

LOS TRABAJADORES DE HECHO

AUTOR: LEONEL DAVID OSORIO MENDOZA

PRESENTADO A LA PROFESORA:

NIDIA JOHANA ROBLES VILLABONA

DIRECTORA DE ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PROGRAMA DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

VALLEDUPAR COLOMBIA

AÑO 2015

Contenido

Contenido

Resumen.....	3
Tema.....	4
Problema	
jurídico.....	4
Pregunta.....	5
Hipótesis.....	5
Objetivo	
general.....	6
Objetivos	
específicos.....	6
Estado del	
arte.....	6
Metodología.....	6
Introducción.....	7
Desarrollo	
Teoría de los Trabajadores de Hecho.....	12
Conclusiones.....	30

Resumen

Es claro, de acuerdo al criterio de la Corte Constitucional Colombiana, que en la realidad los Entes Territoriales, y en general el Estado, en ciertas ocasiones se ven beneficiados por el trabajo personal y subordinado de las personas sin satisfacer las condiciones o requisitos jurídicos, establecidos en la Constitución y la ley, requisitos estos, indispensables e imprescindibles para una vinculación laboral en forma. Pero eso está muy lejos de significar la inexistencia del vínculo laboral, al respecto la Corte Constitucional ha dicho que *“Aceptar que sólo por la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad. Y eso es tanto como desconocer la Constitución. Porque esta última ordena justamente lo contrario: concederle primacía a la realidad sobre las formas (art. 53, C.P.). Por tanto, cuando la justicia laboral advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un municipio, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver al municipio. Podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la justicia contencioso administrativa. Pero si hay buenas razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia laboral debe decidir el fondo de la cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado, y en caso afirmativo condenar al municipio al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar.”* (Sentencia, 2011)

Por lo tanto esta investigación está orientada a verificar y descifrar el alcance del principio constitucional de la prevalencia o primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 de nuestra Carta Magna, teniendo en cuenta que la zona de confort de los jueces administrativos de nuestro país consiste en declarar una relación laboral solo en casos concretos donde está de por medio una orden o contrato de prestación de servicios, que por sus defectos en el fondo o en la forma termina desembocando en una relación subordinada que da origen a una relación laboral, pero no atreviéndose a tutelar los derechos laborales de aquellas personas que

sin contar con una vinculación formalizada por actos administrativos, contratos u órdenes escritas presta un servicio y plenamente probado a favor de una entidad pública cumpliendo con los tres elementos básicos constitucionales que dan lugar a la mencionada relación laboral, es decir se constituyen como trabajadores de hecho, tal como los ha titulado la jurisprudencia, el precedente judicial y la doctrina.

Tema

Los derechos laborales de los trabajadores de hecho de las Entidades Públicas

Problema jurídico

Colombia es un país de muchas leyes pero a la vez de muchas desigualdades, por eso dentro de esta investigación nos concentramos en analizar el comportamiento de las Entidades Públicas ya sean territoriales o nacionales que son generadoras de esas desigualdades, vulneraciones flagrantes del derecho de las personas que al acudir ante la administración de justicia no encuentran protección a sus derechos, tal vez porque dicha administración está centrada mas en resolver conflictos jurídicos que en administrar verdadera justicia, tal vez porque está centrada mas en meras formalidades, en cumplir el procedimiento que en garantizar derechos.

Dicho lo anterior el problema en este caso se presenta cuando las personas con el consentimiento del Estado; pero sin las formalidades que requiere la ley le prestan un servicio personal y subordinado a éste, y en virtud de la ausencia de esas formalidades dichas personas no obtienen la contraprestación o remuneración al servicio efectivamente prestado, por lo cual se ve perjudicado por las acciones u omisiones del mismo beneficiario en sus derechos fundamentales, tales como el mínimo vital, derecho al pago oportuno de los salarios, derecho a la subsistencia, derecho a la salud entre otros.

Los argumentos generales para no cancelar la remuneración por el servicio personal y subordinado prestado obedece a que dichos trabajadores no ostentan la calidad de empleado público pero que tampoco la ostentan como trabajador oficial, las cuales son

las dos formas legales de tener vinculación laboral con el estado pero que al final no satisfacen la realidad social de todos los trabajadores.

También argumenta la administración de justicia que es necesario, en caso de no ostentar las dos calidades anteriores, el que exista un contrato escrito de prestación de servicios, que por mediar un elemento de subordinación en el desarrollo de las actividades, pueda deformarse y desembocar en un contrato realidad.

Si bien son validas todas estas figuras jurídicas como verdaderas formas de relación laboral, considera la Corte Constitucional, que el restringir la relación laboral al cumplimiento de estos requisitos solamente, se está vulnerando el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en nuestra constitución ya que existen personas que prestaron sus servicios laborales al estado sin tener ninguna de estas formas de vinculación pero que se comportaron realmente como trabajadores a favor del Estado y que a su vez el estado consintió y permitió la prestación de dicho servicio pero a estos trabajadores no se les está garantizando sus derechos laborales.

Pregunta

¿Tienen derecho al pago de salario y prestaciones sociales los trabajadores de hecho que hayan prestado sus servicios de manera subordinada a favor del estado sin importar su forma de vinculación?

