos de prestación de servicios estatales (OPS), contenido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, una presunción *iuris tantum*, que permite establecer que en ningún caso estos generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales. Por lo anterior, al no tener esta presunción el carácter de pleno derecho, puede ser controvertido y desvirtuado, de manera que quien pretenda la declaratoria de una relación, que surja de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio de primacía de la realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, tiene el deber de probar. Así, requiere una demostración de forma incontrovertible, además de la actividad personal y la remuneración, que pruebe que, en la relación con el empleador, existió subordinación o dependencia.

Un ejemplo de esto se puede exponer con el caso de una trabajadora que se desempeñó en misión, como auxiliar de enfermería, en una ESE de Armenia, mediante un contrato de prestación de servicios, desde enero del 2000 hasta diciembre del 2003. A partir de dicha fecha y hasta septiembre del 2011, la trabajadora prestó sus servicios a la misma entidad de forma discontinua, a través de múltiples empresas tercerizadoras. Aquella anotó que llevó a cabo sus labores de forma personal, cumpliendo el horario fijado por la ESE, conforme a los turnos mensuales y, además, acató las órdenes y directrices impartidas por sus superiores. De acuerdo con esto, la auxiliar recibió a cambio la remuneración respectiva, pues se ordenó a la accionada reconocer tanto la relación laboral como los emolumentos dejados de percibir.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia 63001233300020130015601 (42352015) del 17 de octubre de 2017, precisó que

cuando se pretenda acreditar un contrato laboral encubierto, mediante la figura de prestación de servicios, al peticionario le corresponde desvirtuar dos presunciones de orden legal: la primera está consagrada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sobre los contratos estatales, y la segunda trata del acto administrativo de nombramiento en el respectivo cargo. En ese orden, la carga de la prueba depende del actor, quien deberá demostrar que se configuran los elementos de la relación laboral, definidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por lo tanto, el contratista que alega la existencia del contrato realidad debe acreditar: actividad personal como trabajador, subordinación continuada y dependencia, y remuneración. El cumplimiento de estas tres características permite exigir el derecho al pago de las respectivas prestaciones sociales, pues es lícito aplicar, en este caso, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, en virtud del artículo 53 de la Constitución (Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez). Además, el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, sentencia 68001233300020130060301 (20972014) de Octubre 31 de 2017 (Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter), recuerda cómo el contrato de prestación de servicios (OPS) se convierte en un contrato realidad cuando se comprueban estos tres mismos elementos constitutivos de una relación laboral. Después de ello, se puede exigir el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades. En realidad, el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural, con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o con el funcionamiento de la entidad o para desarrollar labores especializadas, que no puede asumir el personal de planta, sin que en ningún caso se admita subordinación o dependencia.

Así, es el elemento de subordinación o dependencia el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista

independiente. De este modo, la entidad no está facultada para exigir al contratista algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato.

Sin embargo, por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado, bajo la modalidad de prestación de servicios, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, pues para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

Principio de irrenunciabilidad de derechos laborales

Este principio de irrenunciabilidad también ha sido considerado por Podetti (2010), citando a Pla Rodríguez, así: “el principio de indisponibilidad resulta de la restricción dispositiva individual del trabajador, y que como irrenunciabilidad consiste en la ineficacia de un acto de voluntad suyo para hacer ‘abandono de un derecho reconocido a su favor’” (p. 55). Por otro lado, López Fajardo (2006) lo define como un principio que “consiste en que el trabajador no puede renunciar a prestaciones de servicios, ni a ningún derecho laboral. Renunciar equivale a un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor” (p. 95).

El principio nos muestra la irrenunciabilidad como un derecho adquirido e inmodificable, de todo servidor público, a ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, tales como salario, descansos, prestaciones sociales, seguridad social; en suma, derechos ligados íntimamente con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad.

Con respecto a este principio nuestro ordenamiento jurídico contempla tres excepciones:

La prescripción: cuando un servidor público es desvinculado, se retira, dispone de tres años para cobrar las prestaciones sociales. Transcurrido este tiempo pierde el derecho a reclamarlas. La prescripción trienal de los derechos que emanan de leyes sociales, prevista en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, también se aplica a los empleados públicos, recordó la Sala Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-4110 (41279) del 4 de febrero de 2014. Aunque el régimen laboral de estos servidores está contenido en estatutos propios, ese tipo de leyes abarcan asuntos laborales sin importar el estatus de trabajador oficial o de empleado público. Según la sentencia:

La prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales.

