

Medios de control para proteger a la persona no contratada por la administración que realizó actividades a su favor

Julie Sharin León Machado

Tesis de investigación presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho Administrativo

Directora:
Ph.D. Lady Carolina Bayona EStupiñan

Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Administrativo
Tunja, Colombia
2022

DEDICATORIA

*Principalmente a Dios,
Y a mi familia
Con mucho amor y cariño
Les dedico todo mi esfuerzo
Y trabajo sincero puesto
Para la elaboración de esta tesis.*

Sharin León

Introducción

RESUMEN

En Colombia, existen diferentes tipos de contratos para los trabajadores que se vinculan con el Estado, proporcionando una variedad de alternativas que se ajustan a las necesidades de la administración y además permite que muchas personas sean contratadas y ejerzan su derecho al trabajo. Sin embargo, estos contratos generalmente están en pro del Estado, por lo que en muchas ocasiones los empleadores no velan completamente por los derechos de los trabajadores.

Por tales razones, en este trabajo se realiza una revisión de los antecedentes de los contratos en Colombia y la normativa encargada de regular y proteger derecho fundamental al trabajo y sus conexos, mediante esta revisión es posible instaurar aquellos componentes que ponen a consideración tanto a la

Introducción

administración a la hora de contratar como los trabajadores al momento de acceder la forma de contrato ofrecida por el mercado.

En la presente tarea, se destacan aspectos importantes de la contratación laboral en Colombia, la cual ha tenido grandes cambios en cuanto a sus relaciones laborales y por ende sus condiciones sociales. El objetivo principal de este trabajo es analizar la protección de la persona no contratada por la administración que ha desarrollado una actividad personal a favor de ella.

Palabras clave: Trabajo, derechos fundamentales, contratación laboral, persona no contratada.

Introducción

ABSTRACT

In Colombia, there are different types of contracts for workers, providing a variety of alternatives that adjust to the needs of companies and also allow many people to be hired and exercise their right to work. However, these contracts are generally in favor of benefiting the companies most of all, so that in many cases employers do not fully protect the rights of workers.

For these reasons, in this work a review of the antecedents of the contracts in Colombia and the regulations in charge of regulating and protecting this fundamental right is carried out, through this review it is possible to establish those factors that both companies put to consideration when contract as the workers at the time of accepting the contract modality offered by the market.

Introducción

In this work, important aspects of labor recruitment in Colombia are highlighted, which has undergone great changes in terms of its labor relations and therefore its social conditions. The main objective of this paper is to analyze the protection of the person not employed by the administration who has developed a personal activity in favor of it.

Keywords: Work, fundamental rights, employment contract, person not employed

CONTENIDO

Introducción

INTRODUCCION.....	18
--------------------------	-----------

CAPÍTULO I

1.1 Protección de la persona no contratada por la administración que ha desarrollado una actividad personal a favor de ella.....	19
1.2 Prestación de servicios	21
1.3 Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral-contrato de realidad.....	29

CAPÍTULO II

2.1 Principios administrativos que garantizan la legitimidad de la actuación estatal: la confianza legítima, buena fe y acto propio.....	32
2.2 Principio de Buena fe.....	36
2.3 Principio Confianza Legítima.....	40

Introducción

2.4 Legitimidad de la actuación estatal.....	43
2.5 Principio del acto propio.....	33

CAPÍTULO III

Medios judiciales para la defensa de la persona no contratada por la administración ante una prestación personal del servicio (Actio in rem verso, procedimiento ordinario y tutelas)	53
3.1 Actio in rem verso.....	53
3.2 Medio de control de reparación directa.....	55
3.3 Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho.....	71
3.4 Tutela, mecanismo espacial de protección del trabajo.....	80
CONCLUSIONES	91

Introducción

RECOMENDACIONES	94
BIBLIOGRAFÍA.....	95

Introducción

Lista de tablas

Pág.

Tabla 1: Análisis jurisprudencial de la acción repación directa y actio in rem verso.
 5¡Error! Marcador no definido.

Tabla 2: Análisis jurisprudencial frente al contrato de realidad75

Tabla 3: Análisis jurisprudencia de la acción de Tutela81

Introducción

Introducción

Introducción

Los principios del Derecho Laboral encuentran su fundamento en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, bajo el manifiesto encargo para la expedición del Estatuto de Trabajo, por parte del legislativo, el cual deberá observar los principios fundamentales de: igualdad de oportunidades para los asalariados, retribución mínima vital y móvil, permanencia en el oficio, potestades para transigir y conciliar sobre derechos aleatorios y discutibles, contexto más beneficioso al

Introducción

trabajador en caso de incertidumbre en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Con esta ley, el Estado garantizará el derecho al pago oportuno, al reajuste periódico de las pensiones legales, y además sostiene que ni la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

En la legislación colombiana existen diversos modelos de contratación laboral, como a término indefinido, fijo, con salario integral, de aprendizaje, etc. Pero en la actualidad, existen discrepancia frente a los contratos de prestación de servicios, estos, tienen importancia en la Constitución política de 1991 en su artículo 53, toda vez que protege a los trabajadores que se vinculan por esta modalidad. Así mismo, se mencionan las normas que respaldan e integran la Contratación de la Administración Pública (se encuentra establecida en el numeral

Introducción

3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993); además de aquellas relacionadas con la Ley 1150 de 2007.

Pero no solo existe controversia en Colombia por las diversas demandas que se han presentado frente al reconocimiento a los trabajadores sobre un contrato realidad, sino, que también existen personas no contratadas por la administración que prestan servicios a favor de esta y no tienen ningún reconocimiento ni protección laboral; como veremos en el presente trabajo las posturas de la jurisprudencia constitucional y administrativa, bajo algunos principios de la función pública como lo son la confianza legítima, legitimidad estatal, buena fe y el acto propio.

Introducción

Para la aplicación adecuada del marco normativo laboral existen unas premisas que responden a una igualdad real entre las partes que intervienen en la realización de una actividad laboral:

Coordinación económica y equilibrio social: Busca la equidad entre patrones y trabajadores, admitiendo de esta manera la existencia de dos clases sociales: la de los iniciales, reconocida como aquella que posee los medios de producción; y la de los segundos, que es la de quienes proporcionan, a cambio de un sueldo, sus capacidades, conocimientos y aptitudes físicas e intelectuales, para conservar y hacer más fructíferos los medios con los que cuenta el contratante (Lamo Gómez, 2003).

Introducción

Igualdad de oportunidades para los trabajadores: Indistintamente de los contextos de raza, sexo, religión, ideología, orientación sexual o cualquier otra fisonomía que no guarde correspondencia con las capacidades íntimas del asalariado para el progreso de la labor para la cual fue contratado, debe concurrir una relación de “a trabajo igual, sueldo igual”. (Diazgranados, C., Gómez Escobar, S., Montenegro Timón, J., Almanza Junco, J., Diazgranados Quimbaya, L., Perafán Del Campo, E 2018).

Producto de las nuevas dinámicas del Derecho Laboral, se ha presentado una situación problemática en la cual la administración realiza el uso de servicios personales sin una relación laboral; estos individuos ejecutan las labores a favor del Estado como si ostentaran un contrato de prestación de servicios, pero nunca

Introducción

reciben remuneración alguna, con la justificación de no contar con el presupuesto institucional que garantizara la contratación del total de personas que la nación requiere, presentándose un claro enriquecimiento sin justa causa por parte de la administración, toda vez que la personas nunca fueron contratadas y si prestaron servicios a favor del Estado.

Aquí cabe aclarar la problemática existente, puesto que no tienen un reconocimiento laboral, no se cuenta con un contrato de prestación de servicios, las personas no contratadas se encuentran desprotegidas constitucional y administrativamente, además, de no ser tan concurrente, pronta y eficaz la solución a este conflicto por la que tiene que pasar la persona no contratada al realizar una actividad a favor de la administración sin ser reconocida en ningún momento,

Introducción

vulnerándose los derechos al mínimo vital, trabajo, la vida, dignidad humana, integridad física y psíquica.

En este orden de ideas, surge el siguiente interrogante de investigación:

¿Cuáles son los mecanismos judiciales para la protección de la persona no contratada por la administración que ha realizado actividades a su favor en el marco de los principios que legitiman la actividad estatal?