Hipótesis

El Estado debe remunerar a los trabajadores de hecho por los servicios prestados, no por el tipo de vinculación, sino por el servicio que estos prestaron como verdaderos trabajadores y que lo benefició, en el entendido de que el estado no puede trasladar al trabajador la carga por la omisión al deber de observar las solemnidades al momento de contratar.

Objetivo general

Establecer si los trabajadores de hecho tienen derecho al pago de salario y prestaciones sociales por haber prestado sus servicios de manera subordinada a favor del Estado, sin importar su forma de vinculación en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Objetivos específicos

Establecer si los trabajadores de hecho tienen los mismos derechos en cuanto a los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores con una vinculación en forma.

Verificar con base en la jurisprudencia colombiana que tipo de solución hay para los trabajadores de hecho que no se les ha cancelado la remuneración con base en el servicio prestado y que límites tiene el reclamo de estos derechos.

Establecer con base en la jurisprudencia que tipo de acción es procedente y ante que jurisdicción para reclamar derechos laborales de los trabajadores de hecho.

Estado del arte

Frente al tema que nos ocupa, podemos encontrar que la Constitución Política de 1991 en su **Artículo 53**. Regula las condiciones generales que rigen de manera prácticamente uniforme toda relación laboral, teniendo como principales criterios principios mínimos fundamentales que debe estar presentes en dicha relación, tales como la Igualdad de oportunidades para todos los trabajadores, una remuneración mínima vital y móvil, a trabajo igual, salario igual cuando se habla de proporcionalidad en el empleo y en la cantidad y calidad del trabajo, también encontramos la estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades, obviamente según sea el caso, para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, también trae el principio de favorabilidad laboral en virtud del cual se aplicara la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por aquellos sujetos de las

relaciones laborales, la seguridad social como derecho irrenunciable refiere el artículo cuando habla de garantía a la seguridad social, así como también a la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario se refiere a que deben asegurarse el legislador que estos no les sean vulnerados al trabajador, también consagra la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

También el artículo constitucional en comento impone al estado el estado garantiza el derecho al pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales y la actualización de las pensiones, referido como “reajuste periódico de las pensiones legales”.

El artículo 53 referido, confiere a los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacer parte de la legislación interna, como bloque de constitucionalidad, en el caso de que versen sobre derechos fundamentales y como norma al nivel del Código Sustantivo del Trabajo y otros aquellos que sean ratificados, por lo cual no podría tenerse como criterio auxiliar sino como verdadera ley.

Por último, entre otras cosas, sienta las bases para estimar un mínimo de derechos y garantías cuando refiere que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

También tenemos que la misma Carta Constitucional que venimos comentando en otro artículo, es decir el 25. Contiene la protección del trabajo de manera especial por parte del Estado Colombiano consagrándolo como derecho y obligación social que debe ser garantizado en condiciones de justicia y dignidad humana.

Ahora bien, mucho antes de nuestra Carta Constitucional actual, en la ley 6 de 1945 en su **artículo 1**, artículo este que luego fue modificado por el artículo 1, de la Ley 64 de 1946. Describe perfectamente cuando existe un contrato de trabajo entre aquella persona que presta un servicio personal, con características como que sea prestado bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración y quien recibe tal servicio caso en el cual este último se denomina empleador, también deja clara dicha norma que no es contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor

determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten, a horario, reglamentos o control especial del patrono.

También refiere la norma analizada el caso específico de que dicha relación no se haya estipulado por escrito o con formalidades refiriéndolas como estipulaciones lícitas escritas, situación está que devienen en que dicho contrato de trabajo se entenderá celebrado de conformidad con los modelos que el Gobierno promulgare

Dichos modelos en todo caso, no podrían contener estipulaciones gravosas para las partes o sujetos de las relaciones laborales, por lo que el gobierno buscaba el equilibrio en este tipo de relaciones, con el objeto de salvaguardar los derechos que en esos momentos tenían los trabajadores.

Por otra parte, refiriéndonos al estatuto que rige las relaciones laborales ordinarias y que es la base de otras que versan sobre asuntos similares es decir, Código Sustantivo del Trabajo, encontramos una definición de lo que es la relación laboral en su artículo 22 que establece que Contrato de trabajo es 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, es decir prácticamente igual que lo refiere la ley 6 de 1945 y que deja entre ver los elementos esenciales de dicha relación o contrato.

Identifica además a las partes cuando dice que Quien presta el servicio se denominaría el trabajador, para luego denominar a quien lo recibe y remunera, como el empleador, ordenando además que dicha remuneración, independientemente de su forma se denominaría salario.

Como ya se dijo antes, acerca de los elementos esenciales, el código Sustantivo de Trabajo no se conformo con enunciarlos en su artículo 22 sino que en el siguiente Artículo es decir, el 23 les otorga su el nombre de los elementos esenciales.

