COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/614/09

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/614/09
Expediente	D-7615
Fecha	2007-02-07
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Acompaño
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Contrato De Prestacion De Servicios
- Principio Pro Actione
- Inhibicion De La Corte Constitucional
- Control De Constitucionalidad
- Contratacion Publica De Prestacion De Servicios
- Derecho Al Trabajo

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: declarar EXEQUIBLE el último inciso del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, por los cargos analizados en esta decisión. Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente. NILSON PINILLA PINILLA Presidente MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada Aclaración de voto MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado Ausente en comisión JUAN CARLOS HENAO PÉREZ…

Texto completo

C-614-09 Sentencia C-614/09 Sentencia C-614/09 CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Prohibición de celebración para ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados.

De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- No puede suscribirse para ejecutar una relación laboral/ CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- No puede suscribirse para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración PRINCIPIO PRO ACTIONE- Aplicación/ INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL- Improcedencia por configurarse un cargo de inconstitucionalidad CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD- Procedencia respecto de disposición que existe en el ordenamiento jurídico y que se encuentra produciendo efectos jurídicos CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD- Función orientada a ejercer control de validez de la ley/ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD- Procedencia excepcional de su ejercicio sobre la eficacia social de la ley Si bien es cierto la acción de inconstitucionalidad está dispuesta únicamente para ejercer el control de validez de la ley, en tanto otros medios de defensa judicial como la acción de tutela o las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, tienen a su cargo el control de constitucionalidad de la eficacia o de la aplicación subjetiva y práctica de la ley, como instrumentos procesales diseñados por el legislador para ese efecto, como también a través de los organismos de control que tienen la responsabilidad jurídica de velar por el cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios públicos; también lo es que, de acuerdo con el artículo 241 de la Carta, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, por lo que en aquellos casos en los que existe una clara brecha entre el texto legal y su aplicación práctica, esta Corporación puede ejercer un control integral de la disposición, en cuanto a su validez y a su eficacia social, por lo que resulta lógico sostener que el control de constitucionalidad no sólo puede recaer sobre el texto normativo general y abstracto sino también sobre su eficacia respecto de las autoridades obligadas a acatarla o también sobre su aplicación práctica por las Corporaciones que señalan líneas generales, constantes y uniformes de interpretación de la ley. Así pues, en aquellos casos en los que hay una evidente y clara distinción entre el texto legal objeto de control y su aplicación generalizada, uniforme y constante, procede el control de constitucionalidad sobre la eficacia de la ley.

CONTRATACION PUBLICA DE PRESTACION DE SERVICIOS- Conminación a entes de control para estudios integrales y completos sobre aplicación abusiva de figura constitucional/ CONTRATACION PUBLICA DE PRESTACION DE SERVICIOS- Exhorto a entes de control por práctica ilegal de norma constitucional A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out soursing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas.

DERECHO AL TRABAJO- Triple naturaleza constitucional, valor, principio y derecho fundamental/ DERECHO AL TRABAJO- Protección en todas sus modalidades En diversas oportunidades la Corte Constitucional ha manifestado que el trabajo goza de amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo o de exigirle al Estado el mínimo de condiciones materiales que se requieren para proveer su subsistencia en condiciones dignas , sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

CONTRATO LABORAL- Definición/ CONTRATO LABORAL- Elementos El contrato laboral está definido como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. El contrato de trabajo tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario.

RELACION LABORAL CON EL ESTADO- Formas/ RELACION LABORAL CON EL ESTADO- Prevalencia del criterio material sobre el formal/ RELACION LABORAL- Configuración La relación laboral con el Estado puede surgir de una relación legal y reglamentaria o de un contrato de trabajo, sin importar el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato. Así, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato, lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, y en consecuencia existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado RELACION LABORAL ORDINARIA CON EL ESTADO- Disposiciones por las que se rige/ RELACION LABORAL ORDINARIA CON EL ESTADO- Reglas constituyen imperativos y condicionan discrecionalidad para la vinculación, permanencia y retiro del servicio La vinculación laboral con el Estado, que normalmente surge de una relación legal y reglamentaria, además de las reglas generales de protección a los derechos de los trabajadores, también la Constitución le estableció reglas particulares mínimas que buscan conciliar la salvaguarda de los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales. Dentro de ese catálogo de disposiciones especiales que rigen las relaciones laborales de los servidores públicos, se encuentran, entre otras, las siguientes: i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes; ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley; iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas; iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos; v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley; y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público. Este conjunto de reglas constitucionales previstas para el empleo público constituyen imperativos que no sólo limitan la

libertad de configuración legislativa en la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones en la administración, sino también restringen la discrecionalidad de las autoridades administrativas para la vinculación, permanencia y retiro del servicio. Este conjunto de reglas constitucionales previstas para el empleo público constituyen imperativos que no sólo limitan la libertad de configuración legislativa en la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones en la administración, sino también restringen la discrecionalidad de las autoridades administrativas para la vinculación, permanencia y retiro del servicio.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Concepto/ CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Finalidad/ CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Características El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que celebran las entidades para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, y sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- No genera relaciones laborales RELACION CONTRACTUAL CON EL ESTADO- Configuración La relación contractual está regida por la Ley 80 de 1993 y se configura cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

CONTRATO LABORAL Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- No son comparables El Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior, la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral ya que tiene alcance y finalidades distintas.

VINCULACION LABORAL CON EL ESTADO- Protección constitucional RELACION LABORAL ORDINARIA Y VINCULACION CONTRACTUAL CON EL ESTADO- Diferencias PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE FORMALIDADES EN RELACIONES LABORALES- Aplicación En razón de las diferencias en las modalidades de los contratos de prestación de servicios y el laboral, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta, debe aplicarse el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMA- Jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de su aplicación PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMA- Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de su aplicación y la eficacia del contrato realidad PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMA- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto de su aplicación e interpretación del contrato realidad en contratos civiles RELACION LABORAL Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Criterios que delimitan y definen los conceptos y sus elementos La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios.

Son estos: i) Criterio funcional, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores

públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la habitualidad: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vinculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral;

iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual;

v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

Referencia: expediente D-7615 Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968.

Actor: Maria Fernanda Orozco Tous Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D. C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009) La Sala Plena de la Corte Constitucional , conformada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla -quien la preside-, Maria Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes, 1.

ANTECEDENTES En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad la ciudadana María Fernanda Orozco Tous demandó el inciso 4º del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968.

Después de haber inadmitido la demanda por falta de certeza y suficiencia de los cargos y de que la demandante hubiera corregido los defectos encontrados, mediante auto del 23 de febrero de 2008, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, ordenó fijarla en lista por término de 10 días, comunicarla a los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y del Interior y de Justicia, al Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, e invitar a participar en el debate a la Central Unitaria de Trabajadores, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y al Sindicato Nacional de Servidores Públicos del Estado Colombiano (SINTRAESTATALES) .

Finalmente, ordenó darle traslado al Procurador General de la Nación para que rinda su concepto de rigor. 1.1. NORMA DEMANDADA A continuación se transcribe el artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968. Se subrayan y resaltan los apartes acusados:

“DECRETO 3074 DE 1968 (diciembre 17) Diario Oficial No 32.686, del 16 de enero de 1969 Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968 EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 65 de 1967, DECRETA:

ARTICULO 1o. Modifícase y adiciónase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos: El artículo 2 o. quedará así: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones ".

1.2. LA DEMANDA Según criterio de la demandante, el texto normativo acusado viola los artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución , en resumen, por lo siguiente:

Violación del artículo 2º superior: Como la disposición acusada prohíbe la celebración de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones permanentes porque deben crearse los empleos correspondientes, a juicio de la demanda, el legislador limita las formas de acceso al trabajo en las entidades del Estado y, de esa manera, impone " un obstáculo para que se pueda laborar para una entidad pública, frente al desarrollo normal de sus funciones ".

Violación del artículo 25 de la Constitución: La prohibición de celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes del Estado desconoce el artículo 25 superior, por dos razones: La primera, porque " frente a la necesidad de ciertas funciones que eventualmente pueden ser temporales y en el desarrollo de esas funciones o actividades se convierten en permanentes, no se atiendan oportunamente el desarrollo de funciones públicas por parte de las entidades, a la espera de agotar, entre otras, las etapas anteriormente detalladas ". La segunda, porque la vinculación mediante contrato de servicios es más expedita en tanto que no requiere el agotamiento de etapas formales como las exigidas para el nombramiento de vacantes de la administración pública.

Violación del artículo 53 de la Carta: A juicio de la demandante, la norma impugnada viola el artículo 53 de la Constitución, " al ser la propia ley, la que está estableciendo limites para que no se celebren contratos de prestación de servicios como forma de desarrollar funciones públicas permanentes, en el entendido que se establece una restricción a la suscripción de contratos de prestación de servicios, como forma legal de laborar para las entidades públicas " 1.3.

INTERVENCIONES 1.3.1. Ministerio de la Protección Social Dentro de la oportunidad legal prevista, la apoderada del Ministerio de la Protección Social intervino en el presente asunto para solicitar que la Corte declare la exequibilidad de la disposición acusada, con fundamento en las razones que se resumen así:

Una lectura sistemática de los artículos 2º, 25 y 122 de la Constitución permite concluir que la especial protección al trabajo que corresponde al Estado no puede contradecir el interés general y los principios de eficiencia y eficacia que rigen la función administrativa.