Para responder dicho interrogante, se plantea como objetivo general ***“Establecer los principios y mecanismos judiciales eficaces para la protección de la persona no contratada ante la administración, cuando aquella ha realizado una actividad a favor de ésta última y no se le reconoce a futuro la ejecución de una labor por medio de un contrato de prestación de servicios, o remuneración alguna”***; en busca de alcanzar dicho objetivo se desarrollarán tres capítulos que responden a los objetivos específicos de esta

Introducción

investigación: ***1. Analizando la problemática jurídica de la persona no contratada por la administración frente la ejecución de una labor a favor de ella; 2. Señalando los principios administrativos que garantizan la protección a la persona no contratada frente a la legitimidad de la actuación estatal; y 3. Identificando los mecanismos judiciales eficientes para la defensa de la persona no contratada por la administración ante una prestación personal del servicio.***

El método utilizado para el desarrollo de esta investigación corresponde a un método analítico descriptivo de tipo socio- jurídico con un enfoque cualitativo cuyas fuentes de información serán secundarias ya que se realizará el análisis de sentencias judiciales de los Tribunales administrativos, la Corte Constitucional y el

Introducción

Consejo de Estado lo que permitirá llegar a identificar bajo el análisis casuístico los medios judiciales idóneos para la protección de la persona no contratada.

En Colombia, la contratación pública cuenta con muchos principios y mecanismos diseñados para garantizar el correcto funcionamiento de la actividad contractual y así, por medio de ésta satisfacer los derechos de las partes involucradas en la contratación y los fines esenciales del Estado. Entre los mecanismos jurídicos existentes para alcanzar los fines del Estado, uno de los más importantes es la Contratación Estatal, cuyo objetivo es lograr el cumplimiento efectivo de la actividad administrativa. Así mismo, la contratación estatal se rige por principios constitucionales y legales, que buscan orientar las actuaciones administrativas comprendidas en el marco de toda contratación; algunos de estos principios son: transparencia, economía, responsabilidad, planeación y selección

Introducción

objetiva. Ahora bien, de conformidad con los principios que rigen la función administrativa, encontramos otra serie de postulados que deben ser observados y aplicados, dentro de los cuales hallamos principios como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (Murillo Reyes, 2020)

En este orden de ideas, se debe reconocer la importancia de identificar y conocer estas formas de protección de la actividad estatal ya que, solo gracias a los principios que la rigen es posible lograr una contratación objetiva que permita la satisfacción de las necesidades del Estado y dar garantías para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Colombiano. Además, estos protegen a las personas que son contratadas en casos especiales, como también aquellas que no son contratadas por la administración pero que han realizado actividades a su favor.

Introducción

Al respecto, reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado ha advertido y recomendado a los entes estatales el cese del uso indiscriminado de la contratación por prestación de servicios para cubrir vacantes que deben ser ocupadas bajo otro tipo de contratos y también, la otra cara de la moneda, personas no contratadas por la administración, donde el Estado se enriquece sin justa causa por el servicio prestado por un periodo de tiempo indeterminado; sin embargo, a pesar de esto, el empleo de dicha modalidad persiste para la satisfacción de cargos y servicios que no cumplen con los parámetros establecidos en la Ley, desconociéndole con ello a las personas contratadas y no contratadas las garantías especiales que se generan de una relación laboral. Ese uso indiscriminado de los contratos de prestación de servicios o de la persona no contratada por la administración se configura entonces como

Introducción

una verdadera vulneración sistemática del orden constitucional y del ordenamiento jurídico laboral en general (Corte Constitucional, Sentencia T-723, 2016).

Es fundamental establecer la finalidad y requisitos del contrato estatal de prestación de servicios, con el objetivo de brindar seguridad jurídica a las autoridades administrativas y judiciales, para que éstas resuelvan en conjunto los asuntos que se pongan ante su discernimiento, y puedan proteger el derecho fundamental de igualdad a los beneficiarios que concurren ante la justicia contencioso-administrativa (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia SUJ025, 2021).

Según la Constitución Política de Colombia, las autoridades de la República tienen el fin de proteger a todas las personas residentes en el país, garantizando

Introducción

su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades. Así mismo, estas autoridades deben asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de las personas naturales. En ese sentido, el mecanismo de la contratación estatal representa una de las principales formas en que el órgano público mediante sus entidades logra llevar a cabo la satisfacción de los fines del Estado, contratando bienes y servicios.

En los últimos años, Colombia ha modificado las modalidades de trabajo, ya que muchas entidades públicas han vinculado talento humano a través de contratos de prestación de servicios para el funcionamiento del aparato estatal (Ley 80, 1993, art. 32, num.3). Este fenómeno, ha aumentado considerablemente, al punto de convertirse en una viable forma de evasión estatal que obliga garantizar las situaciones de seguridad social y estabilidad laboral reconocidas por el

Introducción

ordenamiento jurídico nacional e internacional como factores esenciales del derecho a un digno trabajo. A esta situación, se le suman los actos de corrupción en la contratación pública, la cual se da cuando los funcionarios no aplican las normas sobre la materia, cuando se omite darle aplicabilidad a los principios constitucionales y cuando se realiza contratación pública indirecta con el fin de no asumir responsabilidades sociales.

Por tales motivos, se hace necesario dar a conocer los derechos laborales, que atienden los intereses de los trabajadores y de los empleadores en todos los casos, específicamente en el tipo de modalidad contractual y no contractual tratada en este trabajo. Así mismo, es necesario identificar los mecanismos de control con los que se cuenta para garantizar el cumplimiento del derecho al trabajo en el ámbito administrativo.

Introducción

Esta investigación resulta muy útil para estudiantes, abogados, trabajadores, empleadores y todas aquellas personas que se encuentren interesados en este importante tema de la rama del derecho laboral. Debido a que ofrece un punto de vista amplio y actualizado de los mecanismos de control de protección de la persona no contratada por la administración que realizó actividades a su favor, teniendo en cuenta los principios que legitiman la actividad estatal y los principales retos a los que se enfrentan las personas en estos casos.

El desarrollo de esta investigación contribuye a la mejora de la función administrativa estatal, ya que con ésta es posible afianzar elementos teórico-prácticos y de convivencia diaria entre los colombianos, brindando así información de importancia a todas aquellas personas que realizan actividades para la

Introducción

administración sin ser contratadas, y dando a conocer las disposiciones legales y principios que rigen el ejercicio del derecho administrativo.

A lo largo de los años se han realizado diversos estudios sobre el escenario del derecho laboral en Colombia, sobre las contribuciones existentes cerca de la nueva concepción de los principios del Derecho Laboral y su estudio en la sociedad actual. Por ejemplo, el estudio realizado por Diazgranados (Diazgranados et al., 2018), en el cual se desarrollaron significativas aportaciones que tienen como núcleo la individualización y el tratamiento del contrato realidad y del régimen económico del Derecho Laboral. Sin embargo, aún no se ha profundizado en los mecanismos de control de protección de la persona no contratada por la administración que ha realizado actividades a su favor en el marco de los principios que legitiman la actividad estatal.

Introducción

El derecho laboral administrativo no está exento de la aplicabilidad de los principios y derechos laborales establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, entre ellos, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades determinadas por los individuos de las relaciones laborales; dicho principio debe emplearse tanto en las relaciones laborales entre particulares, como en las celebradas por la nación. Sin embargo, la administración pública constantemente incurre en prácticas de empleo encubierto, vulnerando con ello el principio en mención. De hecho, en concordancia con este precepto, el artículo 122 de la misma Constitución proscribía la inscripción de contratos de prestación de servicios para ingresar personas en la ocupación de funciones propias o permanentes de las entidades estatales.

Introducción

1.Problemática de la persona no contratada por la administración que ha desarrollado una actividad personal a favor de ella.

A la luz del artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, el trabajo es un derecho y obligación social que goza de un completo amparo del Estado y todo ciudadano tiene derecho a un trabajo que le certifique circunstancias dignas y justas. El trabajo es concebido como un derecho de carácter fundamental y tutelable en la Constitución Política Nacional, que define al trabajo como una acción libre, que no puede impedirse a las personas que quieran practicarlo.

En la Convención sobre la Esclavitud de 1926, suscrita en el marco de la Sociedad de Naciones, se define la esclavitud como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. Y conceptualmente, “el trabajo se sitúa en contraposición a la esclavitud, de ahí que deba tratarse siempre de una actividad esencialmente libre y voluntaria; incontables instrumentos internacionales han proscrito la esclavitud y los trabajos forzados como formas de explotación económica, de relación de producción o de propiedad” (Weissbrodt, 2002).