El Alto Tribunal aclaró que una cosa es que los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas puedan demandarse en cualquier tiempo y otra que, por la inacción del aparato jurisdiccional, se configure el fenómeno de la prescripción de los factores salariales que debían integrar la base de liquidación de la pensión. En el caso analizado, concluyó que la acción procedente para lograr la reliquidación pensional, cuando se pretenda la inclusión de factores salariales, prescribe en tres años, a partir del momento en que se efectúa su reconocimiento.

Por otro lado, es de vital importancia diferenciar entre prescripción y caducidad. La Sección Segunda del Consejo de Estado, dice a propósito de la caducidad:

es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado.

En cambio, según el concepto de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia referida, SL-4110 (41279) del 4 de febrero de 2014, la prescripción:

es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, de acuerdo con las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

En suma, estas instituciones jurídicas tienen una marcada diferenciación que el máximo tribunal reiteró al precisar que la prescripción es aquella en virtud de la cual se adquieren o se extinguen derechos, mientras que la figura de la caducidad se relaciona con la oportunidad de acudir a la jurisdicción competente para instaurar la correspondiente acción legal, según sea el caso.

La transacción: cuando se negocian derechos inciertos y discutibles, como el caso de una indemnización, la obligación se extingue si se produce esta. Son las partes las que ponen fin a la controversia. De ahí que la solución sea a través de una concreta negociación entre las partes (*autocomposición*), cuyos efectos son los mismos de la decisión de un juez.

La conciliación: es un acuerdo sobre derechos ciertos, adquiridos e indiscutibles. En el caso del pago de salarios y prestaciones sociales, con la conciliación se pacta, entre otras, la forma de pago, el valor real y la fecha. Además, la solución depende de la intervención de un tercero mediante un procedimiento extrajudicial o judicial como medio heterocompositivo.

Por otra parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia 25000232500020090038002 (15402014) del 09 de diciembre de 2015 (Magistrado ponente: Pedro Alfonso Hernández), precisó que, independientemente de cuál sea la situación, categoría o estatus de un trabajador público o privado, está prohibido por norma constitucional renunciar a los derechos adquiridos o transar o conciliar los derechos ciertos e indiscutibles.

Del mismo modo, indicó que la jurisprudencia constitucional, laboral y contenciosa ha sido uniforme al definir tal prohibición sobre los derechos laborales, por lo que cualquier negocio efectuado sobre los derechos ciertos e irrenunciables resulta ineficaz de pleno derecho.

Además, el Alto Tribunal recordó que las acciones que provengan de los derechos laborales adquiridos o de las prestaciones sociales prescriben a los tres años, contados desde que la obligación se hizo exigible, por lo que cualquier escrito de reclamo ante la autoridad competente interrumpe la prescripción por un lapso igual; se trata de una

especie de estabilidad laboral reforzada para empleados provisionales.

Por otro lado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-14072018 (52162) de abril 18 de 2018, recordó que “puede ordenarse judicialmente la nulidad de un acta de conciliación cuando se afecte cualquiera de los elementos de un contrato”, es decir, cuando se actúa sin capacidad o voluntad o cuando la referida actuación verse sobre un objeto o causa ilícita. Lo anterior “salvo cuando se trate de la revisión del reconocimiento de sumas periódicas o de pensiones” de cualquier naturaleza, impuestas al tesoro público o a un fondo de naturaleza pública. Además, aclaró que en estas situaciones el mecanismo apto para la enervación de las transacciones o conciliaciones judiciales o extrajudiciales es la revisión contemplada en el artículo 20 de la Ley 797 del 2003.

Si la parte que firmó el acuerdo considera que en el contenido de la conciliación existe un vicio del consentimiento, un objeto o una causa ilícitos, con las salvedades anotadas, o una violación de derechos ciertos e indiscutibles, podrá acudir ante la jurisdicción mediante un proceso ordinario de competencia del juez laboral, según las reglas que fija el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Igualmente se explicó que otra cosa diferente es buscar la revisión de una suma periódica o pensión de cualquier naturaleza que está cubriendo el Estado a cargo del Tesoro Público o de un fondo de naturaleza pública, obligación que surgió de una decisión judicial o de un acuerdo conciliatorio o de transacción entre las partes.