Entonces, si como lo advirtió la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, la vigencia del contrato de prestación de servicios es de naturaleza temporal y únicamente puede contratarse cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta, es natural que, en aras de hacer prevalecer el interés general, el Estado contrate las funciones de carácter permanente únicamente cuando se hubieren creado los cargos correspondientes y se hubieren previsto los emolumentos necesarios para cubrir dicha obligación. Luego, la norma acusada lejos de contradecir el artículo 2º superior, desarrolla los fines esenciales del Estado.

La disposición acusada desarrolla lo dispuesto en los artículos 25, 122 y 125 de la Constitución, en tanto que sólo habrá empleo público con carácter remunerado cuando se cumplen tres condiciones: i) se hubiere creado en la planta de personal de la entidad, ii) tenga funciones asignadas en la ley o el reglamento y, iii) cuando sus emolumentos están contemplados en la planta de personal correspondiente. En este aspecto, citó apartes del concepto número 951 emitido el 7 de febrero de 2007 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el cual respondía al interrogante de si era posible suprimir empleos en la administración para contratar el desarrollo de las funciones a cargo de los empleados con personas naturales y jurídicas, en el sentido de indicar que " los contratos de prestación de servicios están diseñados exclusivamente como instrumento especial de colaboración para el cumplimiento de actividades transitorias, de carácter técnico o científico, relacionadas con la administración y, por ende no están previstos para ejercer mediante ellos funciones ordinarias de naturaleza pública ni para sustituir la planta de personal ".

En la misma línea, el interviniente dijo que la disposición normativa impugnada tampoco vulnera el artículo 53 superior, como quiera que esa disposición no es aplicable al caso porque regula relaciones laborales, esto es, aquellas que derivan de un contrato de trabajo y no se refiere a los vínculos que surgen de la contratación pública del Estado, como es el caso de los contratos de prestación de servicios.

1.3.2. Departamento Administrativo de la Función Pública Dentro del término de fijación en lista, intervino en este asunto el apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública para solicitarle a la Corte que desestime los cargos de la demanda y declare la exequibilidad de la expresión normativa acusada. Las razones en las que apoya su conclusión son, en resumen, las siguientes:

Después de recordar las diferencias entre la vinculación laboral y el contrato de prestación de servicios que la jurisprudencia constitucional ha señalado, concluyó que es equivocado sostener que " al condicionarse el ejercicio de funciones permanentes a la existencia de empleos en la respectiva planta de personal de la entidad que lo requiere, se esté impidiendo laborar en entidades públicas, pues dicha actividad contractual no se enmarca dentro de las relaciones de trabajo con el Estado ".

La norma parcialmente acusada constituye una manifestación de los postulados de garantía de los derechos laborales de los servidores públicos consagrados en los artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución, como quiera que condiciona el ejercicio de las actividades permanentes de la administración pública a la existencia de empleos públicos y, de esa forma, evita que se generen relaciones laborales atípicas o vínculos laborales " disfrazados de contratos de prestación de servicios ", los cuales no gozan de la protección respecto de la estabilidad laboral, la seguridad social, la capacitación y las prestaciones sociales que tienen los servidores vinculados mediante contrato laboral. Luego, la existencia de empleos en la planta de personal permite la materialización de los principios laborales mínimos consagrados en la Carta.

El retiro de la norma acusada del ordenamiento que pretende la demandante generaría una desigualdad de trato jurídico contrario al artículo 13 de la Constitución, puesto que permitiría que dos personas que ejercen las mismas funciones permanentes de la entidad tengan condiciones de trabajo distintas sólo por el hecho de que una de ellas tiene relación laboral y la otra suscribió contrato de prestación de servicios. En tal virtud, la declaratoria de inexequibilidad de la disposición impugnada " implicaría un retroceso en la materia que se aleja del Estado Social de Derecho " 1.3.3.

Academia Colombiana de Jurisprudencia Por encargo del Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, dentro del término de fijación en lista, intervino en el presente asunto el académico Edgar Alfredo Garzón Saboya, para solicitar que la Corte declare la exequibilidad de las disposiciones normativas acusadas. Las razones en que se apoya son, en resumen, las siguientes:

Como punto de partida, el interviniente sostiene que, de la lectura de los artículos 53, 123 y 124 de la Constitución, se deduce que " si el mismo constituyente estableció unas determinadas vías de acceso a la función pública, las autoridades

administrativas no podrían crear nuevas formas de vinculación amparadas en formas jurídicas consagradas para fines diferentes ". Posteriormente, procede a estudiar la naturaleza del contrato estatal de prestación de servicios, en los términos prescritos en el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en la sentencias C-154 de 1997 y C-094 de 2003 de la Corte Constitucional. Con base en esos elementos de juicio, el académico deduce que el contrato de prestación de servicios únicamente puede suscribirse cuando las actividades a desempeñar no pueden ser cumplidas con los servidores públicos que laboran en la entidad o en caso de que se requieran conocimientos especializados con los que no cuenta la planta de personal.

De otra parte, el interviniente manifestó que la norma acusada lejos de vulnerar el principio a la igualdad lo hace efectivo, en tanto que " no pueden predicarse condiciones desiguales en situaciones de hecho diversas entre sujetos que han prestado servicios en forma distinta a la administración pública, pues unos lo han hecho mediante una relación contractual y otros a través de una relación laboral ya sea de origen contractual, legal o reglamentaria ".

Finalmente, según criterio de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la disposición acusada no viola el artículo 53 superior porque esa norma no puede ser aplicable al caso, como quiera que regula los principios y garantías que rigen las relaciones laborales y no los contratos estatales, como es el caso del texto normativo acusado.

1.3.4. Central Unitaria de Trabajadores de Colombia En forma oportuna, el señor Tarsicio Mora Godoy, Presidente de la C.U.T., intervino en este proceso para solicitar que esta Corporación declare exequibles los textos normativos acusados, por las razones que se resumen así:

Con fundamento en lo preceptuado en los artículos 25, 113, 122, 123 y 125 de la Constitución y en la noción de función pública desde el punto de vista restringido (alude al conjunto de principios y reglas que regulan la relación laboral entre el Estado y su empleado), concluye que " de permitirse que las funciones de carácter permanente sean ejercidas por contratistas en la modalidad de contrato de prestación de servicios, es obvio que, la función pública se desnaturalizaría por completo, vulnerando los mandatos constitucionales antes transcritos ".

La prohibición contenida en la norma impugnada busca, en primer lugar, racionalizar la función pública, en cuanto asegura que el ingreso, permanencia y ascenso en los cargos públicos se fundamente en el mérito y calidades de los aspirantes y, en segundo lugar, garantizar la aplicación del derecho a la igualdad entre todas las personas que prestan sus servicios en entidades públicas, puesto que no puede permitirse que " al mismo tiempo personal de planta y contratistas realicen idénticas labores en igualdad de condiciones pero con tratamientos laborales distintos, en desmedro, por supuesto, de los contratistas ".

La restricción de asignar funciones públicas permanentes a personas vinculadas por contratos de prestación de servicios impide desnaturalizar el derecho al trabajo y hace efectivos los principios y garantías consagrados en el artículo 53 superior, en especial, los relativos a la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, a la estabilidad laboral y a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en las normas laborales.

1.3.5. Intervención ciudadana Actuando en calidad de ciudadanos colombianos, los señores Edilberto Escobar, Fair Güell Soto, Arturo Acuña, Juan David Murcia Higgins, Cedvin Iván de La Cruz, Carolina Agreda, Rubén Darío Osorio, Washington Megdaniel, Elio Bravo Orellano, Carlos Iván Cortez, Lilian Castaño Pérez, Benito Herrera y Tanfit Ramos, intervinieron dentro del término de fijación en lista para expresar razones en defensa de la constitucionalidad de la norma acusada. En síntesis, manifestaron:

El desconocimiento frecuente e inaplicación de la norma acusada por parte del Estado ha generado prácticas contrarias a la Constitución, tales como la " pauperización y envilecimiento del contrato de trabajo ", las que denominan " cooperativización de las relaciones laborales ", según la cual en las relaciones de trabajo ya no aparecen trabajadores sino contribuyentes a cooperativas, y " tercerización de la prestación de servicios que ofrecen sus entidades públicas ",

consistente en la autorización para el funcionamiento de entidades únicamente con juntas directivas y operadores externos que suministren los servicios a nombre de empresas del Estado. De igual manera, los ciudadanos intervinientes denuncian situaciones irregulares como la celebración de contratos de prestación de servicios para adelantar funciones propias de la entidad pública por 11 meses, con enganche automático, con el fin de no pagar prestaciones sociales. Así, infieren que las prácticas que la norma acusada pretende evitar " ha llevado a un deterioro de la capacidad adquisitiva de los trabajadores colombianos, disminuyendo el salario por la profesión u oficio, disminuyendo la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social Integral, alterando la base de cotización de los riesgos profesionales, suprimiendo el reconocimiento de prestaciones sociales… como un mecanismo efectivo de reducir costos en contra del mínimo vital y móvil de los trabajadores" .

La sentencia C-094 de 2003 de la Corte Constitucional fue clara en señalar que el contrato estatal de prestación de servicios únicamente puede ser utilizado para la ejecución de labores temporales, que no puedan desarrollarse por empleados de planta de la entidad pública o que requieran de conocimientos especializados, pues en caso de que se necesite adelantar funciones propias y permanentes de la entidad debe darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución. Sin embargo, afirman los intervinientes, lo dispuesto en esa sentencia no se ha cumplido por los empleadores públicos, de ahí que sea indispensable que la Corte declare la exequibilidad de la norma acusada y se establezcan " claramente las limitaciones con que cuenta el Estado Colombiano, para no continuar burlando la función pública en Colombia y deteriorando cada día más las condiciones de trabajo, de todos aquellos que laboran para entidades públicas, ya sea a través de cooperativas o de contrato de prestación de servicios ".