Asimismo, un acto significativo del principio de libertad en el trabajo es la composición de los artículos 17 y 18 de la primera Constitución Republicana de Francia que, distinguida por la Asamblea Constituyente del mismo país, en el año de 1793 señala:

“Ninguna clase de ocupación, empleo y oficio puede ser prohibida a los ciudadanos. Y cada uno puede disponer a su arbitrio de su tiempo y servicio; pero no puede venderse a sí mismo ni ser vendido. Su persona es propiedad inenajenable. La ley no reconoce el estado de servidumbre; entre el que trabaja y el que emplea solamente puede existir un comercio por servicios que hayan de prestarse y la compensación que por ello haya de darse”. (Guerrero, 1995)

De conformidad con el artículo 93 de la Constitución de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional edificó la noción de bloque de constitucionalidad, donde señala que en el ordenamiento jurídico deben predominar los tratados internacionales que tratan sobre Derechos Humanos y cuya excepción está en los Estados de excepción, las recomendaciones de sus órganos de control y los acuerdos de la OIT.

En razón a lo anterior, el origen inicial de la sistematización laboral colombiana es la Constitución Política, que establece, en su artículo 2, que los objetivos esenciales del Estado son resguardar, la honra, vida, las creencias, las libertades y los bienes de los ciudadanos habitantes en Colombia. Así mismo, más adelante señala: “en el artículo 38, los 25 fundamentos del Derecho Colectivo del mundo del trabajo o laboral y 6 derechos de asociación; en el artículo 39, el derecho

de asociación sindical y el reconocimiento sin intervención del Estado; en el artículo 53, los derechos de los trabajadores; en el artículo 55, la negociación colectiva; en el artículo 56, el derecho de huelga; y en el artículo 57, la participación de los trabajadores en la gestión de empresa” (Lafont de León, 2017).

En la actualidad el Derecho del Trabajo discute las suposiciones acerca de su contingente desvanecimiento. En oposición, se ha visto una amplificación en la protección de los derechos laborales a contextos antes extrañas a él y un vuelco de estas garantías hacia el amparo de los Derechos Humanos de una manera más completa.

1.1 Prestación del servicio.

Para hablar de quien es una **persona no contratada por la administración**, pero que ha desarrollado una actividad personal a favor de ella, es principalmente, quien no haya tenido una relación laboral con la administración, pero ha prestado a su favor labores propias de la función administrativa. Es esa persona, que, si bien en muchas ocasiones ha prestado servicios como contratista con el Estado por varios meses, cuyas características se mencionara a continuación, nunca obtiene ningún reconocimiento contractual, alegando la falta de presupuesto de la nación para poder contratarlos.

Si bien el objetivo de este trabajo es la persona no contratada, es preciso hablar sobre el contrato de prestación de servicios, toda vez, que esta persona

presta los mismos servicios como si tuviera suscrito contrato, como se evidencia a continuación:

En Colombia los contratos de prestación de servicios, inicia con el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pero actualmente, la tipología contractual más utilizada en el mercado de compra pública es el de prestación de servicios personales, bajo la modalidad de contratación directa señalada en el literal h, numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 *“para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”*.

Con este tipo de contratos, tanto la administración como el contratista suelen verse expuestos a trámites excesivos que dificultan la suscripción de forma expedita de estos contratos, como son la validación de requisitos de la hoja de vida, trámites internos, recepción de documentos por parte del contratista, aseguramiento, entre otros.

Esta característica de trabajo es muy común en la administración pública, respecto a la edificación o movimientos que tienen contratos específicos con terceros que requieren un acrecentamiento de individuos exclusivamente para una labor u obra explícita. Uno de los beneficios que tiene para el trabajador es que este asegura trabajo durante algún tiempo si lo que no quiere, por razones personales, es comprometerse a contratos indefinidos, pero para otros trabajadores, puede ser una desventaja al no tener una estabilidad laboral.

Además de lo anterior, este tipo de contratos está constantemente expuesto a fallas del mercado de compra pública como la corrupción y la colusión que

obstaculizan en la mayoría de los casos que la selección del proponente se realice de forma objetiva y a partir de méritos.

1.2 Características de un contrato de prestación de servicios

- Son contratos de prestación de servicios los que realicen la administración para desenvolver movimientos afines con el estado o ejercicio de la entidad.
- Estos contratos sólo obtendrán su ejercicio con personas naturales cuando dichas acciones no consigan cumplir con funcionarios de planta o demanden ciencias concretas (Ley 80, 1993, art.32, núm. 3).
- Un contrato de Prestación de Servicios no genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el tiempo únicamente indispensable. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.
- La contratación directa procede para la prestación de servicios profesionales y de sostén a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales (Ley 1150, 2007, art.2).

- Los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.
- La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la realización de trabajos conforme a la experiencia, formación y capacitación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- La libertad y autonomía del contratista desde la perspectiva técnico-científico, compone el mecanismo fundamental del contrato.
- 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.
- El contratista puede desempeñar funciones públicas, incluso proferir decisiones administrativas, pero no es servidor público.

Recientemente, el (Consejo de Estado, Sala plena, Sección Segunda, Subsección A Sentencia SUJ025, 2021) unificó tres aspectos relevantes para identificar cuando un contrato de prestación de servicios está siendo empleado

para encubrir un contrato realidad. **El primer aspecto que unificó**, fue el sentido y alcance del “término estrictamente indispensable” de duración de un contrato de prestación de servicios, al que hace referencia el numeral 3, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; el cual definió como *“aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento”*.

El segundo aspecto unificado fue el término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios, para determinar cuándo hay o no solución de continuidad. Al respecto, el Consejo de Estado, atendió un término de treinta (30) días hábiles como límite transitorio para que se dé la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, es decir, como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios; sin embargo, dicho término no es limitante ni impide tener en cuenta un mayor periodo de interrupción; el mismo opera más bien como un espejo para el estado, el contratista y el juez administrativo, de cara a fijar la no solución de continuidad.

Por último, **el tercer aspecto unificado** hace referencia a “la devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista que demostró la existencia de la relación laboral estatal, es decir, atinente a la posibilidad de devolverle a éste los aportes a salud, en el porcentaje que no hubiese

estado obligado a realizar. La Sala entonces considera que es improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta, pues dichos recursos ostentan el carácter parafiscal, son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico, y por tanto, no constituyen un crédito a favor del interesado, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud; la finalidad de dichos recursos radica en garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia SUJ025, 2021).

Se observa entonces cómo la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado busca unificar criterios y patrones para que tanto la administración, como las partes contractuales y los administradores de justicia, identifiquen con mayor claridad frente a qué tipo de relación contractual se encuentran, y se puedan dirimir con mayor facilidad las controversias derivadas de los contratos de prestación de servicios estatales; lo cual a su vez, conlleva a garantizar mayor seguridad jurídica e igualdad para todos los involucrados.

Además, en la mencionada sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia SUJ025, 2021 se dijo:

“(...) Respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. (negrilla fuera de texto)**

ii) Sin embargo, **no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. (negrilla fuera de texto)**

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, **por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control** (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). **(negrilla fuera de texto)**

v) *Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*

vi) *El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*

vii) *El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.*

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales

proceden a título de restablecimiento del derecho (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia SUJ025, 2021)”

1.3 Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral-contrato realidad

Bajo el objetivo de estudio, la persona no contratada, realiza labores sin contrato alguno, funciones como si tuviera una relación laboral con la administración al recibir ordenes de este y cumplir un horario laboral, es decir como un contrato realidad.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas aplica en los casos que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios en una relación laboral, se encuentra previsto en el artículo 53 de la Constitución colombiana. Este principio emana que en las relaciones laborales consta de una parte frágil (trabajador) que exige protección de la administración frente a sus garantías laborales.

La hipótesis de la primacía de la realidad sobre las formas se emplea en aquellos eventos en los cuales la administración oculta relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, hecho que envuelve “desconocer, por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y, por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral”. En estos casos, para que resulte la afirmación de preexistencia del contrato realidad el juez

constitucional le corresponderá comprobar el acatamiento de las exigencias indicadas en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Además del principio de la primacía de la realidad, el precepto constitucional mencionado hace referencia también a derechos como la equivalencia de opciones para los trabajadores, el pago que pueda socavar las necesidades básicas de los ciudadanos, además de la permanencia en el trabajo, entre otros beneficios establecidos en los estatutos laborales; razón por la cual, independientemente del régimen en el cual se desarrolle una relación laboral (público o privado), se debe garantizar los derechos mínimos que resguardan a los trabajadores (Corte constitucional, Sentencias, C- 479, 1992 y C-023, 1994).