En este caso, la providencia indicó que la vía procesal adecuada es la acción de revisión, prevista en el artículo 20 de la Ley 797 del 2003, que reformó algunas disposiciones del sistema general de pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993 y adoptó disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales (Magistrado ponente: Gerardo Botero).

Principio del *in dubio pro-operario* o situación más favorable

El principio *in dubio pro-operario* (“la duda favorece al servidor”) es definido, por el profesor López

(2006), como un criterio según el cual, en caso de que una norma pueda entenderse de varias maneras, debe preferirse la interpretación más favorable para el trabajador (p. 90). Se trata de una norma laboral que da pie a diferentes lecturas. Planteemos un ejemplo hipotético: se obliga al conductor de una entidad oficial a realizar actividades diferentes a la naturaleza de sus funciones o a las propias del cargo, como recoger a la señora del gerente, del director o del secretario de despacho en la peluquería; después trasladarla al supermercado para que pueda hacer la remesa familiar; dejarla en la residencia, y posteriormente presentarse a la dependencia. En este caso, se presentaría un carácter “tuitivo”, porque se guarda, ampara y defiende al servidor.

Con el argumento de acoger lo contemplado en la cláusula del manual de funciones (en el caso de los empleados) o en el reglamento interno de trabajo (para los trabajadores), cuando se cumplen las labores asignadas por el superior inmediato, no se puede desconocer que hoy día los precitados instrumentos precisan por vía jurisprudencial y legal que estas deben estar ligadas a las actividades o naturaleza propias del empleo o cargo. El conductor del ejemplo podría estar frente a un posible proceso disciplinario por no acatar la orden. Sin embargo, amparado en este principio, la duda lo favorecerá y no podría ser sancionado, puesto que ha sido vinculado exclusivamente como conductor del despacho.

Este principio no aplica frente a la prueba por tratarse de un debate jurídico en el interior de la entidad estatal. En otras palabras, su aplicación se circunscribe a las normas jurídicas y no frente a lo estimado en la valoración como resultado de los medios probatorios, tal como lo ha expresado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 44753 de diciembre 4 de 2013. Cuando la duda obliga al juez del trabajo a acoger la interpretación más favorable es cuando esta encuentra al menos dos disposiciones, cuyo lógico entendimiento hace posible su aplicación al caso concreto, pero no en los eventos de incertidumbre del análisis probatorio.

Principio de la favorabilidad

El principio de favorabilidad, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, tiene una gran importancia, como lo manifiestan las palabras del profesor López (2006):

Esta regla de la norma más favorable se explica con la facultad que tiene el juez del trabajo para resolver los casos de conflicto o choque entre dos o más disposiciones legales o contractuales, mediante la aplicación de aquella que más favorezca y proteja el interés del trabajador, independientemente de su origen, naturaleza o rango jerárquico”. (p. 93)

Gracias a este principio es posible determinar cuál norma aplicar de aquellas que regulan un mismo tema. Por ejemplo, cuando estamos en presencia de tres reglas sobre un mismo asunto —derecho a vacaciones, los treinta días por año contemplados por la convención colectiva, el contrato de trabajo veinte días por año y el Código Sustantivo del Trabajo quince días por año—, se aplicará la más favorable, la convención, y en su totalidad, atendiendo la exigencia del *principio de la inescindibilidad*. También es llamado por algunos autores como el *principio de jerarquía normativa*.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia SU 241 de abril 30 de 2015 (Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz), sostiene que “la favorabilidad debe ser guía de interpretación y entendimiento de las convenciones colectivas y la única opción hermenéutica posible es aquella que favorezca al trabajador”; esto luego de advertir que la falta de unificación jurisprudencial, por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a la posición que deben tomar los operadores jurídicos que deciden controversias surgidas por las múltiples interpretaciones jurídicas que pueden derivar de una convención colectiva, vulnera la seguridad jurídica. Según el Alto Tribunal, el artículo 53 ordena a los jueces a optar por la interpretación más favorable al trabajador; de esa forma, el principio opera no solo cuando se presenta un conflicto entre normas, sino también cuando existe una disposición que admite varias interpretaciones.