Dichos elementos son una condición inescindible y fundamental para la existencia de un contrato laboral por lo cual la ley exige en el artículo en comento que es necesario

que estos elementos concurren. Para describirlos o enunciarlos emplea literales así a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo. b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador al empleador, obediencia que se traduciría en cumplimiento de horarios, permisos, llamados de atención, reglamentos, calendarios entre otros similares, por lo cual la ley faculta a los empleadores a exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

Lo anterior, también refiere la norma, con el propósito de salvaguardar los derechos Fundamentales de la parte más débil en la relación laboral, sin que se afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país. Por último el legislador establece como último literal el c. que contiene como elemento esencial el salario como retribución del servicio. Por lo anterior una vez que se presenten o reúnan los tres elementos se entiende que existe un verdadero contrato de trabajo independientemente del nombre que se le asigne, condiciones o modalidades que se le agregan lo cual no por existir desnaturalizan dicho contrato.

De la misma manera el artículo 24. Del ya comentado Código, sobre el contrato realidad, consagra una presunción legal en el cual refiere que se presume que toda relación de trabajo personal, es decir, entre un trabajador y un destinatario del trabajo está regida por un contrato de trabajo.

También hay otras normas que regulan las relaciones laborales pero ya en el contexto de los trabajadores a cargo de las entidades estatales, en tal sentido el decreto 1848 DE 1969 que en el artículo 1º. define a los *empleados oficiales* las personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, es decir, aquellos que prestan sus servicios a favor del estado y que de igual forma están definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

También aporta el decreto comentado, la forma de vinculación usual de dichos empleados oficiales, los cuales como bien lo dice la norma, pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

De aquí nace el criterio para definir quien es un empleado público y cuando se está ante un trabajador oficial, criterio este, que se quedo corto ante las realidades del derecho actual y que tratamos en el presente estudio.

También es mas estricto dicho decreto al limitar en su Artículo 6º el Contrato de trabajo, por cuanto afirma que el contrato de trabajadores oficiales con las entidades, establecimientos públicos o empresas de carácter oficial correspondiente, deberá constar por escrito.

En cuanto a la Jurisprudencia, el Concejo de Estado en sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003³, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "*coordinación*". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "*subordinación*" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido *personal* y que por dicha labor haya recibido una *remuneración* o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista *subordinación* o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la *permanencia*, es decir que la labor sea inherente a la entidad y *la equidad o similitud*, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral

Metodología

Para desarrollar la presente investigación de manera cualitativa, se hará uso de la consulta de las fuentes formales del derecho administrativo laboral, jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para determinar cuál es la doctrina jurídica predominante que se ha desarrollado frente el tema.

Introducción

El tema de las relaciones laborales entre el Estado en todas sus esferas y los ciudadanos que le prestan sus servicios siempre ha sido objeto de debates debido a que la configuración y practica de dichas relaciones en la realidad fáctica, es decir la de los hechos son más profundos y complejos que los enunciados en normas legales expresas.

Dicho lo anterior, al analizar las relaciones laborales del Estado con los particulares o sus agentes, encontramos que la ley los llama como servidores públicos, los cuales se clasifican como regla general entre empleados públicos y trabajadores oficiales. Además existe otro grupo de personas que presta su fuerza laboral a favor del Estado, claro está, no en virtud de una relación laboral sino a través de una relación civil y comercial por contratos u órdenes de prestación de servicio, en expresas y contadas ocasiones, o por lo menos así debería ser.

Los empleados públicos, desde el punto de vista de su vinculación, tienen una relación legal y reglamentaria con el estado traducido esto en que estos son autorizados por el

estado a través de un acto de nombramiento, posesión y bajo la gravedad de juramento, mientras que los trabajadores oficiales se vinculan al servicio del Estado por medio de un contrato de trabajo.

Desde el punto de vista de sus funciones el empleado público estos se califica así cuando desempeñan cargos de dirección o confianza, y se distingue de los trabajadores oficiales ya que estos últimos se desempeñan en labores de construcción y sostenimiento de obras públicas.

En forma general se denomina empleado público a las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos y en todas las dependencias con excepción: los trabajadores de los establecimientos públicos que hayan sido calificados como trabajadores oficiales por los respectivos estatutos en consideración a las funciones que desempeñan y por las cuales se entienden vinculadas mediante contrato de trabajo.

Ahora bien, ***¿tiene derecho a salario y prestaciones sociales una persona que presta un servicio personal subordinado a favor del estado, autorizado por este y con una promesa de remuneración sin estar vinculado expresamente ni por una situación legal y reglamentaria, contrato de trabajo o contrato u orden de prestación de servicio? Ya lo veremos.***

Desarrollo:

Teoría general de los trabajadores de hecho

Para poder definir claramente lo que significa el concepto de los trabajadores de hecho es necesario primero hacer una aproximación a los conceptos generales de derecho del trabajo en lo que concierne a la relación laboral en general, los sujetos que la conforman, sus elementos, la presunción de esta y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Por otra parte tenemos que una relación laboral es aquella que se configuran entre una persona natural denominado trabajador y otra persona natural o jurídica denominado como empleador en virtud de la cual el primero le presta sus servicios personales de manera subordinada, bajo la promesa de una contraprestación por los servicios prestados.

De lo anterior se puede resaltar que la relación laboral consta de tres elementos esenciales que son: PRESTACION PERSONAL DEL SERVICIO, SUBORDINACION Y REMUNERACION.

Dentro de nuestra legislación laboral, encontramos que el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 23 es el que contiene lo relacionado a los tres elementos mencionados anteriormente y los define refiriendo que “para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos, a. la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. un salario como retribución del servicio.”