1.3.6. Intervenciones extemporáneas Vencido el término de fijación en lista, presentaron escritos en defensa de la constitucionalidad de la norma acusada, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Escuela Superior de Administración Pública (folios 94 a 99), el representante legal del Sindicato Nacional de Servidores Públicos del Estado Colombiano "SINTRAESTATALES" (folios 101 a 103) y los representantes de la Asociación Nacional de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, la Seguridad Social y Servicios Complementarios de Colombia "ANTHOC" (folios 116 a 125).

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Escuela Superior de Administración Pública encuentra que la norma acusada tiene pleno sustento en los artículos 25 y 53 de la Constitución y de los Convenios de la OIT, en tanto que la celebración de contratos de prestación de servicios para desarrollar labores permanentes no sólo se derivan graves inconvenientes (como la disminución de la cotización en salud y pensiones, el desconocimiento de los derechos de los trabajadores a la libre asociación, la inestabilidad laboral y la imposibilidad del descanso remunerado), sino que se afecta el "trabajo digno" de las personas. En consecuencia, solicita que la Corte declare la exequibilidad de la norma acusada.

Por su parte, el representante legal del Sindicato Nacional de Servidores Públicos del Estado Colombiano "SINTRAESTATALES" concluyó que la norma acusada lejos de vulnerar los artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución, los desarrolla porque " la administración está en el deber constitucional y legal de crearlos [los cargos] con todas las garantías prestacionales, salariales y del derecho de asociación sindical, de las que adolece el contrato de prestación de servicios. Esta clase de contratación es restringida para labores transitorias y no inherentes al cargo ". Por consiguiente, solicitó declarar la exequibilidad de la disposición objeto de estudio.

Finalmente, los representantes de la Asociación Nacional de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, la Seguridad Social y Servicios Complementarios de Colombia "ANTHOC" se dirigieron a la Corte para expresar razones en defensa de la constitucionalidad del texto normativo impugnado. Sin embargo, solicita que esta Corporación tenga en cuenta que el Estado Colombiano ha fomentado prácticas contrarias a la norma acusada y se han convertido en la costumbre generalizada en las entidades públicas, pues celebran contratos de prestación de servicios por 11 meses, para desempeñar funciones propias de la entidad y acuerdan honorarios que no sólo deterioran la capacidad adquisitiva de los trabajadores, sino también generan enorme inestabilidad en el empleo. Por esa razón, solicitan que la Corte declare la

exequibilidad de la norma acusada y establezca “ claramente las limitaciones y prohibiciones con que cuenta el Estado, para no continuar burlando la función pública en Colombia y deteriorando cada día más las condiciones de los trabajadores ”.

1.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO El señor Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, intervino dentro de la oportunidad legal prevista, con el fin de solicitar que la Corte se inhiba para pronunciarse de fondo sobre la norma acusada. A esta conclusión llegó, en síntesis, por lo siguiente:

Después de transcribir in extenso apartes de la sentencia C-1052 de 2001, en la que la Corte Constitucional indica los requisitos que debe cumplir la demanda de inconstitucionalidad y, en especial, las condiciones que requiere el cargo de inconstitucionalidad, el Ministerio Público afirma que la demandante “ incurrió en algunos yerros en cuanto a la naturaleza jurídica de la acción pública de inconstitucionalidad, así como en lo atinente a su alcance y límites, al identificar partes procesales y ubicar como demandado al Presidente de la República, el Ministro de Hacienda, el Ministro de la Protección Social y el Ministro del Interior y Justicia, características de las demandas que resultan exógenas a un proceso de control abstracto de constitucionalidad en donde lo que se enjuicia es la norma inferior (de rango legal) o reforma constitucional frente a las posibles infracciones a la Constitución ”. Manifestó que, en todo caso, la accionante subsana los defectos “ cuando en las mismas pretensiones de la demanda ajusta su demanda a las finalidades de la acción pública de inconstitucionalidad, como es la expulsión de la norma” .

Sin embargo, el Procurador considera que los cargos de inconstitucionalidad no cumplen los requisitos de certeza y suficiencia. En cuanto al primero, manifestó que la premisa fundamento de sus pretensiones (que la prohibición de la contratación mediante prestación de servicios obstaculiza el ingreso a la función pública) no es verdadera, porque confunde la contratación laboral con la civil y comercial y dota al contrato de prestación de servicios de las mismas características del contrato laboral. Y, en relación con la insuficiencia del cargo, manifestó que éste está soportado “ en un argumento circular en el que el cuestionamiento de la norma se formula mediante una afirmación con la que inicialmente fundamenta el cuestionamiento, de suerte que el inciso impugnado efectivamente condiciona la forma de acceso a los empleos permanentes en el sector público y por tanto limita el acceso al trabajo ”.

Por último, la Vista Fiscal afirmó que la demandante no logró “ cristalizar ningún cargo de inconstitucionalidad” , en tanto que omitió el análisis del artículo 125 de la Constitución, el cual establece los principios orientadores para el acceso, permanencia y ascenso en los empleos en los órganos y entidades del Estado.

Entonces, como los cargos de inconstitucionalidad deben generar al menos una duda sobre la constitucionalidad de la norma acusada y, eso no logró hacerse en esta oportunidad, la Corte debe declararse inhibida para proferir sentencia de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 2.1. COMPETENCIA DE LA CORTE Conforme al artículo 241 ordinal 5º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de l inciso 4º del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968 , ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una expresión normativa contenida en un decreto con fuerza de ley.

2.2. PRIMERA CUESTIÓN PREVIA: SOLICITUD DE INHIBICIÓN POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación sostiene que la Corte no debe conocer de fondo el asunto de la referencia por ineptitud sustantiva de la demanda, como quiera que los cargos de inconstitucionalidad no cumplen los requisitos de certeza y suficiencia, que la jurisprudencia constitucional ha señalado como necesarios para proferir decisión de mérito. Por tratarse, entonces, de un planteamiento que constituye el punto de partida del análisis del control de constitucionalidad por vía de acción, puesto que, por regla general, la Corte solamente

puede estudiar la validez general de la ley cuando existe una demanda ciudadana dirigida a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que la ampara, lo primero que debe definir la Corte es si la demanda cumple con los requerimientos mínimos para promover el juicio de inconstitucionalidad.

Para el Ministerio Público, no es cierto que la disposición impugnada obstaculice o limite el acceso a la función pública, pues la norma se limita a establecer las diferencias sustanciales que se derivan de la naturaleza de los contratos laboral y de prestación de servicios.

De igual manera, no es suficiente sostener que la norma acusada viola el derecho al trabajo porque la demanda omitió valorar de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución, según el cual el acceso a la función pública debe provenir, por regla general, del concurso de méritos. En tal virtud, la demanda no generó un debate de inconstitucionalidad y, por consiguiente, la Corte debe inhibirse para pronunciarse de fondo en el asunto sub iúdice .

Después de evaluar la demanda y su corrección, la Sala encuentra que la solicitud de inhibición no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

2.2.1. Tal y como lo ha explicado esta Corporación en reiteradas oportunidades [1] , el examen de certeza del cargo está dirigido a averiguar si las razones por las que el demandante considera que la norma acusada es contraria a la Constitución surgen de la valoración directa de las disposiciones objeto de comparación, esto es, de si la hermenéutica de las normas confrontadas deriva de aquellas y no de la interpretación arbitraria o subjetiva del actor. De esa forma, el cargo de inconstitucionalidad no es cierto, por ejemplo, cuando la demanda recae sobre una proposición normativa irreal e inexistente [2] , o cuando la lectura de la norma es simplemente deducida por el demandante [3] .

Nótese que el requisito de certeza del cargo se refiere a la realidad en la interpretación de las normas a comparar y no a la validez de los argumentos. Es obvio que la correcta estructuración de los argumentos de inconstitucionalidad no supone aceptar o compartir la lectura de las normas que efectúa el demandante, pues admitir esa tesis supondría hacer coincidir el estudio de fondo de la cuestión con el examen de aptitud sustancial de la demanda y, de esa forma, sólo podría avocarse el conocimiento de un asunto únicamente cuando se decide declarar la inexequibilidad de la norma acusada. En otras palabras, la evaluación de la certeza del cargo exige valorar la veracidad de la regla normativa que plantea el demandante, más no la validez o grado de exactitud de los argumentos. De ahí que, sea usual que un planteamiento derivado de la norma constitucional o legal no resulte ser la interpretación más adecuada de la misma, pues ese asunto debe definirse en la sentencia y no en el análisis de aptitud del cargo de inconstitucionalidad.

Ahora bien, independientemente de si es correcta o no la conclusión a la que llega la demandante en torno a la supuesta inconstitucionalidad de la norma acusada, realmente es posible sostener, como lo hace la demanda, que la prohibición de la contratación por prestación de servicios para ejercer funciones permanentes de la administración, constituye una limitación de acceso a la función pública y, en consecuencia, constituye una restricción del derecho de acceso al trabajo en la administración pública, lo cual genera dudas sobre la posible violación de los artículos 25 y 53 de la Constitución, tal y como lo afirma la demanda. Luego, además de que el ataque formulado es claro también es cierto, porque de la lectura de la norma acusada puede extraerse la interpretación expuesta por la demandante y, como se vio, el requisito de certeza del cargo no está referido a la validez de la interpretación sino a la posibilidad de que dicha lectura derive de la norma estudiada.