Para la corporación, las convenciones colectivas son normas y, por tanto, en su interpretación

resulta aplicable el principio de favorabilidad. La Corte, respecto del alcance de este precepto, ha sostenido en antecedentes jurisprudenciales que la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales llega a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es posible hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Por eso, reprochó aquellas decisiones que, con idénticas situaciones de hecho, han obtenido, por parte de la justicia laboral, resoluciones disímiles cuando provienen de la interpretación de normas convencionales. Con todo, concluyó que se configura una vía de hecho cuando las autoridades judiciales niegan beneficios convencionales a los trabajadores, al dar sentido a las convenciones colectivas de trabajo como pruebas y no como normas susceptibles de ser interpretadas con base en el principio de favorabilidad.

Sin embargo, esa favorabilidad no se presenta cuando se dirimen los asuntos laborales en la jurisdicción contencioso-administrativa. Por estar, como lo refiere Vergara (2015), en nota, tales decisiones “se han fundamentado exclusivamente en los principios de legalidad y jerarquía normativa, sin tener en cuenta principios laborales pertinentes para el problema objeto de solución, como el de favorabilidad” (p. 465).

Principio de la condición más benéfica

El principio de condición más benéfica también es conocido como el *principio del no menoscabo de los derechos*. Este tiene que ver con la protección de la situación jurídica del servidor público, cuando hay cambio de normatividad o, mejor, cuando aparece una nueva legislación. En ese caso, esta tendrá efecto si no afecta la situación del empleado oficial, tal como lo explica el profesor Gnecco (1993):

Trata de regular la situación en la cual queda colocado el trabajador cuando se presenta un cambio de normatividad; esto es, cuando sobreviene situación de sucesión normativa [...], cuando un precepto es reemplazado por otro de índole similar que regule los mismos aspectos”. (p. 92)

En el mismo sentido, el tratadista López (2006) expresa, a propósito de la condición más benéfica, que esta “supone la existencia de una situación jurídica concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador, en relación con la nueva norma que ha de aplicarse” (p. 93). Aún más, si la nueva norma afecta la situación del servidor público se aplicará la anterior, aunque sea derogada.

El tratadista Uruguayo Pla Rodríguez (1978) explica el fin de la norma laboral en la siguiente forma:

Cada norma establece un mínimo de protección. En consecuencia, cada norma sirve para mejorar, pero no para empeorar tal situación del trabajador, ya que si el trabajador en algún aspecto disfruta de un nivel superior al que quiere brindarle la norma (nueva), ésta resulta inoperante, no roza la situación del trabajador (p. 62)

A manera de ejemplo, está la reforma pensional contemplada en el acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la Constitución, y amplía los requisitos para adquirir el derecho a la pensión; además, prohíbe establecer en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o actos jurídico condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones. Se desconoce, de hecho, este principio de la condición más benéfica y el régimen de transición, al desmejorar las posibilidades de pensión, aumentando la edad y las semanas de cotización mínimas de los futuros pensionados.

Todas las afrentas desconocen las normas ligadas al derecho internacional de los derechos humanos como el *pacta sunt servanda*, que traduce “lo pactado obliga”; esto supone que toda convención o acuerdo debe ser fielmente cumplido por las partes, de acuerdo con lo pactado de buena fe. También está el *principio pro homine*, como parte de la categoría de los derechos humanos, que son prerrogativas o potestades otorgadas a todo sujeto que tenga la condición de persona física o de ser humano, a fin de que se desarrolle plenamente en sociedad. En cuanto regla de interpretación, Henderson sugiere (2004) que el juzgador, entre varias normas concurrentes, debe seleccionar y elegir la

que proteja y mejore favorablemente aquellas normas relacionadas con los derechos humanos. Esto estaría vinculado, de forma estrecha, con una concepción evolutiva de la interpretación, que unida a la comprensión de los fenómenos sociales proporcionaría una protección efectiva (Núñez, 2017). Por último, está el *jus cogens*, que hace referencia a aquellas normas de derecho imperativas o perentorias que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario a este será declarado como nulo.