Por otro lado también se debe resaltar que la relación laboral se configura mediante contrato de trabajo que puede ser, según su forma, de manera escrita o verbal, esta última forma es la que nos incumbe en lo relacionado con los trabajadores de hecho. como pasaremos a explicar más adelante.

En desarrollo de lo referente al contrato de trabajo verbal el mismo código sustantivo del Trabajo refiere en su artículo 24 una presunción legal la cual advierte que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, por lo cual vemos que la forma escrita del contrato de trabajo no es esencial para que se configure la relación laboral.

Ahora bien, hechas estas aproximaciones, desde el punto de vista del derecho privado pero que de manera general son reguladoras de los conceptos fundamentales del derecho laboral en Colombia nos centramos en definir desde el punto de vista del derecho público lo referente a la relación laboral.

En el artículo 53 de nuestra Constitución política de 1991 nos ilustra acerca del concepto mínimo de las relaciones laborales en Colombia diciendo que el congreso deberá expedir el estatuto del trabajo que como mínimo deberá contener;

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

También como ya se ha comentado, el Estado deberá garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

Revisado el artículo precitado vemos como el estado mediante su carta fundamental se ocupa de prever los casos, en los cuales la realidad sea diferente a la forma, debe primar la realidad, es decir, los hechos, siendo así como regula las relaciones laborales, dándole preponderancia a la realidad de los casos que a las formalidades requeridas para estos.

En este punto es donde se evidencia la existencia de ciertas situaciones laborales que existiendo en la realidad, escapan a los requisitos formales de las mismas, sobre todo en relación con las entidades públicas donde se hacen más evidentes por el carácter de la relación legal y reglamentaria que deben tener quienes trabajen a favor del estado.

Tal es el caso de los trabajadores de hecho que por definición de nuestra Corte Constitucional en reciente sentencia T 556 de 2011 son aquellos trabajadores, en este caso estatal, que no cumplen con los requisitos exigidos para considerárseles como trabajadores oficiales, ni se encuentran inmiscuidos en una situación legal y reglamentaria como empleados públicos; pero que le han prestado un servicio al estado con todos los elementos esenciales de la relación laboral, esto es, actividad personal del trabajador, subordinación y remuneración. Es una forma de vinculación irregular que merece cualquier modo de la misma protección que los derechos fundamentales le dispensan a todas las relaciones laborales.

Tal situación esbozada en el caso de los trabajadores que no cumplen con la situación legal para una relación laboral con el estado en debida forma legal se le conoce como una vinculación irregular que no es más que aquella que se da cuando no se cumple con los requisitos requeridos para realizar una vinculación laboral con el estado, ya sea como trabajador oficial o legal y reglamentaria es decir, un contrato de trabajo en el

caso de los Trabajadores oficiales, o en el caso de los empleados públicos, (i) la existencia de un acto administrativo que ordene la respectiva designación en el cargo (ii) la posesión para tomar el cargo, (iii) la existencia del cargo en la planta de personal de la entidad (iv) la disponibilidad presupuestal para atender las obligaciones salariales y prestacionales derivadas de la prestación del servicio (v) las regulaciones generales que gobiernan el ejercicio de las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas. (SENTENCIA, 2011)

Haciendo estas precisiones tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional denominan esta forma de vinculación irregular en algunos casos Contrato realidad y en otro trabajadores de hecho pero que tiene por objeto cumplir la misma finalidad Constitucional de garantizar la primacía de la realidad sobre las formalidades, emanada del artículo 53 de nuestra Carta Magna.

Afirma el Consejo de Estado en fallo 1129 de 2011 Al tratar un caso de contrato Realidad, que dicha sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos. Para que se de la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir

que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia. (SENTENCIA, 2011)

Se sigue entonces, que cuando el Consejo de Estado se refiere al contrato realidad lo hace con base a la preexistencia de un contrato de prestación de servicios profesionales que pretende ocultar la realidad de una relación laboral que se configura cuando en dicha actividad personal prestada por el contratista se configuran los elementos esenciales de la relación laboral. En esta situación se desdibuja o desfigura el inicial contrato estatal de prestación de Servicios y se configura el de trabajo o el contrato realidad pero ¿qué ocurre en el caso de los Trabajadores de Hecho? pues para tratar el tema, es preciso referir que dicho término fue acuñado como ya se ha mencionado antes, por la Corte Constitucional en sentencia T-556 de 2011, y esta situación se configura, cuando en virtud de una vía de hecho nace o se origina una relación laboral.

Ahora bien para entender el concepto antes referido habría que entender que es la vía de hecho administrativa, la cual según sentencia de la Corte Constitucional T-275 de 2012 se produce cuando quien toma una decisión, sea de índole judicial o administrativa, lo hace de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico, en conclusión, un trabajador de hecho es aquel que por orden o permiso de un servidor público, sin un contrato, o sin un nombramiento (situación legal y reglamentaria) trabaja a favor de una entidad estatal, en las mismas condiciones, o en condiciones similares en que lo haría un trabajador legalmente vinculado. (SENTENCIA, 2012)

Las condiciones similares mencionadas en el párrafo anterior, hacen referencia, más específicamente entre los otros elementos esenciales de la relación laboral, a la situación de subordinación que se define legalmente como el cumplimiento de un horario, el cumplimiento de órdenes, sujeción jerárquica en virtud de la cual se obedecen llamados de atención, se solicitan permisos etc.