En este sentido, como ha dicho el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia, “toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, claro está, aquellas en las que el Estado es el empleador, deberá ser analizada con base en dichos principios y bajo una perspectiva ampliamente garantista” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia SUJ025, 2021).

El jurista Daniel Castrillón Arango, en su artículo *“Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración Pública colombiana y de su indebida utilización ¿un problema sin solución?* Señaló:

“El principio de primacía de la realidad sobre las formalidades se limitará a demostrar que a través del ejercicio de funciones con “continuada subordinación” se desnaturalizó el contrato de prestación de servicios, pero no tiene por virtud darle

a la persona el status de empleado público, lo que quiere decir que no nace a la vida jurídica la relación legal y reglamentaria, lo que debería conducir a la imposibilidad de reconocer los mismos derechos que aquellas personas que cumplieron todos los requisitos del artículo 122 de la Constitución Política.

Es decir, el mentado principio tiene un carácter mucho más limitado al que se le ha dado en la jurisprudencia, e inclusive se puede afirmar sin lugar a dudas está mal utilizado el término “contrato realidad”, ya que, por un lado, la Administración solo puede recurrir a los contratos para vincular trabajadores oficiales y, por otro, la primacía de la realidad se limita a un aspecto probatorio que es el de demostrar que se desnaturalizó el contrato de prestación de servicios.

Incluso en el evento en el que se trate de las funciones que desempeñan los trabajadores oficiales podría discutirse si a través del ejercicio de las funciones bajo continuada subordinación los contratistas podrían adquirir la condición de servidores públicos o que se presentó el llamado “contrato realidad”, debido a que no se cumplen absolutamente todos los requisitos previstos en el artículo 122 de la Constitución Política.

Lo que se pretende demostrar con lo anterior es que existen particularidades de derecho administrativo que no han sido tenidas en cuenta por la jurisprudencia en el momento de resolver las controversias que les han sido planteadas y que pueden tener incidencia en los reconocimientos que debe hacer el juez.

Dado que, en estricto sentido no se tendría derecho a un hipotético “restablecimiento del derecho”, en primer lugar porque para los empleados públicos no se ha establecido una norma en la que se fijen las consecuencias de que se reúnan los tres elementos a que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del

Trabajo, y en segundo lugar porque no se cumplen todas las formalidades sustanciales, a partir la desnaturalización de la tipología celebrada debido a la falta autonomía e independencia del contratista, este podría solicitar la reparación de daños a través de una demanda con pretensiones de reparación directa (Castrillón Arango, 2022)”.

2. Principios administrativos que garantizan protección a la persona no contratada frente a la legitimidad de la actuación estatal, en materia de contratación laboral

Como vimos en el primer capítulo la problemática es la **persona no contratada por la administración**, que ha desarrollado una actividad personal a favor de ella, quien no ha tenido una relación laboral con la administración, ni ningún reconocimiento contractual, alegando la falta de presupuesto de la nación para poder contratarlos. Por ello, es preciso entrar a observar los principios afectados y cuales pueden aplicarse en búsqueda de garantizar los derechos estudiados en el capítulo anterior.

Existen numerosos principios administrativos que contribuyen al bienestar de la sociedad y una pauta para la función de la administración pública tales como la economía, celeridad, transparencia, moralidad, publicidad, eficacia, imparcialidad; sin embargo, en el presente trabajo se ha seleccionado los principales Principios administrativos que garantizan la legitimidad de la actuación estatal con la protección a la persona no contratada concretadas en: la confianza legítima, buena fe y el acto propio; toda vez, que estos individuos empiezan a realizar actividades a favor a la administración bajo la buena fe que en un futuro cercano se les contratara.

Por ello, el modelo estatal de Colombia elegido por el legislador de 1991 pertenece al de un Estado Social y democrático de Derecho, criterio que involucra lo social por parte de las labores de la administración. Entre sus principales fines se halla: *incentivar el bienestar general y garantizar la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; promover la colaboración de todos en las decisiones que perturban su vida económica, política, administrativa y cultural* (Molina & Rivera, 2012)

“Las categorizaciones constitucionales del Estado Social de Derecho a nivel de la teleología constitucional como guía de la actividad administrativa se encuentran en el plano deontológico, en cuanto contienen un deber ser, lo que soporta un doble análisis desde el diálogo de saberes postulado: por una sección, a partir de la dogmática constitucional, el Estado Social de Derecho exhibe la doble situación de inicio constitucional y de cláusula general superior, lo cual ratifica su carácter deontológico y, por otro lado, a partir de la ciencia política, aquel deber ser implica la protección de una orientación político normativo, dado el acento en el deber ser de la política, no como pensamiento moralista, sino como argumento orientador en la apropiación de los conceptos y de la historia, en tanto que se piensa a ésta como orden y acuerdo” (Delgado, 2013).

La administración, debe alimentarse de manera constante de principios esenciales, examinados de manera universal, que se establecen legítimos para la efectividad de los fines del Estado Social de Derecho que gobierna Colombia a partir de la vigencia de la Constitución de 1991; estos son: la Buena fe, La Confianza Legítima, y la Teoría de los Actos Propios.

En los principios generales del derecho de Giorgio Del Vecchio este expone que de las normas particulares expresadas por el legislador no siempre puede conseguir un principio idóneo de solucionar los nuevos asuntos que se presentan; “la función del juez es posible, pues la misma ley ha acogido, además de la interpretación analógica, los principios generales del derecho” (Vecchio, 1933).

Mientras que para Luis Díez-Picazo, un principio general del derecho “es un criterio o valor no legislado ni consuetudinario, que dentro del sistema jurídico permite llenar las lagunas de la ley” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1963), este concepto representa una contestación no positiva del inconveniente, por la cual se hace ineludible acudir en momentos a juicios no legislados y no consuetudinarios. A partir de este concepto, aparece la exigencia de resolver con convenios extralegales, lo cual no quiere expresar que estos criterios “extralegales” deban creerse como “extrajurídicos”. (López, 2013)

Por otra parte, Alberto Spota afirma que “los principios generales del derecho son los que emanan de la ciencia del derecho, al referirse al tratamiento diferencial de los principios generales del derecho”. Así mismo, dice que estos recogen un estudio frecuente en la jurisprudencia, en la doctrina, legislaciones universales; principios que conforman fragmento del fondo legislativo supranacional (Spota, 1959).

De acuerdo a la Corte Constitucional, es necesario determinar la funcionalidad que cada uno de los principios generales del derecho efectúan dentro del sistema jurídico, alcanzar su superioridad en sentido filosófico, extraer el sentido axiológico

de los mismos, a conclusión de vislumbrar que al encontrarnos con una norma positiva, se comprometen a practicar juicios de valor que comprendan la voluntad del legislador, al momento de fabricar y probar los contenidos morales sumergidos en la sociedad que fueron estimados como admisibles al instante de expedir la norma (Betancur, 2015).

Función	Descripción
Creativa	“Los principios atañen que las pautas que han de acatarse en la creación, modificación y derogatoria de normas jurídicas, ellos a su vez pueden agruparse en principios generales orientadores de todo el ordenamiento, según ocurre a modo ejemplificativo con los principios constitucionalizados en los artículos 1°(primero) al 10° (decimo) y los principios propios de cada rama del derecho en particular, cuáles serían en materia administrativa los principios de buena fe ,confianza legítima y el principio de respeto del acto propio entre otros, cuando ellos se relacionan con la actividad administrativa del Estado”.
Interpretativa	“Cuando de la redacción de las normas o en su marco de aplicación se advierten incoherencias sistemáticas o dificultades prácticas de aplicabilidad, imposible superar de forma exegética. De esta manera, el órgano competente o el intérprete de la norma, habrá de valerse de los principios, como valores bilaterales vigentes en la sociedad, para dotarla de coherencia sistemática en el evento de ser aplicadas a un caso concreto, desembarazándose así de dificultades particulares en su aplicación para identificar el verdadero alcance y significado de la norma, actuaciones que si no se adelantan con el rigor requerido para identificar

	el sentido inspirador a partir de los principios, bien pueden empañar el juicio de corrección metodológica que debe fundar cualquier experiencia jurídica interpretativa”.
Integradora	“Opera a efecto de llenar lo que se ha denominado en el Derecho “vacíos o lagunas legales”, se advierte que la misma se desprende de dos condiciones particulares esenciales, cuales son; el carácter general de las leyes, o su textura abierta y el hecho de no existir una norma aplicable a un caso concreto, cuando se presentan las lagunas o vacíos legales, ya que el legislador no puede prever todos los acontecimientos facticos que pudieren presentarse y tampoco puede adelantarse subjetivamente”.