Principio de igualdad de oportunidades

El principio de igualdad de oportunidades, como lo ha venido expresando la Corte Constitucional, es de carácter objetivo y no formal. Este “se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales” (Corte Constitucional, sentencias C-006 de 1992 y T-230 de 1994). Por su parte, el artículo 13 de la Constitución Política, en su primer inciso, establece:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Esto aplica también en el caso de participar en la vida política del país, eligiendo o siendo elegido; además, para desempeñarse como trabajador oficial, aspirar a cargos públicos de carrera, de libre nombramiento, de periodo fijo; todo esto siempre y cuando se cumpla con los requisitos mínimos que le permitirán actuar en igualdad.

El principio de igualdad de oportunidades como derecho social, económico y cultural exige el reconocimiento de la conformante atribución del patrimonio jurídico de una persona, que proviene del derecho subjetivo del trato igualitario, como medida que debe adoptar el Estado para la erradicación de la exclusión social.

Principio de la remuneración

El principio de la remuneración es el derecho de los servidores públicos a una retribución mínima,

vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. *Mínimo* significa, en este caso, la menor remuneración que puede recibir el servidor público. El salario mínimo básico en Colombia es establecido por el Consejo Nacional Laboral, a través de consenso; en caso de que no haya, el Gobierno, por medio de decreto que regirá por el término que en él se indique, puede fijar dicho salario. Por su parte, el término *vital* hace referencia a que la naturaleza de la retribución debe asegurar al empleado o trabajador la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es: alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte, esparcimiento y vacaciones. Finalmente, la *movilidad* implica que la retribución debe ajustarse periódicamente, de acuerdo con las variaciones del costo de vida.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL-122202017 (44416) del 8 de febrero de 2017, recordó, acorde con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que salario es todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, independientemente de la forma o denominación que se adopte. Así mismo, enfatizó en que no importa la figura jurídica o contractual utilizada: si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá carácter salarial, conforme al principio de la primacía de la realidad, establecido en el artículo 53 de la Constitución Política. Por otro lado, explicó que no es válido para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, toda vez que “la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario deje de serlo”. En tal evento, se traduce en ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual que hayan pactado y niegue el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es (Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo).

Principio de derecho de asociación

Los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales) gozan del derecho de asociación

sindical y, en consecuencia, del derecho constitucional de la negociación colectiva. Con relación al derecho de asociación sindical, el artículo 39 de la Constitución nacional reza: “los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado”.

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 3, nos recuerda que este regula las relaciones de derecho colectivo de los trabajadores oficiales y, por extensión, de los empleados públicos. Así mismo, el artículo 1 de la Ley 584 de 2000, que modifica el artículo 353 y está junto al 414 del citado, desarrolla el derecho de asociación. La Ley 411 de 1997 y la Ley 524 de 1999, como los Convenios 151 y 154 de la OIT, se refieren a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de servidores públicos y particularmente con los trabajadores oficiales. También son relevantes la sentencia de la Corte Constitucional C-1234 de 2005 y el Decreto 160 de 2014 sobre negociación colectiva de empleados públicos, que deroga el 1092 de 2012, por tener falencias en el procedimiento para adelantar la negociación, en lo relacionado especialmente con las instancias competentes para la discusión del pliego de peticiones, la elección de representantes de los sindicatos en las mesas de negociación y los mecanismos para solucionar las controversias. El Decreto 2264 de 2013, por su parte, reglamenta los artículos 400 del Código Sustantivo del Trabajo y el 68 de la Ley 50 de 1990, referente a las cuotas sindicales legales y estatutarias como derecho de los trabajadores. El Decreto 089 de enero 20 de 2014 reglamenta los numerales 2 y 3 del artículo 374 del Código Sustantivo del Trabajo y alude a la representación sindical en la negociación colectiva.

Principio de la no afectación a la libertad, la dignidad y los derechos

Nuestra Constitución, en los incisos 4 y 5 del artículo 53, contempla que los convenios internacionales del trabajo ratificados hacen parte de la legislación interna (bloque de constitucionalidad laboral). En una disposición similar, la ley, los contratos, los acuerdos, los pactos y los convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la

dignidad humana, ni los derechos de los servidores (entiéndase empleados públicos y trabajadores oficiales).