Llegando al punto de los trabajadores de hecho, de esta forma irregular de prestación de una actividad personal favor del Estado en cualquiera de sus manifestaciones, y atendiendo a las condiciones jurídicas, establecidas en la Constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma nace el problema jurídico de que este tipo de trabajadores no son empleados públicos, ni trabajadores oficiales, ni mucho menos contratistas independientes a favor del estado por lo cual no existe una regulación normativa clara que tenga prevista tal situación por lo que pueden verse afectados los derechos fundamentales de dichos trabajadores.

La Corte Constitucional para abordar el tema en virtud del caso más claro tratado por la jurisprudencia recientemente, en cuanto a un trabajador de una Institución educativa oficial que prestó sus servicios como conserje, el señor Carlos Alberto Al tahona de sesenta y siete (67) años de edad, se refiere respecto de la protección de los derechos laborales de los Trabajadores de hecho diciendo que para la Sala era claro que en la realidad los municipios, y el Estado en general, en ocasiones se benefician de trabajo prestado de manera personal y subordinado, además sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la Constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma. Pero que eso no significa que no haya vínculo laboral pues toda vez, que al aceptar que sólo por la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad lo que se traduciría como desconocer la Constitución Colombiana, ya que esta última ordena todo lo contrario, es decir, concederle primacía a la realidad sobre las formas.

Dicho lo anterior ordeno que cuando la justicia laboral advierta que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un municipio, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver al municipio. Podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente, es decir, la jurisdicción contencioso administrativa. Pero si hay buenas razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia

laboral debe decidir el fondo de la cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado, y en caso afirmativo condenar al municipio al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar. (SENTENCIA, 2011)

Por otra parte también encontramos que mediante sentencia C-154-97 en la que Los ciudadanos **Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero**, en ejercicio de su derecho consagrado en el numeral 4o. del artículo 241 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa, nuestra Corte Constitucional, al estudiar dicha demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma mencionada, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo en su análisis que es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. (COLOMBIA, 1993)

Por lo tanto del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo, se obtiene que sus elementos sean bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En conclusión, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, no puede

tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales pues su labor sería prestada en virtud del derecho de comercio, pero por el contrario, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

En síntesis, para acumular de manera general la idea de los trabajadores de hecho o de contrato realidad, lo que se debería debatirse en proceso, o el fin último de la actividad procesal no sería discutir o discurrir sobre qué tipo de vinculación tiene el trabajador que reclama el amparo de sus derechos, esto sería secundario, es decir, serían meras formalidades, lo principal es determinar si el trabajador beneficia a la entidad con su actividad personal y si además esta actividad la presta de manera subordinada y habiendo establecido esto determinar si tiene derecho o no a la remuneración o contraprestación por su trabajo, como ejemplo de esto se extrae de la sentencia T 556 de 2011 de la Corte Constitucional que narra acerca de otra sentencia tratada antes por ella, que Además, en dicho proceso, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal procedió a verificar si se trataba de un trabajador oficial, asunto regulado expresamente por los Decretos 3135 de 1968 y 1333 de 1986, y concluyó que no. Para empezar, adujo que, según estos dos cuerpos normativos, los servidores de las entidades municipales que se dedicaran a “la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales”. Por eso, procedió a establecer si las funciones de un celador pueden caracterizarse como propias de un trabajador oficial, y asumió que no, de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo anterior refirió el tribunal en comentario que no era exacta, la afirmación de la parte actora de que por tradición legal los oficios de chofer, celador y aseo, por su naturaleza se consideren desempeñados ‘por personas vinculadas contractualmente, bajo la especie de trabajadores oficiales’. No existe ni ha existido ninguna norma

legal que haya hecho o haga tal definición y lo que se sabe es que siempre los servidores de la Administración Pública central, con la excepción antes indicada, son empleados públicos, como lo son los de la rama jurisdiccional, así se trate de chofer, celador o aseadora.

Así, el Tribunal adujo que el demandante no tenía la condición de trabajador oficial. Pero, como tampoco tenía la de empleado público, porque no había sido vinculado en forma legal y reglamentaria, por lo cual no era posible condenar al municipio al pago de las prestaciones laborales causadas durante más de treinta (30) años de prestación de servicios personales subordinados. Contra esta decisión, el peticionario interpuso el amparo.

Ya en la acción de tutela, el peticionario cuestionó el fallo de segunda instancia, porque en su concepto trató de dilucidar su calidad de trabajador oficial o empleado público, sin necesidad. Pero a cambio, se abstuvo de reconocer los efectos jurídicos derivados de la realidad del vínculo laboral creado entre él y el Municipio. expresando su idea al referir que la sustanciadora magistrada solo entra a elucubrar un debate de normas jurídicas que si se mira bien, en nada tiene que sustanciarse para demostrar lo que realmente sucedió en el terreno de los hechos como es la realidad fáctica de la relación laboral que aporté con los medios probatorios y que configuran realmente los extremos laborales entre el municipio y el suscrito de un contrato de tipo verbal que son legales y válidos en Colombia.