2.2.2. El hecho de que la demanda no haya interpretado en forma sistemática los artículos 2º, 25, 53 y 125 de la Constitución no desvirtúa la suficiencia del cargo, porque la ponderación y la armonización de los derechos e intereses superiores en tensión corresponde al análisis de fondo y no al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la demanda. De hecho, en torno al planteamiento de la demanda se generó un debate dirigido a desvirtuar la interpretación realizada por la actora, pues, salvo el Ministerio Público, los intervinientes en este asunto, consideraron que la Corte

debía entrar a conocer de fondo el asunto y, con base en la interpretación de toda la Constitución, debía declarar la exequibilidad de la disposición normativa acusada.

2.2.3. La construcción de las reglas jurisprudenciales sobre los requisitos materiales que debe cumplir la demanda en el control abstracto de constitucionalidad no busca exigir condiciones rigorosas sobre la acción pública de inconstitucionalidad, ni establecer cargas desproporcionadas sobre los ciudadanos, pues simplemente pretende exigir una " carga argumentativa mínima " [4] sobre la cual pueda edificarse el debate constitucional sustantivo. Por esa razón, la Corte Constitucional [5] ha dicho que, en caso de duda sobre la aptitud de la demanda, debe evitarse el fallo inhibitorio y prevalecer el principio pro actione que reconoce el carácter público de la acción de inconstitucionalidad y hace efectivos los derechos de participación ciudadana, previstos en los artículos 40 y 241 de la Constitución.

En conclusión, la demanda sí plantea como cargo de inconstitucionalidad la violación de los artículos 2º, 25 y 53 de la Carta, porque sus planteamientos son claros, precisos, suficientes, específicos y pertinentes.

2.3. SEGUNDA CUESTIÓN PREVIA: VIGENCIA DE LA NORMA ACUSADA Dado que existe una gran dispersión de normas jurídicas aplicables al empleo público y a su forma de ingreso y teniendo en cuenta el largo tiempo que ha transcurrido desde la expedición de la norma acusada, a la Sala le surge de la duda de si la disposición objeto de estudio se encuentra derogada, puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación [6] , la Corte sólo procede a estudiar una demanda si la norma acusada ésta está produciendo efectos jurídicos. Procede la Sala de conformidad:

El artículo 55 de la Ley 909 de 2004 [7] , dispone: " RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL. Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente ley [8] ".

Eso muestra que el artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, no sólo es una norma que no ha sido derogada ni expresa ni tácitamente, sino que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 909 de 2004, debe aplicarse los empleados del Estado que prestan sus servicios las entidades a que se refiere el artículo 3 de esa ley.

Luego, la Sala entra a estudiar el problema jurídico planteado en la demanda. 2.4. PROBLEMA JURÍDICO Determinada la aptitud de la demanda, ahora corresponde a la Sala resolver la impugnación formulada contra la expresión " Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones ", contenida en el inciso 4º del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968.

La demanda considera que la prohibición legal para celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones de carácter permanente en la administración pública constituye una barrera de acceso al trabajo en el Estado, pues mientras la vinculación por contrato puede realizarse en forma expedita y oportuna, la creación de empleos requiere cumplir una serie de requisitos engorrosos, demorados e ineficientes.

Por el contrario, todos los intervinientes coincidieron en afirmar que la norma acusada contiene una importante garantía de protección a los derechos laborales de los servidores públicos, porque evita que se desnaturalicen las relaciones laborales y garantiza la efectividad de los derechos de estabilidad laboral, acceso al empleo público mediante el mérito y a los beneficios mínimos laborales consagrados en la Constitución. Incluso, para algunos intervinientes, el retiro de la norma del ordenamiento jurídico produciría una grave afectación no sólo al principio de igualdad porque dos trabajadores que desempeñarían iguales funciones permanentes en la administración tendrían distintas reglas legales que permitirían una desigualdad salarial y prestacional sin justificación, sino también a los beneficios laborales propios del Estado Social de Derecho.

Con base en lo expuesto, el problema jurídico que debe resolver la Sala en esta oportunidad está circunscrito a determinar si ¿la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, contemplada en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución? Para resolver el debate planteado, la Sala estudiará brevemente tres temas: El primero, dirigido a desentrañar la correcta interpretación de las normas constitucionales que regulan la protección de las distintas modalidades del trabajo lícito, el segundo, la especial protección que la Constitución otorga a la relación laboral entre el Estado y los servidores públicos. Y, el tercero, cómo debe entenderse el concepto de ejercicio de funciones permanentes de la administración desde la perspectiva del principio de prevalencia de la realidad frente a las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta. Con fundamento en ello, finalmente, la Sala resolverá la pregunta formulada en el caso concreto.

2.5. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LAS DISTINTAS MODALIDADES DEL TRABAJO. Como lo ha manifestado la Corte Constitucional en diversas oportunidades [9] , el trabajo goza de amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión. Así, la lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.

La simple descripción de la naturaleza del trabajo en la Constitución evidencia que el marco de protección Estatal no solamente se agota en la defensa de los derechos de los trabajadores dependientes sino también en la efectividad de su ejercicio independiente. En efecto, si se entiende el trabajo como un instrumento para obtener los recursos necesarios para lograr una vida digna y como un mecanismo de realización personal y profesional, es lógico concluir que son objeto de garantía superior tanto el empleo como todas las modalidades de trabajo lícito. De hecho, la propia Carta de 1991 protege la empresa (artículo 333) como herramienta de trabajo base del desarrollo económico, con función social; salvaguarda los derechos de los trabajadores vinculados a la empresa con un mínimo de derechos irrenunciables e intransferibles (artículos 53 y 54) y establece un mínimo de condiciones laborales para los trabajadores al servicio del Estado (artículos 122 a 125).

Así las cosas, la protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo o de exigirle al Estado el mínimo de condiciones materiales que se requieren para proveer su subsistencia en condiciones dignas , sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Eso muestra, entonces, que las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacer efectivo su valor, el principio y el derecho-deber, corresponde principalmente al legislador, quien goza de un importante margen de libertad de configuración dentro de los parámetros constitucionales establecidos en beneficio de los derechos y las condiciones laborales mínimas y, también, desde el punto de vista subjetivo, a partir del respeto del núcleo esencial que lo identifica.

Dicho de otra manera, dada la textura abierta del trabajo y su especial naturaleza, el legislador tiene amplia potestad de configuración normativa del mismo, pero ese grado de amplitud dependerá de si se trata de hacer efectivas las políticas

públicas de empleo o de concretar la protección del derecho subjetivo al trabajo. De esta manera, si el legislador busca definir reglas dirigidas a materializar el desarrollo progresivo de mejores condiciones laborales, de acceso al pleno empleo y del trabajo como instrumento para garantizar un orden político, económico y social justo, su margen de valoración es más amplia porque goza de mayor libertad de configuración, mientras que si la ley pretende regular las particularidades de la relación de trabajo y las condiciones individuales en las que se desenvuelve la relación de empleador y trabajador, el margen de libertad se reduce porque se limita al cumplimiento de requisitos constitucionales mínimos obligatorios y exigibles por vía judicial.

En conclusión, la protección de las distintas modalidades del trabajo que la Constitución consagra muestra que el legislador tiene dos campos distintos de regulación. De un lado, es claro que la ley no está obligada a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa Y, de otro lado, desde el punto de vista de protección del derecho subjetivo al trabajo, la ley está limitada por las reglas previstas directamente en la Constitución porque existen garantías mínimas de especial protección a la relación laboral.

En consecuencia, para analizar la validez constitucional de la expresión normativa que restringe el acceso al trabajo permanente con el Estado únicamente a la vinculación laboral porque prohíbe la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente, es necesario averiguar si existen límites constitucionales que protegen de manera preferente la vinculación laboral con la administración respecto del trabajo que surge de la celebración de un contrato de prestación de servicios.

2.6. PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS DIVERSOS TIPOS DE RELACIÓN LABORAL 2.6.1. Protección constitucional general al empleo Sin duda, la modalidad del trabajo con mayor protección constitucional es la derivada de la relación laboral, tanto con los particulares como con el Estado. Esa mayor intervención del Constituyente produce no sólo menor libertad de configuración normativa para el legislador porque existen barreras superiores que imponen condiciones laborales mínimas, sino también genera el deber de intervención directa e inmediata de las autoridades públicas en el contrato para evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el mismo.

En efecto, el artículo 25 superior constituye la cláusula general de protección del derecho de acceso, permanencia y estabilidad del empleo de los trabajadores; el artículo 26 constitucional regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 de la Carta autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 superior regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 de la Carta establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud, los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria, el artículo 64 superior, regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 superior que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores de INRAVISIÓN.

los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 superior impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “ el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo ”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “ dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en

particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores La especial protección de la vinculación laboral en la Constitución se explica claramente por el tránsito del Estado Constitucional, pues de ser un Estado gendarme (cuyas funciones principales se cumplían con la abstención, el respeto por la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones entre particulares y el reconocimiento de la igualdad formal entre todos los administrados), hacia un Estado Social de Derecho con responsabilidades activas de promoción, intervención y control en las relaciones laborales, en tanto que entendió que dichos vínculos generan relaciones verticales que rompen el principio de igualdad y la eficacia material de la autonomía negocial.

Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones: La primera, no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral. La segunda, aunque la fijación de las políticas de empleo, en principio, le corresponde a los órganos políticos señalados en la Constitución y, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, el legislador debe expedir un nuevo Estatuto del Trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros, eso no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la protección a la relación laboral se impone. Dicho en otros términos, el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.

2.6.2. Protección constitucional especial a la vinculación laboral con el Estado Ahora bien, para el caso de la vinculación laboral con el Estado, además de las reglas generales de protección a los derechos de los trabajadores, la Constitución también estableció reglas particulares mínimas que buscan conciliar la salvaguarda de los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales. Así, dentro de ese catálogo de disposiciones especiales que rigen las relaciones laborales de los servidores públicos, encontramos, entre otras, las siguientes que resultan relevantes para resolver el asunto sub iúdice : i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público [10] que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros).

Nótese que ese conjunto de reglas constitucionales previstas específicamente para el empleo público constituyen imperativos que no sólo limitan la libertad de configuración legislativa en la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones en la administración, sino también restringen la discrecionalidad de las autoridades administrativas para la vinculación, permanencia y retiro del servicio. Entonces, ni la ley ni el nominador tienen potestades ilimitadas para establecer condiciones de trabajo, pues están obligados a respetar los requisitos mínimos de acceso y permanencia en el empleo público previstos en la Constitución.

2.6.3. Diferencias en el tratamiento constitucional para la relación laboral ordinaria y para la vinculación contractual con el Estado En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública.

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución, el legislador definió el contrato laboral como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” [11] . Esto significa que la relación laboral con el Estado, que surge de la relación legal y reglamentaria o del contrato de trabajo, no importa el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato, tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario [12] .

Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran “ las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados//En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable ” [13] .

En múltiples oportunidades [14] , la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo [15] .

Y, también en varias ocasiones [16] , esta Corporación ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales. Al respecto, expresó:

"…la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122);

los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto

correspondiente.

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas" [17] Así las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

En consideración con las diferencias entre estas dos modalidades de contratos para el desempeño de funciones públicas, la Corte señaló que la relación laboral es un criterio objetivo utilizado por el legislador para proteger ciertas relaciones de trabajo. Por ejemplo, en sentencias C-282 de 2007 y C-960 de 2007, la Sala Plena concluyó que es válido constitucionalmente que la Ley utilice como criterio de diferenciación el tipo de vinculación laboral o contractual. En efecto, la Corte encontró válida la regulación sobre que el acoso laboral sólo es aplicable a las relaciones laborales y no a las vinculaciones por prestación de servicios, por cuanto " la protección al trabajador frente al acoso laboral, en los términos de la ley parcialmente acusada, obedece a la existencia real de subordinación pues la dependencia en la relación es la que determina la posibilidad de acoso, de acuerdo a los sujetos y al ámbito de aplicación de la ley " [18] . Igualmente, la sentencia C-094 de 2003, encontró ajustada a la Constitución una norma del Código Disciplinario Único que sanciona como falta gravísima del servidor público la celebración de contratos de prestación de servicios para ocultar relaciones laborales, por cuanto se exige constitucionalmente que la ley proteja el contrato realidad. En igual sentido, la sentencia C-672 de 2001, declaró la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 190 de 1995 que establecía la nulidad del contrato de prestación de servicios porque no se cumplieron los requisitos para el ejercicio del cargo o para su celebración, por lo que si se demuestra que verdaderamente se trataba de una relación laboral, el contrato debía dejarse sin efectos.

En consideración con las diferencias que surgen de los contratos de prestación de servicios y el laboral, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta, debe aplicarse el principio de " primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales " tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado, como pasa a verse:

Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al principio de primacía de la realidad sobre la forma En cuanto a la aplicación de este principio, cabe recordar lo dicho por esta Corporación en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994:

"La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del

trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato"

La Corte Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad no supone la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, en tanto que " la situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente " [19] , pero sí tiene plena aplicación respecto de las relaciones contractuales que suscritas con fundamento en la Ley 80 de 1993, constituyen verdaderas formas de vinculación laboral [20] De igual manera, esta Corporación ha aplicado este principio en los contratos laborales celebrados por las empresas de servicios temporales [21] , pues advirtió que " si en un caso concreto se logra acreditar la presencia de las características esenciales del contrato de trabajo así dicha relación se haya conformado bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, en este caso surgirá en consecuencia el derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales propias de una relación laboral, pues habrá de aplicarse el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo" [22] En el mismo sentido, manifestó que el principio objeto de estudio es aplicable a los contratos laborales que no pueden ser renovados indefinidamente por parte del empleador, " pues dicha situación generaría en el trabajador una inestabilidad frente a su relación laboral, como ocurre en el caso de los contratos laborales celebrados con las empresas temporales, y se caracterizan porque la duración del mismo hace relación a la obra o labor para la cual fueron contratados " [23] .

En cuanto a las relaciones derivadas de la vinculación a una Cooperativa de Trabajo Asociado y la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, la Sala Octava de Revisión expresó:

"La Ley 79 de 1988 define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios [24] . Al estudiar la constitucionalidad de la norma en cita, esta Corte identificó la asociación voluntaria y libre, la igualdad entre los asociados, la fuerza de trabajo de los asociados y la solidaridad en la compensación como las características más relevantes de las Cooperativas de Trabajo Asociado; respecto a este último punto la sentencia en mención afirmó que "todos los asociados tiene derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa".

En estos términos y acorde con la norma que reglamenta la materia y la sentencia que determinó su constitucionalidad, para la Sala Plena de esta Corte es claro que dada la identidad entre el asociado y trabajador, la relación entre éste y la Cooperativa no se regula por el Código Sustantivo de Trabajo. Sin perjuicio de la calidad de trabajador de aquellos que son contratados con carácter ocasional o permanente no asociados. Ha precisado esta Corte, también, que la vinculación a una Cooperativa no excluye el surgimiento de una relación laboral, es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa".

Esta última afirmación se sustenta en el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales [25] (art.53 C.P.) que permite establecer a partir de la existencia de los elementos de la relación laboral, la existencia del contrato de trabajo.

Sostiene la Corte que en el caso específico de las cooperativas de trabajo asociado, el "vínculo laboral es ajeno al lugar donde el trabajador preste sus servicios, por orden de la cooperativa. Estos pueden inclusive ser desarrollados donde terceros con quienes la cooperativa suscriba contratos para tal efecto ".

Jurisprudencia del Consejo de Estado en el tema objeto de estudio De igual manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado, como juez natural de la validez de los actos administrativos de vinculación laboral de los servidores públicos y de prestación de servicios con el Estado, ha exigido la eficacia del "contrato realidad". Los siguientes casos muestran la línea jurisprudencial adoptada en el Consejo de Estado:

La Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, en sentencia del 6 de septiembre de 2008 [26] , estudió si el demandante tenía derecho al reconocimiento del "contrato realidad" por los periodos laborados bajo la modalidad de Contrato de Prestación de servicios, mediante los cuales fue incorporado al Municipio de San Andrés de Sotavento como docente de tiempo completo. Esa Corporación manifestó que para concluir que una persona desempeña un empleo público y tiene una relación legal y reglamentaria, con todos los derechos que de ella se derivan, es necesario verificar: i) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe. (Art. 122 de la Constitución Política); ii). La determinación de las funciones permanentes y propias del cargo (Art. 122 de la Constitución Política); y iii). La previsión de los recursos en el presupuesto para el cargo de gastos que demande el empleo.

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

En idéntico sentido, la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado el 3 de julio de 2003 [27] , reconoció la existencia del "contrato realidad" a un conductor de ambulancia que fue contratado en la modalidad de Prestación de Servicios y quien realizaba labores permanentes de la entidad, en forma continua e ininterrumpida y en igualdad de condiciones respecto de los empleados públicos que se desempeñaban en la misma dependencia.

De la misma manera, el Consejo dijo que no es válido celebrar contratos de prestación de servicios respecto de actividades que para ser desarrolladas necesariamente requieran de los elementos propios de la relación laboral o reglamentaria con el Estado.

Resulta pertinente recordar que, en decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado, adoptada el 21 de agosto de 2003 [28] , se reconoció la existencia del contrato realidad de un educador nombrado por el Municipio mediante autorización de prestación de servicios educativos, por cuanto:

" Es claro para la Sala que el actor fue vinculado mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente.

Mediante este tipo de contratos de prestación de servicios, cuando las labores a desarrollar son de carácter permanente, busca la administración evitar el pago de prestaciones sociales, no obstante la naturaleza laboral de la actividad efectivamente cumplida.

Se genera entonces una relación laboral bajo la forma contractual administrativa que debe ser amparada por el derecho a partir de la primacía de la realidad sobre las formalidades adoptadas en la relación laboral, sin que de otro lado se pueda deducir a favor del actor, según se ha visto, alguna asimilación a la condición de empleado público" .

Los anteriores argumentos son igualmente esgrimidos por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 17 de abril de 2008 [29] .

Igualmente, en sentencia emitida el 7 de abril de 2005 [30] por la Subsección B de esa misma Sección y Corporación analizó la naturaleza de la vinculación a la administración por parte de la demandante quien se desempeñaba como Secretaria de un Colegio Oficial, y al respecto indicó:

"Cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional, las que, sin embargo, deben pagarse a titulo de indemnización porque no se puede adquirir la condición de empleado público si no se accede al cargo en los términos de ley".