En ese orden de ideas, el artículo 93 de nuestra carta política consagra el *bloque de constitucionalidad*, respeto a las garantías constitucionales, del siguiente modo: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Además, queda claro que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Los incisos 3 y 4 de la misma norma constitucional fueron adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto queda así:

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

[...]

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”. (2001)

Principio del trabajo como derecho humano fundamental

Los derechos humanos son el conjunto de valores de convivencia, fundamentados en la dignidad humana, la razón y la justicia. Estos le pertenecen a toda persona sin importar su nacionalidad, sexo, raza, condición política o social. Existen, además, los derechos humanos laborales dignos, justos y equitativos de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales, hoy servidores públicos.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1064 de 2001, con una ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y el Dr. Jaime Córdoba Triviño, afirma sobre este principio:

El trabajo es un derecho fundamental, este debe garantizarse con la protección del Estado, debe reglamentarse. El trabajo tiene múltiples formas de expresión dentro del ordenamiento constitucional vigente, pues no es sólo un derecho a través del cual el individuo obtiene recursos que le permiten sufragar sus necesidades básicas, sino que es, además, una obligación social que se traduce en un mecanismo de incorporación de la persona a la colectividad como sujeto que se dignifica a través del aporte que hace al desarrollo de una comunidad así como en un deber que tiene todo trabajador de contribuir solidariamente a la construcción de una sociedad más participativa en términos tanto políticos como económicos y, por esta vía, más democrática y plural. (2001)

Por su parte, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos plantea:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. (ONU, 1948)

La Constitución Política de Colombia, como otra muestra de su contenido garantista y del carácter del derecho humano fundamental del trabajo, consagra en el Título II: “De los derechos, las garantías y los deberes”, Capítulo I: “De los derechos fundamentales”, el artículo 25:

El trabajo como un derecho y una obligación social goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado; asimismo toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. (1991)

En fin, se trata de la obligatoriedad del Estado-empleador a la hora de lograr que a sus servidores públicos se les garanticen sus derechos como subordinados y dependientes.

Trabajo y empleo decentes del servidor público

El concepto de trabajo como denominación genérica abarca tanto a las modalidades formales como informales, así como también a los servidores públicos, término que, además, comprende también al empleado público, que como persona natural establece una relación laboral con un sujeto de derecho público como lo es el Estado.

Así, la denominación trabajo y empleo decente se encuentran en una misma esfera. No obstante, como lo señala la Organización Internacional del Trabajo (2007), las condiciones de empleo pueden tener una variación según el país y la adopción de los diferentes regímenes que los regulan. En ese sentido, la denominación *trabajo decente*, dada en la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1999, se resume en cuatro elementos: el empleo, la protección social, los derechos de los trabajadores y el diálogo social (Ghai, 2003).

Es, entonces, bajo estos presupuestos que las condiciones de empleo, como política, deben ser parte de la estrategia central del Estado, en cuanto es este mismo quien tiene la supervisión y el control, a través de los organismos encargados de dicha tarea. Es clara la relevancia del empleo estable, condición que debe corresponder con un empleo público que garantice la libre concurrencia, en unas condiciones de permanencia capaces de reflejar, en la estabilidad del empleado, la prestación de un servicio público de calidad por la idoneidad en el desempeño de sus funciones y por la experiencia en su trayectoria como servidor público.

Así, el desempeño de un servidor público en el marco de sus funciones y de la responsabilidad en el empleo configura el comportamiento y el compromiso laboral como aporte para lograr las metas trazadas institucionalmente, representando el valor agregado a la dependencia o entidad para la cual presta sus servicios.

A pesar de las garantías laborales para los servidores públicos, solo es posible su realización a la luz de la aplicación efectiva de los principios constitucionales como marco de resguardo para la ejecución práctica del trabajo decente, en condiciones de equidad, libertad, seguridad y dignidad.

La promoción del trabajo decente debe surgir principalmente del mayor empleador: el Estado. No obstante, el desarrollo normativo, a través del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, que contempla, en su artículo 74, la política nacional de trabajo decente en Colombia, puede resultar contradictorio frente a la realidad y el contexto en el que viven los servidores públicos, ya que se ve expuesto a la falta de aplicabilidad de los principios que rigen las relaciones laborales encontradas en el campo del derecho laboral administrativo.