Fuente: Adaptado de Betancur, 2015.

2.1 Principio de buena fe

Desde la ontología, se establece a la buena fe incuestionables contenidos y le aplica determinadas condiciones, es por ello, por lo que, si bien puede pensarse que la buena fe es similar en varias legislaciones, lo cierto es que su trascendencia y contenido es específico de manera individual en cada época o zona, al instante de dar una connotación es de un carácter legislado (Betancur, 2015).

En 1968 aparece en Latinoamérica este principio en el Código Civil argentino en lo referente a los contratos. En su mayoría, este principio se encuentra en las jurisprudencias internacionales, más uniformemente en Latinoamérica que en

Europa, sin embargo, debido a la experiencia comparada cada vez se extiende más (Cabas, 2016).

La definición de buena fe sujeta dos elementos fundamentales: la lealtad y la transparencia, de conformidad con la jurista colombiana María José Viana, de la inicial señala que entraña el cumplimiento de lo prometido; pero con la transparencia mencionada tiene la necesidad que envuelve poner de manifiesto todos los talantes notables para que las partes de una relación jurídica logren compendiar sus propias conductas (Viana, 2007).

Conforme al artículo 83 de la constitución Política de Colombia, todas las acciones de los particulares y autoridades deben ajustarse a las proposiciones de buena fe. Para profundizar un poco más, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha conceptualizado el principio de buena fe como aquel que requiere a los individuos y a la administración, convenir sus comportamientos a una actuación leal, honesta y acorde con las acciones que podrían esperarse de un buen actuar de una persona. Por ello, la buena fe admite la objetividad de relaciones reciprocas con consecuencia jurídica, y se refiere a la seguridad, confianza, y credibilidad que confiere la palabra dicha.

En la sentencia del 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, El Consejo de Estado se refiere a este mismo principio como:

“La Buena fe – o bona fides- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente rectitud y honestidad en el trato entre las personas en una determinada situación

social y jurídica. Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre estos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negóciasles.”

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional señala que el principio de buena fe como aquel que exige a los individuos y a la administración, pactar o ajustar sus comportamientos a una conducta integra con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vis bonus)”.

La Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C 1194 de 2008, Magistrado Ponente; Rodrigo Escobar Gil señaló:

“La Corte ha señalado que la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume y conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario.”

La buena fe, va muy de la mano con el principio de la Confianza legítima, la Ley 1437 de 2011 al regir los procesos administrativos “determina el principio de la buena fe, como principio rector del derecho administrativo, aspecto fundamental si se tiene en cuenta que el principio de confianza legítima es una consecuencia, una deducción del principio de buena fe que no se encuentra reglado en nuestro ordenamiento constitucional” La Corte Constitucional, lo ha instaurado en el ordenamiento jurídico colombiano y lo ha determinado como un corolario del principio de la buena fe (Suárez, 2017, pág. 38).

La jurisprudencia del Consejo de Estado señala respecto las dos dimensiones de la buena fe, lo siguiente:

“En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociables pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se

traduzca en seguridad jurídica para los asociados” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia Rad. 2000-03075-01(24897), 2012).

Así mismo, para este Tribunal de Arbitramento de Consorcio Desarrollo Valle del Cauca contra Departamento del Valle del Cauca, la buena fe subjetiva consistirá en un estado psicológico con fundamento en el cual determinada persona actúa bajo una creencia de estar obrando conforme a derecho, mientras que la buena fe objetiva es una norma de conducta que se evaluará según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia (Tribunal de Arbitramento de Consorcio Desarrollo Valle del Cauca, 2013).

En conclusión, el concepto de buena fe que hace alusión al comportamiento leal y honesto que deben realizar los particulares y el Estado para preservar un orden justo y permitir el goce y oportunidades efectivos de los derechos, es aplicable frente a la protección de la persona no contratada, toda vez, que al realizar la labor a favor de la administración lo hizo bajo este principio, al confiar que el Estado lo iba contratar en un futuro cercano.

2.2 Principio de Confianza Legítima.

Este principio nace en Alemania, hacia el año 1950, concretamente en un Tribunal Administrativo de Alemania en 1956, donde se presentó el caso de una viuda que se traslada de residencia confiando en una pensión de jubilación que se le había prometido por acto administrativo y luego el Tribunal se retractó “no

obstante, el Tribunal Superior Administrativo de Berlín, falló a favor de la demandante, considerando (...) el principio de protección de la confianza, ya que la demandante confió en la existencia del acto administrativo y de conformidad con éste le cambió sus condiciones de vida.” (Suárez, 2017, pág. 30) .

Cabe decir que el principio de la confianza legítima reside en que el Estado no puede repentinamente trastornar unas reglas que sistematizan sus relaciones con los particulares, sin que se les condesienda a estos últimos un ciclo de evolución para que concuerden su comportamiento a un nuevo hecho jurídico.

Es por ello, que la confianza legítima se concibe como una contravención al estado para alterar determinadas circunstancias jurídicas que crean posibilidades legítimas en los particulares, ya que se asume la formalidad de las acciones de la administración, por lo que una actuación que excluya las perspectivas creadas, compone un atentado contra la buena fe y la seguridad jurídica que debe imperar a la luz de lo previsto en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia.

Con los años el concepto fue evolucionando, en varios de países de Europa las constituciones fueron legitimando el cómo un principio de garantía como el caso español en 1978, enmarcado en el artículo 9.3 de su constitución; el derecho francés acoge este principio en 2006; un caso latinoamericano es Chile quien como tal no tenía este principio en su antigua constitución, pero si exista la forma de interpretarlo a través de la jurisprudencia, “orientado como un elemento esencial de la seguridad jurídica” (Ibíd. Pág. 32); habrá que esperar que resulta de su proceso constituyen luego del escabullido social de finales del año 2019. Por su

parte, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado en diferentes sentencias en las cuales ha señalado que:

“El principio de confianza legítima se traduce en una prohibición impuesta a los órganos de la administración para modificar determinadas situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho.”
(Corte Constitucional - Sentencia T-180A, 2010)

Este principio, al prohibir modificar las condiciones jurídicas después de firmado o acordado un acto administrativo busca generar seriedad y estabilidad en las actuaciones administrativas, también genera seguridad jurídica, imaginemos en hipotético caso en donde en medio de relación se cambien los objetivos o metas cumplir, luego el caso de una futura relación, la decisión más prudente sería evitar tener relación, previendo esos casos emerge el principio de Confianza legítima, así mismo se vuelve principio al ser de obligatorio cumplimiento, en el caso en que se incumpla se puede recurrir a él como mecanismo de defensa (Caicedo, 2009).

La confianza legítima a su vez, funciona como principio de administración pública al permitir “revisar sus propias actuaciones, frente a los requerimientos de los administrados cuando sus decisiones van en contravía de sus intereses, debido a que no pueden cambiar de manera súbita las condiciones inicialmente dispuestas ya fuera respecto de la prestación de un servicio, como las que regulaban sus

relaciones con la administración, esto sin prever períodos de transición o alternativas que permitieran su adaptabilidad a la nueva situación” (Suárez, 2017, pág. 34).

En conclusión, el principio de confianza legítima que emana del artículo 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991, como proyección del principio de la buena fe, cuando al administrado se le ha generado una expectativa seria al particular y fundada de que las actuaciones del Estatales son leales, es aplicable frente a la protección de la persona no contratada, toda vez, que al realizar la labor a favor de la administración lo hizo bajo este principio, al confiar que el Estado lo contrataría en un futuro cercano.

2.3 Legitimidad de la actuación estatal.

El suceder del significado de la legitimidad política surge como una incorporación justificadora del poder político, bien sea como acumulación de un convenio desde un proceso electoral o como funcionalidad del poder. La legitimidad tiene la afirmación del ejercicio del poder político por parte del designado a practicar, de quien exhibe la titularidad del poder político, ya que esta titularidad brota como consecuencia de la exaltación al cargo que requiere el ejercicio del poder político y de la que pertenece aprobación a los coligados al Estado.

El vocablo de legitimidad surge, ajustado al del poder político, en tanto, que se figura como justificación de su actuación. En términos de Bertrand Russell, el

poder surge como un criterio cuantitativo que se puede conceptualizar como la fabricación de los instrumentos pretendidos.