Se concluye respecto a este tema que no basta con clasificar el tipo de vinculación que tuvo un trabajador, restringiendo eso solo a lo formal sin darle aplicación a la realidad, que sería lo contrario a lo establecido en el mencionado artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que realmente busca el ciudadano cuando acude ante la administración de justicia es que se le cobijen sus derechos de forma justa, el ciudadano no busca una retorica que no conduzca a la protección que merecen del estado sino una justicia real y efectiva, por lo que no cabe duda que quien trabaja es merecedor de una remuneración proporcional a sus actividades realizadas, por lo cual el código Sustantivo refiere “a trabajo igual, salario igual”, independientemente de si fue

vinculado de manera legal o regular, lo que cobija la constitución son derechos más profundos como lo es el derecho a la vida digna y a la subsistencia, derechos estos, que no se cobijan bajo retóricas exposiciones o dilemas de si un trabajador tiene calidad de trabajador oficial o empleado público, y al final no se le soluciona su problema al no estar inmerso en ninguna de las dos formas de vinculación. Estos derechos se cobijan cuando probada la prestación del servicio se le remunera su trabajo. En tal sentido la corte Constitucional refiere que ese derecho está planteado de modo general (para toda persona) en el artículo 1° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, al decir que la Administración de Justicia está configurada para hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y las leyes. Por ende, *Su* linaje constitucional fue reconocido por esta Sala en la sentencia T-084 de 2010, al tutelar entre otros el derecho a acceder a la justicia efectiva de un trabajador, tras advertir que en sede judicial sus derechos no produjeron todos los efectos establecidos por la ley sustancial, y sin justificación suficiente.

Referido a esto, se advierte que la Constitución dice, en el artículo 2°, que las autoridades de la República están instituidas –entre otras- para “asegurar” el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares.

Dice Antonio Pérez Luño que en virtud del derecho a la seguridad jurídica, el Estado tiene el correlativo deber de exigir cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de aplicación. (Luño, 1996)

En sentencia con Expediente: 25000-23-25-000-2003-00839-01, el consejo de estado resolvió el problema jurídico de una relación laboral de hecho derivada de un contrato de prestación de servicios que se configuro en un contrato realidad afirmando que la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de ellos mismos como Consejo de Estado, han acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el

principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras. (Contrato Realidad, 2003)

Así al estudiar el precepto referido en aquella controversia refirió que en la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión "*En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales*" no consagró una presunción *de iure* o de derecho, que no admite prueba en contrario, puesto que el afectado, tendría la posibilidad de demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

Ahora bien, concentrándonos en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Ahora bien para establecer si una persona que prestó sus servicios a favor del estado tiene derecho al pago de sus derechos laborales dicho trabajador tiene la responsabilidad o carga de demostrar o probar que su labor fue ejercida en virtud de una relación laboral, la cual ya lo dijo la corte constitucional que debe demostrar los elementos esenciales que la configuran pero que en ultimas el elemento determinante en ultimas es la continuada subordinación.

Dicho elemento debe ser demostrado en el transcurso de un eventual proceso judicial, caso en el cual se hablaría de la carga de la prueba de la relación laboral de hecho que a criterio del suscrito, y en concordancia con la ley laboral y a jurisprudencia del caso,

está distribuida entre las partes, en el sentido de que se está ante una presunción legal que admite prueba en contrario como lo es la establecida en el Artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo al establecer que se presume que toda relación de trabajo personal se encuentra regida bajo un contrato de trabajo, por lo cual la corte suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554:

Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación

De lo que puede entonces definir, como ya se dijo que la carga de la prueba se reparte entre el trabajador y el empleador a saber, que al primero le corresponde demostrar que presto una actividad personal a favor de un empleador beneficiario de esta labor y solo le basta afirmar a dicho trabajador que la prestación de dicha labor se efectuó bajo subordinación continuada, mientras que al empleador o beneficiario de la labor prestada le corresponde demostrar que dicha labor no fue subordinada.

Por último demostrada la relación laboral, nacería para el trabajador la protección de sus derechos fundamentales consignados en los artículos 25, 48,53 y otros concordantes de la Constitución Política de 1991. Estos derechos laborales en el caso de los trabajadores de hecho, aunque no existe un régimen legal que los exprese como tal en virtud de su irregular vinculación, al ser reconocida su relación laboral, independientemente del tipo de vinculación que hayan tenido gozan de la protección del estado en su derecho al trabajo, al mínimo vital y móvil, al principio de la primacía de la realidad sobre las formas entre otros derechos consignados en el artículo 53 de nuestra Carta Fundamental.