Finalmente, el trabajo y el empleo decente, que no son parte de la principalística constitucional del derecho laboral administrativo, pero sí hacen parte del desarrollo como política dentro del Gobierno, deben ser resultado de la realización de los principios y garantías de derechos de los servidores públicos, ya que estos se encuentran estrechamente vinculados a la hora de alcanzar los propósitos del Estado social de derecho.

Conclusiones

Es necesario, en primer lugar, diferenciar entre derecho administrativo laboral y derecho laboral administrativo, pues no se puede seguir pretendiendo describir nuevamente la estructura administrativa estatal o las funciones de servidores públicos como el presidente, el ministro, el senador, el gobernador, el diputado, el alcalde, el concejal, el gerente, el director, el procurador, el contralor o el magistrado, agentes políticos del Estado, con poder perfectamente desarrollados en el derecho administrativo; el propósito es otro, y debe estar encaminado a desplegar y conocer qué pasa y ha venido pasando con la vinculación laboral de ese equipo humano de empleados públicos y trabajadores oficiales subordinados, que realizan actos materiales de naturaleza técnica o son de carrera, laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas, empresas industriales y comerciales del Estado

y en sociedades de economía mixta; para unos, el vínculo legal y reglamentario es un evidente distintivo frente a los trabajadores oficiales, determinado por un contrato de trabajo. A pesar de ser subordinados es determinante el acceso efectivo de las garantías laborales, tanto individuales como colectivas.

Por otra parte, es inaplazable profundizar en estudios y garantizar, en esta sociedad globalizada, el papel del Estado-empleador, ya que la forma como paulatinamente está deslaborizando las relaciones laborales —aparejando la marginación de los principios mínimos constitucionales laborales fundamentales de sus empleados y trabajadores, al contrastar con figuras procedimentales que se alejan de las garantías establecidas para las relaciones laborales que se entretienen entre particulares y aquel—, no puede seguir. En ese sentido, el debate académico, frente al contexto de las relaciones laborales en el ámbito público, se convierte en un tema de interés, puesto que se enfrenta a las situaciones cambiantes de la globalización y a la participación del Estado en la implementación de modelos económicos, que también representan, en el marco del derecho laboral, ajustes para las vinculaciones de sus empleados, aspecto que se ha abordado de forma limitada como derecho administrativo laboral, articulado al área del público y no como una parte del derecho del trabajo; se trata, pues, de una concepción meramente administrativa y técnica, que desconoce su ámbito laboral dentro del marco de la coordinación económica y el equilibrio social, relacionada con el Estado como mayor empleador, que, desde su esfera pluralista, democrática y garantista, tiene las potestades y el deber para su efectivo desarrollo, de acuerdo con la adopción de tratados y convenios internacionales. Por último, es necesario resaltar que la perspectiva de la categoría de los principios del derecho laboral requiere la conveniencia de zanjar una diferencia con las reglas subyacentes que regulan las relaciones laborales en el sector público, puesto que los principios en inicio deberían exigir un mayor protagonismo interpretativo, por encontrarse dentro de la preceptiva constitucional garante de derechos laborales, que se diluyen al adoptarse regímenes singulares y pormeno-

rizados, circunstanciales y cambiantes, vulnerables a las contradicciones que orientan a una superficialidad y ligera interpretación constitucional, en cuanto representan una abundante compilación reglamentarista en su esencia colmada de particularidades y excepciones, y distante de las dimensiones del Estado social de derecho.

Referencias

Doctrina

- [1] Dharam, G. (2003). Trabajo decente. Concepto e indicadores. *Revista Internacional del Trabajo*, 122(2). Recuperado de <http://ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/ghai.pdf>
- [2] Escuela Superior de Administración Pública (2008). *Régimen del servidor público*. Bogotá: Programa Administración Pública Territorial.
- [3] Gnecco Mendoza, G. (1993). La condición más beneficiosa. *Revista Derecho Social* (63). Colegio de Especializados en el Derecho del Trabajo.
- [4] Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista del IIDH*, 39, 71-99. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>
- [5] Instituciones de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social. (2010). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, CP. 04510, México, D.F.
- [6] López Fajardo, A. (2006). *Elementos de derecho del trabajo* (3.a ed.). Bogotá: Librería Ediciones del profesional.
- [7] Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. (2014). Resolución 02143 de mayo 28 de 2014.
- [8] Nuñez, C. (2017). Una aproximación conceptual al principio pro-persona desde la interpretación y argumentación jurídica. *Materiales de Filosofía del Derecho*, 2. Seminario permanente Gregorio Peces-Barba, Grupo de Investigación, Estado Derecho y Democracia. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10016/24630>
- [9] Organización Internacional del Trabajo. (2016). Recomendación 198. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPEP55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NO-DE:REC,es,R198,%2FDocument