La sentencia del 21 de febrero de 2002 [31] , la Sección Segunda del Consejo de Estado al referirse al cargo de una aseadora del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) –seccional Huila- reconoce, sobre la base del principio de la realidad sobre las formas, la existencia de una relación laboral, donde concurren los tres elementos esenciales de este tipo de contratación, sin importar que no se cumpla el mismo horario que los demás empleados y que el cargo no esté previsto en la planta de personal, pues estos factores no son determinantes para desconocer el vinculo laboral y acudir a la figura de la Prestación de servicios. Al respecto reiteró posiciones anteriores así:

" El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. En los contratos de prestación de servicios celebrados por la demandante con la administración se estipuló que ésta en su calidad de docente contratista deberá de acuerdo con las directrices de la entidad, cumplir las funciones de Profesional Especializado en Psicopedagogía, en el Departamento de Santander, bajo la orientación de la Coordinadora General del Programa, por un valor determinado, lo que significa una actividad personal del educador, continuada subordinación y un salario como retribución. En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste. La Sala conforme a la preceptiva de que trata el artículo 85 del C.C.A. considera que en este caso específico hay lugar a la reparación del daño, en razón a que la actora tiene pleno derecho a devengar los mismos salarios y prestaciones que devengan los empleados públicos del municipio. Lo cual quiere decir también que las sumas que se causen en su favor habrán de expresarse como reparación del daño causado, tal como lo autoriza el artículo 85 del C.C.A.. Así las cosas, resulta procedente reconocer en favor de la demandante, a título de indemnización, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los empleados públicos docentes del Municipio".

"(...) De conformidad con el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968 y el artículo 6o. y 7o. del Decreto 1950 de 1973, no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento por mandato constitucional, y el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos

correspondientes. Así las cosas, dirá la Sala que las funciones públicas de carácter permanente asignadas por la ley a los cargos públicos solo las puede ejercer una persona natural, que así adquiere el carácter de trabajador estatal, y para ello debe prestar personalmente el servicio".

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el asunto objeto de estudio De igual manera, la Corte Suprema de Justicia ha sido contundente en señalar la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma o la interpretación del "contrato realidad", pues en aquellas situaciones en las que los particulares celebran contratos civiles de prestación de servicios o contratos con trabajadores ocasionales, pese a que en la realidad revisten una verdadera relación laboral, la ha declarado. En el mismo sentido, ha dicho que uno de los elementos determinantes para señalar cuándo una relación de trabajo es laboral y cuándo es civil, es el análisis de la función contratada, pues si la labor contratada corresponde al "giro ordinario de los negocios" o hace parte del objeto social o función permanente de la empresa y, a ello se suman los demás elementos de la relación laboral, éste será un contrato de trabajo regido por el Código Sustantivo del Trabajo.

A manera de ejemplo, recordamos lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al distinguir la contratación laboral ordinaria de la contratación civil con trabajadores ocasionales. La sentencia del 9 de abril de 1991, M.P. Dr. Ernesto Jiménez Díaz, al respecto manifestó:

"Para la Sala, el trabajo ocasional, accidental o transitorio, regulado por el artículo 6 del C.S. de T., se caracteriza por su corta duración, circunstancia que es opuesta a la continuidad o permanencia en la actividad correspondiente. Además debe tratarse de labores distintas a las efectuadas normalmente por el empleador".

En el mismo sentido, de manera reciente en sentencia del 23 de noviembre de 2004, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, la Sala se refirió al caso de quienes trabajan bajo esta modalidad, pues no les son aplicables las normas referidas a los accidentes de trabajo y riesgos profesionales. Expresó lo siguiente:

" Es cierto que el trabajo ocasional, accidental y transitorio se encuentra incluido dentro de la clasificación de contrato atendiendo a su duración (art. 45 C.S. de T.), pero no es menos cierto que la reglamentación de los riesgos profesionales exige una cierta continuidad en el pago de las cotizaciones, lo que no sería posible en este tipo de contratos donde una de las exigencias es su corta duración, no mayor de un mes (Ibidem art. 6).

Además, otro de los requisitos de este tipo de contratación es que se refiera a labores distintas de las actividades normales del patrono, según lo establece el mismo artículo 6º de la codificación sustancial laboral, lo que dificultaría la clasificación de la empresa en cada caso concreto y en consecuencia el valor de las cotizaciones acorde con la clase de riesgo " La breve descripción de la jurisprudencia que se realizó en precedencia permite inferir dos conclusiones relevantes para el caso objeto de estudio:

La primera, los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.

La segunda, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. Pasa la Sala a ocuparse de ese tema:

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:

i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público.

En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003 [32] , de la Sección Segunda d el Consejo de Estado, expresó:

"…no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes" ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008 [33]).

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003 [34]). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vinculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008 [35]).

iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 [36] a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al "giro normal de los negocios" de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

"… existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento , puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta

es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos …" [37] (subrayas fuera del texto original) v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003 [38] , indicó:

"no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este" En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habituales (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes [39] , a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública [40] , a mensajeros [41] y a un técnico y operador de sistemas [42] .

Y, en el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa [43] En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.

Con base en lo expuesto, la Sala resolverá si la prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente porque se requiere crear los empleos correspondientes, es contraria a la Constitución.

2.7. CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA ACUSADA La disposición normativa impugnada dispone que, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Cabe advertir que esa regla jurídica se encuentra reiterada en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, según el cual " En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos " Sin duda, esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

De esta forma, el texto normativo impugnado constituye un claro desarrollo de las normas constitucionales que protegen los derechos laborales de los servidores públicos porque: i) impone la relación laboral, y sus plenas garantías, para el

ejercicio de las funciones permanentes en la administración, ii) consagra al empleo público como la forma general y natural de ejercer funciones públicas y, iii) prohíbe la desviación de poder en la contratación pública.

De igual manera, la norma acusada despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos. Así mismo, la creación de empleos en la planta de personal de la administración exige convocar, en igualdad de condiciones, a todos los aspirantes y, de todos ellos, escoger con moralidad y transparencia, al servidor con mayores calidades y méritos.

Pero, además de que, como se vio en precedencia, la disposición atacada desarrolla claros e imperativos objetivos constitucionales, para la Sala es evidente que la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, es una medida adecuada y necesaria, por cuanto de esta manera se impide que los nominadores desconozcan el concurso de méritos como regla general de ingreso a la función pública, evadan la responsabilidad prestacional y desconozcan las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, tales como el derecho a la igualdad de oportunidades, a la remuneración mínima vital y móvil, a la estabilidad laboral, a la irrenunciabilidad de derechos ciertos y a la aplicación del principio de favorabilidad, entre otros.

Finalmente, la Corte encuentra en beneficio de la norma acusada que esta no sacrifica desproporcionadamente derechos o intereses en tensión, por dos motivos: el primero, porque, contrario a lo expresado por la demandante, aunque es cierto que los artículos 1º y 25 de la Constitución resguardan las distintas modalidades del trabajo, no lo es menos que, como se explicó en los fundamentos jurídicos 2.5.2. y 2.5.3. de esta providencia, la Carta de 1991 protege de manera especial la relación laboral con el Estado. Luego, la salvaguarda de ese tipo de vinculación debe prevalecer, tal y como efectivamente lo hace la disposición demandada. El segundo, porque, opuesta a la conclusión de la demandante, la norma acusada es una derivación de los principios mínimos fundamentales del trabajo previstos en el artículo 53 superior. En efecto, si el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales es una regla obligatoria que limita no sólo la discrecionalidad de las autoridades administrativas, sino también la libertad de configuración normativa del legislador, es lógico inferir que el ejercicio de funciones permanentes en la administración exige la creación de empleos públicos que deben ser ocupados por servidores públicos y no ejecutados a través de contratos con vigencia temporal, que alteren los derechos a la igualdad de oportunidades de los trabajadores, de acceso al servicio público por mérito y de remuneración en proporción al salario.

En conclusión, como la Corte encuentra ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes, debe declararse la exequibilidad de la disposición normativa impugnada.

2.8. CUESTIÓN FINAL: NECESIDAD DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA RELACION LABORAL A pesar de que, como se vio, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución, lo cierto es que resulta un lugar común afirmar que, en la actualidad, se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out soursing .

Entonces, aunque el texto legal que se estudia es claro y se ajusta a la Constitución de manera evidente, la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada lo describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución. Eso obliga a la Corte a plantearse un interrogante: ¿el control de constitucionalidad abstracto únicamente supone el análisis de validez de la ley o, en ciertos casos, autoriza a ejercer un control sobre su eficacia social? Una primera respuesta permitiría afirmar con rapidez y claridad que el diseño del control de constitucionalidad mixto en Colombia, obliga a separar la validez de la eficacia de la ley, pues mientras la acción de inconstitucionalidad está dispuesta únicamente para ejercer el control de validez de la ley y los otros medios de defensa judicial, tal es el caso por ejemplo de la acción de tutela o de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, tienen a su cargo el control de constitucionalidad de la eficacia o de la aplicación subjetiva y práctica de la ley. También, los organismos de control tienen la responsabilidad jurídica de velar por el cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios públicos. Dicho en otros términos, inicialmente la Sala tendría que responder negativamente al cuestionamiento formulado porque el control de constitucionalidad sobre la aplicación de la ley no puede ejercerse mediante la acción de inconstitucionalidad sino mediante los instrumentos procesales diseñados por el legislador para ese efecto o a través del cumplimiento de las funciones de control.