Este artículo se encuentra redactado en nuestra Constitución de la siguiente forma:

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

(...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.” (constituyente, 1991)

Visto el artículo transcrito se analiza lo dicho en cada renglón de esta por lo cual se tiene que este prevé, encontramos la igualdad de oportunidades para los trabajadores; en este aspecto no se limita a encerrar dicha igualdad a los trabajadores oficiales, ni privados, ni empleados públicos, sino que cubre a todos los trabajadores, hayan sido con vinculación legal o de forma irregular. La remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; lo cual respecto de esto podemos comentar que dicho aparte no se está refiriendo a la denominación del cargo, ni a la forma de vinculación sino que la remuneración se hace proporcional a la cantidad y calidad del trabajo realizado, también la estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, lo que quiere decir que los derechos laborales son irrenunciables así como también el trabajador tiene derecho a que se le respete su derecho al trabajo y que dicho derecho sea reconocido en condiciones dignas, que el trabajo goza de especial protección del estado y todo lo que conlleve estabilidad además la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. Estas últimas características nos señalan que en todo caso la interpretación de la norma laboral siempre deberá tender a proteger la parte más débil de la relación de trabajo por lo cual en caso de duda sobre la configuración de la relación laboral el juez deberá aplicar lo más favorable al trabajador, que en este caso sería darle el estatus que le confiere la relación laboral, lo que conllevaría a la protección de los derechos descritos anteriormente.

Ahora bien descritos los derechos mínimos desde el punto de vista constitucional nos dedicamos entonces a desentrañar los derechos salariales y prestacionales que rigen la relación laboral analizando lo dicho por la corte en Sentencia de Unificación Su- 995 de 1999 la cual trata el tema del derecho al pago oportuno del Salario.

En dicho proveído la corte constitucional afirmo que dicho derecho emana de un deber surgido de la relación laboral y a la vez le da el alcance de un verdadero derecho fundamental al referir que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental. La cumplida cancelación del salario está íntimamente ligada a la protección de valores y principios básicos del ordenamiento jurídico, que velan por la igualdad de los ciudadanos, el ideal de un orden justo, el reconocimiento de la dignidad humana, el mínimo material sobre el cual puede concretarse el libre desarrollo de la personalidad, y se realiza el amparo de la familia como institución básica de la sociedad. No puede olvidarse que la figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida, a la salud, al trabajo, y a la seguridad social. Además, no puede perderse de vista que, como la mayoría de garantías laborales, el pago oportuno de los salarios es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador. (SENTENCIA DE UNIFICACION, 1999)

Ahora bien, vemos pues como ha considerado la nuestra Corte Constitucional el concepto de salario que es de suma concordancia con el concepto establecido por la Organización Internacional del Trabajo "OITE" que en convenio N0 95 y ratificado en Colombia mediante la ley 54 de 1992 artículo 1 lo definió así:

El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar. (OIT, 1992)

El anterior aparte de la sentencia de unificación mencionada vemos como afirma el máximo tribunal constitucional que el pago oportuno de la remuneración salarial cobija a “*todos*” los trabajadores, lo que da pie para deducir fácilmente que no se está refiriendo a x o y tipo de vinculación, ni si el trabajador fue vinculado legalmente, sino que basta con que sea trabajador, es decir, haya prestado un servicio a favor del estado de manera subordinada para que se haga acreedor del derecho al pago oportuno de su salario, incluso, independientemente de si la entidad cuenta o no con las apropiaciones presupuestales para hacerlo como lo dice la referida sentencia

que en el caso del empleador la falta de presupuesto o insolvencia para pago oportuno de salarios no es razón suficiente.

Por lo cual para la Corte Constitucional se hizo necesario precisar que la falta de presupuesto de la administración, o la insolvencia del empleador particular, como motivo para no pagar oportunamente los salarios no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el bienestar del trabajador y sus familiares. Con todo: si la entidad deudora es de carácter público, la orden del juez constitucional encaminada a restablecer el derecho violado, deberá ser que, en un término razonable fijado por el juez, se cree una partida presupuestal, si no existiere, o se realicen las operaciones necesarias para obtener los fondos, bajo el entendido de que los créditos laborales vinculados al mínimo vital, gozan de prelación constitucional.

Por otra parte es necesario aterrizar en nuestra realidad todos los conceptos antes estudiados y analizados por lo cual conviene a este estudio traer un ejemplo que nos lleve a la realidad de la solicitud de amparo y el ejercicio de estos derechos calificados por la Corte Constitucional como inalienables de todos los trabajadores, por lo cual es

necesario proponernos estudiar, casos diferentes referentes al contrato realidad y trabajadores de hecho.

Ejemplo 1. El señor José Montaña fue enviado en el mes de enero, por medio de una orden verbal del secretario de Educación Municipal de Valledupar a la Institución “Educativa Educación media” a ejercer funciones de Celador, prometiéndole que en el mes de marzo sería remunerado por los servicios prestados, llegada la fecha, el trabajador para cobrar el dinero prometido por el Secretario de Educación Municipal, solicita al rector de la Institución Educativa que le certifique el servicio prestado a favor del municipio, labor que efectivamente se le certificó y especificando los extremos laborales y los turnos desempeñados por el trabajador. Al solicitar el pago de sus salarios y prestaciones, por medio de petición respetuosa elevada ante el municipio, el alcalde de la entidad responde que dicho trabajador no aporó nombramiento como prueba de que es empleado público ni mucho menos aporó el contrato que pruebas de que es trabajador oficial, simplemente aporó una certificación que no es prueba de que tenga una vinculación con dicha entidad estatal, por lo cual no tiene derecho a que se le cancelen los salarios y prestaciones solicitadas.

Otra situación diferente, similar, también a lo referido por la relación laboral de hecho, sería la de un docente que prestó sus servicios a favor de una Institución Educativa en las mismas condiciones narradas en el ejemplo anterior, la cual también fue certificada por el rector de la institución.