- [10] Plá Rodríguez, A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- [11] Prieto Sanchís, L. (1996). Diez argumentos a propósito de los principios. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174663.pdf>
- [12] Vergara, M., Hernán D. (2015a). ¿Rige el derecho del trabajo en la función pública colombiana? Un estudio desde la Justicia administrativa. *Revista Opinión Jurídica*, 14(27), 175-192. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5197371.pdf>
- [13] ———. (2015b). La regla de favorabilidad laboral y el principio *pro homine* en la función pública colombiana. A propósito del problema del nombramiento provisional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), 453-480. Recuperado de www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v45n123/v45n123a06.pdf
- [14] Código Sustantivo del Trabajo y de Procedimiento Laboral. (2016). Bogotá: Editorial Leyer.
- [15] Congreso de Colombia. (1997). Ley 361 de 1997. Recuperado de www.secretariadelsenado.gov.co
- [16] ———. (2010). Ley 1429 de 2010 (tercerización laboral *outsourcing*). Recuperado de www.secretariadelsenado.gov.co
- [17] ———. Artículo 74. Ley 1753 de 2015. Recuperado de www.secretariadelsenado.gov.co
- [18] Consejo de Estado. (2014). Sección Segunda. Sentencia 20001233100020110014201 (013113). C. P.: Luis Rafael Vergara Quintero.
- [19] ———. (2015). M. P.: María Claudia Rojas Lasso. Expediente # 40012331000201500001-01.
- [20] ———. (2017). Sección Segunda. Auto 11001032500020160048500 (22182016) de marzo 15.
- [21] Constitución Política de Colombia. (2017). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- [22] Corte Constitucional. (1992). Sentencias C-006. de 1994.
- [23] ———. (1994a). Sentencia C-023. M. P.: Dr. Vladimir Naranjo Mesa.
- [24] ———. (1994b). Sentencia T-230.
- [25] ———. (2001). Sentencia C-1064. M. P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa Y Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- [26] ———. (2008). Sentencia T-504.
- [27] ———. (2014a). Sentencia SU-377. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/SU-377-14.pdf>
- [28] ———. (2014b). Sentencia SU-555. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU555-14.htm>
- [29] ———. (2015). Sentencia SU-241 de abril 30. M. P.: Gloria Stella Ortiz.
- [30] ———. (2016). Sentencia T- 480.
- [31] ———. (2017). Sentencia T-188. M. P. María Victoria Calle.
- [32] Corte Suprema de Justicia. (2011). Sentencia C-539.
- [33] ———. (2013a). Sentencia 44753 de diciembre 4.
- [34] ———. (2013b). Sentencia 34260 de julio 2. M. P.: Carlos Ernesto Molina.
- [35] ———. (2014). Sentencia SL-4110 (41279). M. P.: Jorge Mauricio Burgos Ruíz.
- [36] ———. (2016). Sentencia SL-157792016 (51355) de noviembre 2. M. P.: Fernando Castillo.
- [37] ———. (2018). Sentencia SL-14302018 (64946) de mayo.
- [38] Declaración Universal de los Derechos Humanos. (2015). Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation1sp.pdf>
- [39] Ministerio de Trabajo. (2013). Decreto Reglamentario 2798 de 2013 (Derogado por el artículo 1 del Decreto 1025 de 2014, que prohíbe contratar personal a través de CTA, para desarrollar actividades permanentes).
- [40] ———. (2016). Decreto 583 de 2016. Recuperado de www.secretariadelsenado.gov.co
- [41] ———. (2018). Decreto 683 de abril 18 de 2018. Recuperado de www.secretariadelsenado.gov.co

Normativa