Sin embargo, a pesar de que el argumento expuesto para responder el interrogante es cierto, también lo es que, de acuerdo con el artículo 241 de la Carta, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, por lo que en aquellos casos en los que existe una clara brecha entre el texto legal y su aplicación práctica, esta Corporación puede ejercer un control integral de la disposición, en cuanto a su validez y a su eficacia social. Así, por ejemplo, en sentencia C-873 de 2003 [44] , la Corte Constitucional se refirió al concepto de “eficacia social” desarrollado por un sector de la doctrina que considera que la existencia de las normas en el ordenamiento jurídico no sólo depende de su validez sino también de su efectiva aplicación por parte de los operadores jurídicos. Así, por ejemplo, esa providencia recuerda que para Robert Alexy el concepto de derecho se elabora a partir de tres elementos: la eficacia social, la corrección material y la legalidad.

Entonces, es lógico sostener que el control de constitucionalidad no sólo puede recaer sobre el texto normativo general y abstracto sino también sobre su eficacia respecto de las autoridades obligadas a acatarla o también sobre su aplicación práctica por las Corporaciones que señalan líneas generales, constantes y uniformes de interpretación de la ley. Así pues, en aquellos casos en los que hay una evidente y clara distinción entre el texto legal objeto de control y su aplicación generalizada, uniforme y constante, procede el control de constitucionalidad sobre la eficacia de la ley.

En consecuencia, como en el caso objeto de estudio, la Sala encuentra que es cierto que, por regla general, la desviación práctica de la norma acusada desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela, también es cierto que, como lo advierten algunos de los intervinientes en el proceso objeto de estudio, la práctica ilegal de la norma acusada evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública.

Por lo expuesto, la Sala insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto [45] .

De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en

muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.

Así, la eficacia normativa de la Constitución que protege de manera especial la relación laboral y la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, impone a los particulares y a todas las autoridades públicas, de una parte, el deber de acatar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios (norma acusada) y las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado sean utilizadas como formas de intermediación laboral (artículo 7º de la Ley 1233 de 2008) y, de otra, la responsabilidad social de evitar la burla de la relación laboral.

Eso muestra, entonces, que a los jueces en el análisis de los casos concretos, a los empleadores, a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, corresponde exigir la efectividad de las leyes que protegen los derechos laborales de los trabajadores. Para ese efecto, en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo.

Así las cosas, en el análisis probatorio del caso concreto, deberá tenerse en cuenta factores como: i) la voluntariedad con la que las partes acuden a la forma contractual escogida. Dicho en otros términos, por ejemplo, si un asociado debe afiliarse a una cooperativa para obtener un contrato de trabajo, es claro que dicha decisión no es libre y, por ese hecho, ese acto constituye una desviación de la forma asociativa legal y constitucionalmente autorizada. ii) la finalidad con la que se acude a la forma contractual, pues si se celebran contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones permanentes de la entidad, o si se acuerda la prestación de servicios personales subordinados a cambio de una remuneración económica con una cooperativa de trabajo, de tal forma que puedan retirarse trabajadores de sus nóminas, o recortarse plantas de personal, o se celebran contratos con empresas de servicios temporales para el desempeño de funciones propias del giro ordinario de los negocios empresariales, es evidente que se ha utilizado una forma contractual legal para desnaturalizar la relación laboral. iii) la prestación directa del servicio y el ánimo con el que el beneficiario del trabajo lo recibe. En efecto, quien contrata un servicio personal de trabajo debe ser plenamente consciente de la naturaleza del vínculo acordado, pues si celebra un contrato de prestación de servicios profesionales no puede exigir subordinación del trabajador, o si celebra un contrato de prestación de servicios con una cooperativa de trabajo no puede ser ajeno a la relación laboral que se genera entre el trabajador y la cooperativa.

En este sentido, corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados de la misma. Por esa razón, y en desarrollo del principio de primacía de la realidad sobre la forma, requerirán el cumplimiento de la ley, en forma solidaria, tanto al verdadero empleador como a quienes actuaron como intermediarios para utilizarla en forma inconstitucional. En otras palabras, las autoridades competentes evitarán la desviación inconstitucional de las normas protectoras de los derechos de los trabajadores y exigirán la responsabilidad solidaria que se deriva del incumplimiento de las reglas legales.

En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los

derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.

Finalmente, esta Corporación conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas.

3. DECISION En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Declarar EXEQUIBLE el último inciso del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, por los cargos analizados en esta decisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente. NILSON PINILLA PINILLA Presidente MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada Aclaración de voto MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado Ausente en comisión JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado Aclaración de voto.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARIA VICTORIA CALLE CORREA A LA SENTENCIA C-614 de 2009 SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD - Importancia de razones de la decisión (Aclaración de voto) La regla mediante la cual el legislador prohíbe la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones de carácter permanente, lejos de desconocer el derecho al trabajo o los principios constitucionales que lo rigen, es una medida orientada a asegurar a los trabajadores el pleno respeto de sus derechos y el goce efectivo de su derecho a un empleo digno, porque se privilegia de forma excesiva el contrato de prestación de servicios sobre el contrato laboral, con los consabido impactos de tal situación sobre las demás garantías sociales de este grupo de personas. Pero tal decisión no puede interpretarse como una suerte de declaración de inexequibilidad del contrato de prestación de servicios, puesto que éste sigue existiendo y es una forma legítima y adecuada para contratar. Lo que pide la Corte es que se respete la realidad y la materialidad de las relaciones laborales, usando las formas adecuadas para cada situación.

Referencia: expediente D-7615 Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968.

Actor: María Fernanda Orozco Tous Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Acompaño la posición de la mayoría de la Sala Plena, en el sentido de declarar la exequibilidad parcial del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968. Como lo sostiene la Sentencia, la regla mediante la cual el legislador prohíbe la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de ‘funciones de carácter permanente’, lejos de desconocer el derecho al trabajo o los principios constitucionales que lo rigen, es una medida orientada claramente, a asegurar a los trabajadores el pleno respeto de sus derechos y el goce efectivo de su derecho a un ‘empleo digno’. De igual forma, comparto el que la Sala pase del análisis en abstracto de la norma a un análisis real y contextual de la misma. Como se indicó, la realidad evidencia que el problema que tienen los trabajadores en la Administración, no es el de la falta de acceso a los trabajos y cargos respectivos, en razón a que se privilegian los contratos laborales por encima de los contratos de prestación de servicios. El problema de los trabajadores es el contrario, que se privilegia de forma excesiva el contrato de prestación de servicios sobre el contrato laboral, a tal punto que se está obstaculizando el goce efectivo del derecho a un trabajo digno, con los consabidos impactos que tal

situación tiene sobre las demás garantías sociales de este grupo de personas de la sociedad. Por tanto, acompaño a la Sala cuando " insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto ".

No obstante, es preciso aclarar que la decisión de la Corte Constitucional adoptada en esta sentencia, en modo alguno puede interpretarse como una suerte de declaración de inexequibilidad del contrato de prestación de servicios. El contrato de prestación de servicios sigue existiendo y es una forma legítima y adecuada para contratar, cuando se trata, en efecto, del cumplimiento de un servicio en las condiciones propias de dicho contrato. Esto es, cuando se trate de una labor que no hace parte de las funciones asignadas a las distintas entidades del Estado, o del giro ordinario de los negocios, que no es central para el desarrollo de los mismos –de acuerdo a los criterios fijados por la sentencia C-614 de 2009 y los demás señalados en el ordenamiento jurídico para el efecto–, y que no se lleve a cabo en condiciones de subordinación. Así, por ejemplo, si una entidad del Estado requiere en un campo específico contratar un (a) experimentado (a) profesional para que realice una capacitación a las personas que conforman la planta de una entidad, buscando así una actualización profesional, es razonable que se celebre un contrato de prestación de servicios y no un contrato laboral. Igual ocurre cuando en el desarrollo de un proyecto debidamente inscrito en el banco de proyectos correspondiente, deban celebrarse contratos de prestación de servicios con personas de distintas profesiones o experticios para desarrollar labores que se requieren temporalmente, para ser desarrolladas sin subordinación, ni dependencia.

El propósito de la Sala no es otro que el de defender la naturaleza de la vinculación a las distintas entidades públicas, y los derechos que de ésta se derivan en un estado social y democrático de derecho, y evitar que personas que llevan a cabo labores específicas y absolutamente indispensable para el correcto desarrollo de las entidades públicas, sean tratadas como contratistas mediante la celebración de un contrato de prestación de servicios. Lo que pide la Corte Constitucional es que se respete la realidad y la materialidad de las relaciones laborales, usando las formas adecuadas para cada situación, sin pretender usar algunas, estratégicamente, para erosionar las condiciones de un trabajo digno.

La sentencia que acompaña esta aclaración, como toda decisión judicial, ha de ser entendida razonablemente y en el contexto del orden constitucional vigente.

Fecha ut supra, MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA C-614/09 Referencia:

expediente D-7615. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2 o (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo I o (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968.

Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Con el respeto acostumbrado, debo expresar que comparto la decisión que la Sala adoptó en el sentido de:

"Declarar EXEQUIBLE el último inciso del artículo 2 o del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1 o del Decreto Ley 3074 de 1968", el cual establece:

"Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones ".

Sin embargo, creo necesario puntualizar en algunos aspectos atinentes al contrato de prestación de servicios, a objeto de evitar desaciertos en torno a la adecuada interpretación de la norma declarada exequible, especialmente, en el aparte que señala que en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios.