En estos casos, no se puede hablar de legitimidad sin dialogar de poder, ni se puede conversar de poder sin dialogar de política, ya que esta última, se precisa a ella misma desde el ejercicio del poder, por esto la legitimidad acostumbra a declararse como de juicio; Por lo tanto, para Guaglielmo Ferrero la Legitimidad germina como una necesidad que va ligada, al criterio de autoridad, concibiendo por éste el derecho de unos ciudadanos mandar sobre otros ciudadanos.

Para este autor la legitimidad surge como necesidad, ya que "entre cada una de las desigualdades humanas, ni una es tan fundamental por sus secuelas ni tiene tanta necesidad de justificarse frente a el motivo, como la fundada por el poder". Por tal razón la legitimidad como apologías del poder, se fueron entremezclando en la historia.

Dicha interacción entre autonomía y legitimidad además surge en Kriele, para quien "la autonomía del Estado es dependiente de su legitimidad, y la legitimidad fundamenta su autonomía". Más todavía, podría decirse que "el problema de la legitimidad es el lado interno del problema de la autonomía". El mismo López Hernández, líneas debajo, es claro en señalar: "por consiguiente, la autonomía y la legitimidad son las características fundamentales del poder político estatal. Empero la legitimidad hace referencia más que nada a la cuestión interna del título y ejercicio del poder".

Se puede decir que interacción legitimidad-poder es la base de la autoridad, halla en Max Weber uno de sus autores más relevantes. Para Weber la legitimidad concierne a una religión de los oprimidos en hacerse dóciles al estado, lo que garantiza la función de ésta para crear sus elecciones. En Weber el término de dominación incumbe a "la posibilidad de descubrir obediencia en un conjunto definido para mandatos específicos (o para todo tipo de mandatos)". Este creador identifica 3 tipos de dominación legítima:

“A) dominación de carácter racional, que tiene interacción con la religión en la legalidad del orden estatuido y del derecho de mando de las autoridades por ventaja de la legalidad (dominación burocrática)

B) dominación de carácter clásico, correspondiente a la religión de la santidad de las tradiciones y de los señalados por aquellas tradiciones para ejercer autoridad (dominación patriarcal)

C) dominación de carácter carismática, que tiene relación con la religión en la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona para ejercer autoridad (dominación caudillista, profética o demagógica)”.

De dichas formas de dominación emergen sus creencias de legitimidad, las cuales tienen que garantizar el sostenimiento de las interrelaciones de dominación-subalterno, ya que los motivos estrictamente afectivos, materiales o racionales no tienen la posibilidad de asegurar por sí solos el sostenimiento de la dominación, si ésta no se simboliza como una devoción del dominado.

El análisis weberiano del poder y la legitimidad que deviene tiene en uno de sus fines primordiales el entablar en qué momento un dominio es legítimo, en tanto que la autoridad dependa de otras mociones diferentes, como el azar de beneficios particulares, o de la práctica de sumisión, posiciones que en todo caso hacen que la correlación de dominación trascienda desequilibrada.

Por esto, Weber expresa que la exaltación más firme y legítima es la que se exterioriza en motivos jurídicos. Al caso en concreto: "En las colaboraciones entre dominantes y dominados, sin embargo, la dominación frecuente apoyarse internamente en motivos jurídicos, en motivos de su 'legitimidad', de tal forma que la conmoción de dicha religión en la legitimidad frecuente, por lo regular, acarrear graves secuelas".

La legitimidad weberiana está basada en la legalidad dispositiva del instante, en otros términos, la preeminencia del derecho escrito como uno de los componentes organizados del nuevo Estado, contexto que es censurada fuertemente por Habermas, quien señala que Weber no supo mostrarse de acuerdo con el módulo moral que dura en los intestinos del derecho que nace de los Estados liberales, dada la positivización de bastantes normas morales. Según Habermas "el derecho nuevo está estructurado sobre normas y principios, varios de los cuales ostentan la doble naturaleza jurídica y moral".

Es por esto por lo que, persiguiendo aquellas mismas los esbozos argumentales, Habermas expresa "la tesis de que solamente de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede sustraer la legalidad su propia

legitimidad". Por lo cual, el término de legitimidad habermasiano se entiende como una legalidad que supera al iuspositivismo preciso y, sin embargo, está interiorizado de una teoría que se lleva paso a paso a la justicia, con recursos de composición entre derecho y moral. Por esto, "legitimidad supone que la pretensión que sigue a un orden político de ser identificado como conveniente y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento.

Legitimidad significa el producido del merecimiento de reconocimiento de parte de un orden político. Con la misma línea, López Hernández analizó la personalización del orden político derivado del pensamiento habermasiano de la legitimidad, como se evidencia a continuación:

"1. La Constitución regula el proceso político por medio de reglas: mayor parte, proceso parlamentario, ley electoral, etcétera.

2. La tarea del Parlamento debería estar apoyada en una colaboración cada vez más grande poblacional.

3. La calidad de la vida pública debería mejorar una y otra vez y en ello poseen particular trascendencia los medios de comunicación"

Se puede inferir de lo anterior que la legitimidad habermasiana parte de una tesis del actuar expresivo para sustentar sus teorías de legitimidad, en donde la legitimación inicia con un acuerdo social alcanzado desde la declaración, en donde se sintetizan, los adjuntos materiales de justicia.

El principio de legitimidad estudiada tiene conexión con el poder político, la cual debería enfocarse con el reflejo del modelo de Estado definitivo por la Constitución Política. Se dice que legitimidad a la que se relatan autores como Weber, Ferrero, o Habermas incumbe a la legitimidad del Estado y de su disposición política, a la apología del Estado, de la exigencia de un precepto jurídico-político procedente del pacto social de un nuevo estado; realizar una indumentaria del juicio legitimidad sobre el que Habermas o Weber resumen el punto de inicio de sus investigaciones, está a autores como Locke, Hobbes, Montesquieu o Rousseau, ya que son estos estudiosos los que construyen la tesis política actual sobre concepciones principales como el de legitimidad.

De conformidad con lo anterior, se entiende que “la legitimidad del orden político se corresponde con aquella derivada del ejercicio de las libertades particulares propias del Estado nuevo, la misma independencia de los modernos a la que se refería Benjamín Constant en su afamado discurso de la independencia de los viejos comparada con la de los modernos”. (Delgado, 2013)

En conclusión, el principio de legitimidad estatal fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los particulares que, en ejercicio de sus potestades, el Estado actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, es aplicable frente a la protección de la persona no contratada, toda vez, que al realizar la labor a favor de la administración lo hizo bajo este principio, al confiar la contratación en un futuro cercano.

2.4 Principio del acto propio

Actualmente, la disciplina de los actos propios no ha sido aprendida a profundidad en Colombia por parte de los estudiosos. Pero, por otra parte, los jueces de los tribunales de arbitramento y las altas cortes lo manejan en mayor medida en la parte motiva y resolutive de sus pronunciamientos.

Se puede decir que el principio de los actos propios es tal vez la estructura que más concierne en la sistematización jurídica colombiana con la regla del *venire contra factum proprium non valet*. Enneccerus explica: “A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe” (Enneccerus, 1935).

El autor López Mesa en su trabajo sobre el tema expone que de acuerdo con este principio “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros la expectativa de comportamiento futuro”. Se configura un límite al actuar de un derecho subjetivo con el objetivo de alcanzar, en las situaciones jurídicas, un procedimiento consecuente de los individuos y el acatamiento del principio de la buena fe (López, 2003).

La Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T – 248 del 2008, prevé el principio del respeto por el acto propio. Este principio, “comporta el deber de

mantener una coherencia en las actuaciones desarrolladas a lo largo del tiempo, de manera que deviene contrario al principio aludido toda actividad de los operadores jurídicos que, no obstante ser lícita, vaya en contravía de comportamientos precedentes que hayan tenido entidad suficiente para generar en los interesados la expectativa de que, en adelante, aquellos se comportarían consecuentemente con la actuación original". (Corte constitucional, Sentencia T-141, 2004 y Corte Constitucional, Sentencia T-475, 1992)

Es necesario interpretar y analizar la conducta de las partes en los contratos, ya sea cuando declaran de manera expresa o tácita su voluntad. El expositor del contrato debe estudiar si se muestran discordancias y confrontarlas con la supuesta voluntad de las partes al contratar. Por ello, la doctrina de los hechos propios de una manera objetiva se limita a la manifestación de las acciones de los contratantes (López, 2009).