En el caso de los docentes, esta actividad es regulada a través del decreto ley 2277 del 14 de septiembre de 1979. Dentro del cual se encuentra lo que significa ser docente, la calidad que tienen e incluso se ve claramente la subordinación de esta labor, razón por la cual a nuestro criterio, jamás podría desempeñarse la labor docente mediante contrato de prestación de servicio, o prestado mediante este tipo de vinculación siempre se vería deformado en una relación laboral. Ya que esta norma regula la actividad así:

Artículo 2°... se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación...”

Artículo 3° “los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales, de orden, nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial...”

“Artículo 44° “son deberes de los docentes vinculados al servicio oficial:

d. cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos.

f. Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias del cargo;”

“prohibiciones. Artículo 45° A los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa.” (Colombia, 1979.)

En el caso de los docentes, no cabe duda que en el caso de una situación laboral de hecho siempre debería ventilarse siempre y cuando la actividad laboral se preste en una Institución Pública a través de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, ya que dicha actividad se clasificaría inequívocamente como la de empleado público.

En síntesis, en virtud de todas las normas estudiadas en el presente documento, en virtud de todas la jurisprudencia analizada, no existe razón alguna para negar los derechos laborales, salariales y prestacionales, a los trabajadores de hecho pues como ya se vio durante todo el devenir del presente trabajo que según nuestra constitución política, tiene por objeto cobijar y darle prevalencia a la realidad fáctica antes que a las meras formalidades, entendiéndose estas últimas como meros requisitos y procedimientos que no necesariamente reflejan la realidad laboral de un trabajador, sino que obra con el objetivo de darle orden a las relaciones laborales entre el Estado y el Particular pero no son determinantes para la existencia del derecho el cual nace con la prestación de la actividad personal y subordinada del trabajador.

Como se pudo ver y analizar, y como se dijo en el párrafo anterior, tanto la jurisprudencia colombiana como la misma constitución política de nuestro país es precisa al tratar el tema de la Relación laboral de hecho que es aquella que va mas allá

de toda formalidad, para encontrar su lugar en la verdad de los hechos que se desarrollan en el diario vivir de los trabajadores concluyendo entonces, que estos cuando se ven inmersos en una relación laboral de hecho, ya en su momento explicada, tienen el derecho al pago de sus salarios y prestaciones sociales que surgen como consecuencia de la labor desempeñada, que además tienen como derecho que el pago de los mismos se haga oportunamente y además que su derecho debe ser cobijado por la administración de justicia para materializar el precepto constitucional de el acceso real y efectivo de la administración de justicia.

Como producto de este estudio aunque el trabajador puede ser cobijado por nuestros administradores de justicia con un fallo favorable en virtud de una relación laboral de hecho, se recomienda a los trabajadores a tomar todas las medidas necesarias para que su vinculación para prestar labores al servicio de una entidad Estatal sea de manera legal o lo más formal posible, pues los criterios jurídicos de las altas cortes en nuestro país, son variantes según la época y funcionarios de turno, sin embargo ya inmersos en una situación de hecho se recomienda también agotar los mecanismos jurídicos previos para obtener el reconocimiento de su derecho agotando por ultimo la Acción de Tutela como mecanismo residual, ante toda negativa de amparo de sus derechos laborales y Fundamentales.

CONCLUSIONES

Efectivamente los trabajadores de hecho si tienen los mismos derechos en cuanto a los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores con una vinculación en forma ya que estos están directamente relacionados con la prestación del servicio más que con el modo o la legalidad de la vinculación.

Verificada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema y Consejo de Estado en Colombia la solución existente para dirimir los conflictos laborales en el caso del contrato realidad es ordenar que les sean cancelados los emolumentos salariales a que tienen derecho como trabajadores llámense salario, compensación o cualquier tipo de denominación que se les quiera dar.

Se logra establecer con base en la jurisprudencia que en el caso de los trabajadores de hecho que prestaron sus servicios en una entidad pública y que se evidencia que no corresponde su función a la de empleados oficiales, podría ventilar sus pretensiones ante la jurisdicción Contencioso Administrativa a través del medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución política de 1991.

Decreto 2277 de 1979.

Código Sustantivo del Trabajo.

Sentencia t-556 de 2011 *corte constitucional colombiana*

Sentencia su- 995 de 1999 *corte constitucional colombiana*

Sentencia t-084 de 2010 *corte constitucional colombiana*

Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554:

Sentencia c-154-97 corte constitucional colombiana.

Sentencia t-958 de 2001 corte constitucional colombiana

Su-960 de 1999 corte constitucional “cuando se desconocen derechos sustanciales de la constitución. “

Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Radicado 44001-23-31-000-2008-00171-01(36544).

Sentencia del veintiséis Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Radicado No. 110010102000201001771 00 (CP. Henry Villa raga Oliveros).

Convenio no 95 de la OIT.

Decreto 3135 de 1968

Decreto 1333 de 1986.

Ley 54 de 1992.

Ley 80 de 1993.

Seguridad jurídica. autor: Antonio Pérez Luño.

Ernesto Garzón Valdez y Francisco J. La Porta (Eds): el derecho y la justicia,

Enciclopedia iberoamericana de filosofía, Madrid, 1996, p. 483.