En materia de derecho laboral administrativo existe suficiente claridad conceptual respecto de las características del contrato de prestación de servicios y sobre los supuestos en los que realmente se torna indispensable la utilización de esta figura jurídica por parte de las entidades públicas, cuya innegable utilidad hacía imperiosa la necesidad de declarar la exequibilidad del precepto demandado.

Sin embargo, ello no implica una prohibición "absoluta" respecto a la posibilidad de que la administración acuda a la celebración del contrato de prestación de servicios, sino que, su uso se justifica únicamente ante circunstancias excepcionales, que realmente deben configurarse, a objeto de que esta quede habilitada legalmente, para suscribir este tipo de contratos.

En efecto, el indebido manejo del contrato de prestación de servicios, constituye una violación del derecho a la igualdad, por cuanto, en tratándose de funciones de carácter permanentes, los trabajadores que fungen en esas circunstancias, podrían encontrarse en la práctica, bajo una continuada dependencia o subordinación, características que eventualmente configurarían una vinculación legal y reglamentaria y/o un contrato de trabajo, según sea la naturaleza jurídica de la entidad pública y el tipo de cargo.

De manera que, bajo la perspectiva indicada, se podría invocar la presunción de la existencia de una relación laboral; siendo todo ello contrario a uno de los aspectos más relevantes del contrato de prestación de servicio, la autonomía e independencia en la ejecución del mismo.

Ahora bien, es claro que el contratista no es objeto de subordinación respecto al cumplimiento de sus deberes, prohibiciones, u obligaciones, pero, no es menos cierto, que esta característica no niega que el contratante este facultado para establecer supervisión, vigilancia, parámetros, instrucciones o condiciones para la buena prestación del servicio, puesto que, los mismos, no son equiparables a la subordinación y a la dependencia.

De manera que, si la entidad pública asume la calidad de beneficiario de la ejecución de un servicio, relacionado con la administración o el funcionamiento de la entidad, pero que no puede ser realizado por ninguno de los trabajadores que conforman la planta de personal, porque se requiere un conocimiento adicional o especializado, tales funciones no pueden ser de carácter permanente. Es por ello que los contratos de prestación de servicios son de duración corta, solo por el tiempo estrictamente necesario y, además, el monto por el cual se pacta es considerable y equivalente al objeto del contrato, lo cual difiere del concepto de salario y prestaciones sociales.

En ese sentido, la jurisprudencia, ha sido enfática al indicar que la subordinación es contraria a la relación civil, comercial o administrativa, que se derive de un contrato de prestación de servicios.

Me reafirmo entonces en la idea de que la exequibilidad declarada en esta oportunidad, no enerva la posibilidad excepcional del contrato de prestación de servicios que pueden celebrar las entidades públicas, por cuanto, como se dijo, este contrato se encuentra válidamente regulado en la Ley de Contratación Estatal, en sus decretos reglamentarios y en leyes complementarias, pero ello, no faculta su utilización cuando se trate de relaciones laborales, o cuando corresponda a un tipo de vinculación legal o reglamentaria, porque, para proveer los cargos con funciones permanentes, debe acudirse al denominado concurso de méritos.

Bajo el entendimiento esbozado, a no dudarlo, justifica la constitucionalidad del último inciso del artículo 2 o del Decreto Ley 2400 de 1968.

Fecha ut supra, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado [1] Al respecto, e ntre muchas otras, pueden consultarse las sentencias C-1052 de 2001, C-723 de 2004, C-980 de 2005, C-370 de 2006, C-1053 de 2005, C-1048 de 2000 y C-011 de 2001. La sentencia C-509 de 1996: explicó claramente el concepto de certeza del cargo así: “ el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma

legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; esa técnica de control difiere, entonces, de aquella otra encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden ” [2] En Sentencia C-362 de 2001, la Corte concluyó que no existían cargos porque los argumentos dirigidos a reprochar la disposición partían de proposiciones que no se derivaban de la norma acusada. Igualmente, en sentencia C-723 de 2004, la Corte manifestó que la acusación contra la ley demandada no cumplía el requisito de certeza porque el contenido asignado a la norma acusada no era real o verdadero.

[3] Mediante Sentencia C-504 de 1995, la Corte concluyó que la disposición acusada no correspondía a la realmente consagrada por el legislador. De la misma manera, la sentencia C-980 de 2005, expresó que “ la censura que respalda la solicitud de inconstitucionalidad se basa en una interpretación errada de las normas acusadas y en una proposición jurídica deducida por los actores, debe concluir la Corte que la demanda es sustancialmente inepta ” [4] Sentencia C-447 de 1997 [5] Sentencias C-1122 de 2008. C-428 de 2008, C-032 de 2008, C-781 de 2007, C-811 de 2007 y C-451 de 2005.

[6] En este sentido, pueden verse las sentencias C-774 de 2001, C-575 de 2004, C-1081 de 2002, C-823 de 2006, C-329 de 2001, C-1155 de 2005, C-879 de 2005 y C-857 de 2005, entre otras.

[7] Cabe recordar que la Ley 909 de 2004 derogó la Ley 443 de 1998, en cuyo artículo 87, disponía expresamente que el Decreto 2400 de 1968 se aplicaba a todas las relaciones de trabajo de los empleados que presten sus servicios en las entidades públicas allí establecidas.

[8] 1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos: a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos. - Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

- A los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. - A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 <sic, se refiere al Art. 1322, que modifica el Art. 3023 de la Ley 294 de 1996> de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades: - En las corporaciones autónomas regionales. - En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil. - En la Comisión Nacional de Televisión. - En la Auditoría General de la República. - En la Contaduría General de la Nación;

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público. - Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo. - Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

- Fiscalía General de la Nación. - Entes Universitarios autónomos. - Personal regido por la carrera diplomática y consular. - El que regula el personal docente.

- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República PARÁGRAFO 2o. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley" .

[9] Entre otras, pueden consultarse las sentencias C-177 de 2005, C-100 de 2005, C-019 de 2004, C-038 de 2004, C-425 de 2005 y C-580 de 1996.

[10] El artículo 19 de la Ley 909 de 2007 definió el empleo público así: " El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado " [11] Artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo.

[12] Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. [13] Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Cabe anotar que la definición de contrato de prestación de servicios fue modificada por el artículo 2º del Decreto 165 de 1997, pero esa norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-132 de 1997. Luego, en ese aspecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no ha sido modificado.

[14] Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-960 de 2007, C-282 de 2007, C-386 de 2000, C-397 de 2006, C-154 de 1997, C-236 de 1997, T-214 de 2005, C-124 de 2004, T-1109 de 2005 [15] Sentencia C-154 de 1997.

[16] Véanse las sentencias C-154 de 1997, C-056 de 1993, C-094 de 2003, C-037 de 2003, T-214 de 2005 [17] Sentencia C-094 de 2003. [18] Sentencia C-960 de 2007.

[19] Sentencia C-739 de 2002 [20] Sentencia C-154 de 1997 [21] T-1058 de 2007. [22] esta Corporación, en la sentencia T-500 de 2000, fundamento 14, señaló al respecto:

"En conclusión, en cada situación concreta hay que analizar si hay contrato de trabajo y si debe proteger el salario. La denominación: contrato de prestación de servicios, para efectos de la protección mediante tutela, no afecta la viabilidad de la tutela, si en realidad existe es una relación laboral y dentro de ésta el factor salarial y la subordinación como elementos esenciales. Si se da lo anterior, el siguiente paso es analizar si se afecta el mínimo vital del trabajador, ocasionándosele un perjuicio irremediable por el no pago oportuno del salario. Si adicionalmente se afecta la dignidad y la igualdad con mayor razón prospera la tutela. Pero, lo que no es dable es mediante tutela hacer cumplir cláusulas de un contrato de características civiles o comerciales bajo la disculpa de que otros contratos si se cumplieran; serán otras las vías judiciales para exigir el cumplimiento contractual".

En similar sentido ver, entre otras las sentencias T-890/00 y T-033/01, así como la sentencia T-905/02. [23] Sentencia T-500 de 2000 [24] Artículo 70 de la Ley 79 de 1988.

[25] "(…) la relación de trabajo puede existir aún cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une" Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. 24 de abril de 1975.

Sobre este mismo tema, esta Corte justificó este principio aduciendo que consiste en “determinar la situación real en que se encuentra el trabajador respecto del patrono, la realidad de los hechos y las situaciones objetivas surgidas entre estos. Debido a esto es posible afirmar la existencia de un contrato de trabajo y desvirtuar las formas jurídicas mediante las cuales se pretende encubrir, tal como ocurre con los contratos civiles o comerciales o aún con los contratos de prestación de servicios”. Sentencia T-992 de 2005.

[26] Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06. [27] Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02 [28] Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003 [29] Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05 [30] Consejero Ponente: Jesús María Lemus Bustamante, expediente 4312 [31] Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001, [32] Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003 [33] Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

[34] Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02 [35] Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05 [36] Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001, [37] Sentencia del 21 de abril de 2004, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22426.

[38] Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003 [39] En este sentido, ver sentencias del 7 de abril de 2005, expediente 2152, del 6 de marzo de 2008, expediente 4312, sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 4669, del 14 de agosto de 2008, expediente 157-08 [40] Sentencia del 23 de junio de 2005, expediente 245.03 [41] Sentencia del 16 de noviembre de 2006, expediente 9776.

[42] Sentencia del 17 de abril de 2008, expediente 2776. [43] Sentencia del 10 de octubre de 2005, expediente 24057, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez [44] Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

[45] No debe olvidarse que el artículo 48 de la Ley 734 de 2001 dispone como falta gravísima del servidor público “ celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales ”

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 31 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.