En la sentencia T-295 de 1999, la Corte Constitucional se pronuncia frente al acto propio como un argumento cuyo soporte jurídico es el principio constitucional de la buena fe, que condena como inaceptable toda reclamación legítima del comportamiento realizado por la parte. La Corte equivalentemente se cuenta a esta doctrina como una exigencia de confianza, honestidad, decoro, credibilidad y rectitud que otorga la palabra, a la cual deben acatarse a las diversas acciones de la administración y de los individuos entre sí y la cual se prevé, una columna fundamental del sistema jurídico.

La Honorable Corte Constitucional expone que debe conocer de una acción terminada dentro de una relación jurídica que cause la familiaridad de un tercero. Consecuentemente, se relata a la necesidad de la eficacia de la primera conducta que expresa una parte y que objeta otra gestión posterior contraria con aquella. En este punto vale la pena explicar la diferencia que concurre entre estudiosos del fondo sobre la emergencia de emplear la doctrina de los actos propios frente a una gestión viciada por violencia, error o dolo.

El principio de los actos propios no debe emplearse si se trata es de verificar las derivaciones de un error. En opinión de López Mesa, “la presencia de un vicio de la voluntad de cierta significación impide la aplicación de la doctrina. Ahora bien, es importante para el intérprete del contrato que pretende vislumbrar la voluntad contractual, precisar qué se entiende por un vicio de cierta significación” (López, 2003).

En conclusión, se establece en el sistema colombiano, que el principio de acto propio es un principio general del derecho administrativo, una derivación del principio de buena fe universalmente reconocido, como un requerimiento de confianza, honestidad, credibilidad y rectitud que concede la palabra, a la cual deben obedecer a las disímiles acciones del estado con el particular, es aplicable frente a la protección de la persona no contratada, toda vez, que al realizar la labor a favor de la administración lo hizo bajo este principio, al confiar una contratación futura.

3. Medios judiciales para la defensa de la persona no contratada por la administración

Ahora, realizaremos un estudio de los diferentes mecanismos control, con el fin de responder al interrogante inicial de este trabajo, de cual es medio de control apropiado para la persona no contratada por la administración pero que ha realizado actividades a favor de ella, como se evidencia a continuación:

3.1 Actio in rem verso:

La Actio in rem verso, es un mecanismo de control que se emplea subsidiaria y alternativamente, cuando el estado o la administración posea un acrecentamiento patrimonial, y la persona afectada sufra un perjuicio en su patrimonio, sin tener una causa justificada dentro del ordenamiento jurídico vigente. De lo anterior, se puede concluir, que para estar en presencia de una Actio in rem verso deben ocurrir los siguientes supuestos: 1) Un beneficio patrimonial; 2) Un empobrecimiento patrimonial y 3) Que empobrecimiento continuado al enriquecimiento sea injustificado.

El objetivo del enriquecimiento sin causa es el de resarcir un daño, pero no el de indemnizarlo. Sobre el asiente de que el afectado ha sufrido un perjuicio en su

patrimonio, no se puede sancionar sino hasta la porción en que infaliblemente se enriqueció el estado.

Para manifestar un enriquecimiento sin justa causa se debe tener de presente que el fin es reintegrar el patrimonio al afectado, cuando no concurre otro mecanismo jurídico para requerirlo. “Lo anterior por cuanto no es admisible que la administración se favorezca de una situación ilícita que nació de su propia conducta, en tanto que el afectado deba asumir el desequilibrio patrimonial” (Castro, 2018).

Valencia Zea y Ortiz Monsalve indican que para que prospere una pretensión por Actio in rem verso, deben asistir los siguientes presupuestos: “que exista un aumento de patrimonio a cargo de una parte favorecida, y coetáneamente una disminución de capital de la parte afectada, así mismo que ese traslado patrimonial carezca de una causa jurídica. Por lo demás el actor no debe contar con otra vía procesal para obtener la debida compensación, y la acción in rem verso no puede contrariar la ley” (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 1998).

Así mismo, el autor Bohórquez señala que la Actio in rem verso” es fuente directa de las obligaciones en aquellos eventos en los que, sin existir un acto jurídico o un hecho ilícito, una parte se enriquece mientras la otra empobrece correlativamente” (Bohórquez, 2017).

Para Armenta Ariza, la actio de in rem verso “es el medio judicial para obtener el reconocimiento del principio del enriquecimiento sin causa, indicando que este es aplicable por el juez de lo contencioso, de la misma forma en que lo hace la jurisdicción ordinaria al remitirse a la Ley 157 de 1887 en su artículo 8” (Armenta Ariza, 2009).

3.2 Reparación directa

En comienzo, la reparación directa es un mecanismo de control de índole temporal, personal y desistible, encaminada a indemnizar integralmente el daño ocasionado a las personas debido a una acción realizada, una negligencia u omisión, un hecho administrativo o la ocupación transitoria, por causa de obras públicas o por cualquier otro origen atribuible al estado distinta a un contrato estatal o un acto administrativo o a un especial que haya actuado persiguiendo una orden de esta. En decir, se practicará la reparación directa *“cuando trascienda un perjuicio a un ciudadano por la acción de la administración”*. Cualquier particular que crea haber sufrido un perjuicio o daño por parte del estado o uno de sus agentes, puede interponer esa acción.

En razón a lo anterior, se debe emplear el principio constitucional de la buena fe, examinando el proceder de la persona afectada en aquellas circunstancias en las cuales la entidad pública, incita a la realización de una labor, prestación de servicio o provisión de un bien sin que concurra o se perfeccione el contrato, pues

en dicho asunto se estaría condescendiendo a un empobrecimiento para el individuo y un inevitable enriquecimiento para la administración.

Cuando un particular inicia el mecanismo control de la reparación debe en primer lugar, agostar la exigencia del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial antes de instaurar una demanda para que pueda obtenerse a un pacto entre las partes, pero de no hallarse un acuerdo, se podría iniciar la demanda ante un juzgado o tribunal administrativo. El requerimiento de la conciliación puede establecerse ante la procuraduría, donde se establezca un procurador judicial o representante del ministerio público, que pueda dar respuesta a la conciliación, y atienda métodos de convenio para que las partes obtengan a un acuerdo.

A través del mecanismo de control de reparación directa se quiere que sean reparados todos los daños causados por la administración, acción que encuentra su base jurídica en el artículo 90 de la Constitución Política el cual señala que el estado deberá reconocer y responder el daño antijurídico que cause a los individuos.

La acción de reparación directa se puede buscar también, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, o ley 1437 de 2011, en el inciso segundo del artículo 140 que manifiesta:

“De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o

por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de esta”.

A continuación, se analizará las diferentes posturas jurisprudenciales en lo referente a los medios de control actio in rem verso y la Reparación directa:

Tabla 1: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN REPARACIÓN DIRECTA Y ACTIO IN REM VERSO

REPARACIÓN DIRECTA Y ACTIO IN REM VERSO	
SENTENCIA	POSICIÓN FRENTE A LA ACTIO IN REM VERSO Y LA REPARACION DIRECTA
Corte Constitutional, Sentencia T-219,1995	“La Corte Constitucional indicó los tres elementos que configuran el enriquecimiento sin causa, son, i) el enriquecimiento o aumento de un patrimonio, ii) un empobrecimiento correlativo de otro y iii) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico”.

Corte Constitucional, Sentencia T-401, 1996	“Cinco son los requisitos integrantes del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, como se explica a continuación: “1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio. “2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. 3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. “4º Para que sea legitimada en la causa el enriquecimiento sin causa, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un
--	--

	cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos. 5º El enriquecimiento sin causa no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley”.
Consejo de Estado. Sentencia 30 de 2006, Exp. 25662	“El Consejo de Estado afirmo que el cumplimiento de las solemnidades para la existencia del contrato administrativo se constituye en una garantía para el interés público y para el particular, lo cual procura la transparencia en la administración de los recursos públicos y la objetividad en la contratación; por lo tanto, consideró que en los eventos en los que se ejecute una obra o se preste un servicio a favor de una entidad pública sin que exista contrato o este no sea ejecutable, no es posible acudir a la teoría del enriquecimiento sin causa, pues no es aceptable partir de un desconocimiento deliberado de las normas de derecho público, así sea que la ignorancia de la ley no justifica su incumplimiento. En consecuencia, adujo que cuando la causa del empobrecimiento del demandante sea el incumplimiento de las normas establecidos en la Ley 80 de 1993 para contratar con la administración pública, la persona afectada debe asumir los

	resultados de dicho comportamiento antijurídico sin que pueda pretender la compensación de su patrimonio”.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35026	Es oportuno precisar que el enriquecimiento sin causa o injustificado y la actio in rem verso son dos figuras distintas pero ligadas entre sí, cuya diferencia estriba básicamente en que “el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada; mientras que la actio in rem verso es la figura procesal a través de la cual se maneja la pretensión”, permitiéndole al empobrecido reclamar “los efectos de la vulneración de dicho principio general” En consecuencia, la acción in rem verso (actio de in rem verso) no puede ser equiparada a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. – esta última de naturaleza indemnizatoria-. Se trata, como ya se mencionó de una acción de naturaleza autónoma e independiente , dirigida, precisamente, a retrotraer los efectos que produjo una situación de traslado patrimonial injustificado,

	motivo por el cual no es posible, en sede de su ejercicio, formular algún tipo de pretensión de carácter indemnizatorio, sino que, por el contrario, su procedencia se basa en el exclusivo reconocimiento de una situación que se encuentra fuera de la órbita contractual o extracontractual, que amerita la adopción, por parte del juez competente, de una medida netamente compensatoria.
Corte Constitucional, sentencia C-644, 2011.	“La reparación directa es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada (...) podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado. En el análisis jurídico de la acción de reparación directa opera el principio iura novit curia, en la medida que a la persona interesada no le corresponde presentar las razones jurídicas de sus

	pretensiones, sino simplemente relatar los hechos, omisiones, operación u ocupación, para que el juez administrativo se pronuncie con base en el derecho aplicable al caso. La acción de reparación directa es procedente para demandar la reparación del daño que deriva de un hecho, una omisión, una operación administrativa con la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos - o por cualquiera otra causa -, siempre que esta última no consista en un acto administrativo, porque cuando éste es fuente de un daño, la ley prevé expresamente como acción pertinente la de nulidad y restablecimiento del derecho”.
Consejo de Estado, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, p. 44	En la actualidad es la sentencia de Unificación más importante de la acción de actio in rem verso donde señala por regla general que esta no puede ser utilizada para demandar la ejecución de obras o pagos de emolumentos o servicios prestados sin el cumplimiento de las formalidades legales, como la suscripción de un contrato estatal, toda vez que en las relaciones contractuales que la administran impera la buena fe objetiva, que supone el cumplimiento de lo pactado con sometimiento de la

	ley, o sea, respetando las formalidades y solemnidades del contrato; Sin embargo, se consideran tres excepciones a esta regla: 1. Se puede invocar el enriquecimiento sin causa con ausencia de contrato, cuando la administración ejerce coacción sobre el particular para obtener la prestación del servicio o suministro de bienes. 2. cuando es necesario preservar la prestación de los servicios de salud, 3. y en los casos de urgencia manifiesta debidamente acreditada, cuando se omite dicha declaratoria y se impone una carga al empobrecido. Así mismo, en esta providencia se deja claro que la demanda es meramente compensatoria con límite en el monto del empobrecimiento; y que la vía adecuada para invocarla es la reparación directa, debido a que la actio de in rem verso tiene una autonomía sustancial mas no procedimental, razón por la cual debe tomarse como una pretensión que busca el equilibrio patrimonial afectado por la administración estatal.
Corte Suprema de Justicia, sentencia rad. 2008-03448-01, 2013	“La Corte Suprema de Justicia señalo que para que se presente un enriquecimiento sin causa, se exige que (i) un individuo obtenga

	una ventaja patrimonial; (ii) que como consecuencia de dicha ganancia exista un empobrecimiento de otro sujeto, es decir, que se observe un nexo de causalidad, que uno se deba o se origine en el otro; (iii) que el desplazamiento patrimonial se verifique sin causa jurídica que lo justifique, o lo que es igual, que la relación patrimonial no encuentre fundamento en la ley o en la autonomía privada; (iv) que el afectado no cuente con una acción diversa para remediar el desequilibrio y (v) que, con el ejercicio de la acción legal no se pretenda soslayar una disposición imperativa”.
Consejo de Estado, Rad. 25000-23-26-000-2000-02011-01(24969), (2013)	“No se pueden perder de vista, los lineamientos esgrimidos con anterioridad cuando a través de la actio in rem verso como acción judicial se estudiaban, analizaban y decidían casos (distintos a los observados en la actualidad) en los cuales sin mediar o formalizar un contrato estatal se realizaban obras, prestaban servicios o suministraban bienes a favor del Estado, produciendo en consecuencia, un enriquecimiento del ente público beneficiado

	y un empobrecimiento correlativo con cargo del contratista de hecho”.
Consejo de Estado, Sentencia del 7 de diciembre de 2016, Exp. 37492	El Consejo de Estado indico que los casos expuestos no excluyen otras posibilidades semejantes a las enunciadas por la sentencia de unificación, y en las que si se prestó el servicio, entregó el bien o la obra, es conducente reconocer la compensación del patrimonio, porque si bien en dichos eventos se autoriza el pago a quien ha infringido la ley, ello se hace por razones comprensibles por el derecho, es decir las compensaciones se justifican por las siguientes razones: en el caso de constreñimiento al contratista, por la situación de indefensión en la que éste se encuentra frente al Estado; en la afectación a la salud, por el deber de proteger la salud y la vida; y en eventos de urgencia manifiesta, por la necesidad de evitar un daño mayor.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 2012-00690-01 (54121), 2017	El máximo órgano de la jurisdicción contenciosa reafirma la postura mayoritaria sobre el tema, explicando con mayor claridad las excepciones en las que procede la acción estudiada. La Sala

	remarca que en los casos en los cuales la administración ejerce fuerza o coacción sobre el afectado, y sin que medie contrato estatal con las formalidades legales, lo constriñe a realizar operaciones, a prestar sus servicios o a suministrar bienes, haciendo uso de su poder o fuerza dominante, y sin que medie la culpa del particular, es procedente que se ejerza la actio de in rem verso, eso sí, utilizando la vía procesal de la reparación directa, a fin de que el empobrecido recupere lo perdido, sin derecho a recibir indemnización.
Consejo de Estado, Sentencia del 5 de julio de 2018. Rad. 76001-23-31-000-2011-01141-01	El Consejo Estado negó la aplicación del enriquecimiento sin causa donde un particular presto sus servicios sin que existiera un contrato. Al abordar el estudio de una accionante que prestó sus servicios profesionales en una entidad, iteró que el reconocimiento de la compensación procede excepcionalmente en casos precisos, y con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin justa causa como fuente de obligaciones, en virtud del principio de la buena fe y siempre que se cumplan con elementos que la configuran.

Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia Rad 10182, 2019	“Son cuatro las excepciones que hasta este momento se han identificado en la jurisprudencia y que permiten afirmar que la acción de reparación directa es el cauce procesal idóneo cuando el origen del daño lo constituya una actuación administrativa: (i) reparación de perjuicios causados por la ejecución de actos administrativos consonantes con el ordenamiento jurídico en los que no se controvierta su legalidad y se atente contra el principio de igualdad frente a las cargas públicas; (ii) reparación de perjuicios causados por la expedición y ejecución del acto administrativo ilegal que haya sido anulado o haya sido objeto de revocatoria directa por la propia administración, sin incidencia de la conducta del sujeto pasivo del acto administrativo; (iii) <i>reparación como consecuencia de la configuración de un daño derivado de una manifestación de la administración contra la cual no procede la acción o un hecho de legalidad pertinente</i>; (iv) reparación de los perjuicios causados por la anulación o revocatoria directa de un acto administrativo que hubiere beneficiado al actor, cuando la anulación o revocatoria directa hubiere sido causada por la inobservancia de las reglas propias del procedimiento administrativo o
---	---

	de las normas que rigen el ejercicio de la actividad administrativa”.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 2019-02159-01, 2020	La reparación directa tiene la responsabilidad el Estado de reparar a una persona que ha sido directamente afectada cuando la administración por intermedio de sus funcionarios ocasiona un daño o perjuicio a una persona por medio de una acción, omisión, hecho u operación administrativa; la demanda se debe interponer ante la jurisdicción contencioso-administrativa; cuando se señale que el Estado fue el responsable del daño debe reparar e indemnizar a la víctima o cuando haya afectado ya sea los intereses generales o particulares de alguien o de un grupo de personas.

Fuente: Elaboración propia

El enriquecimiento sin causa se da cuando se acredite de manera indiscutible y cierta que fue exclusivamente la entidad pública, la que en virtud de su autoridad constriñó o impuso al respectivo particular a realizar actividades a favor del estado, ***por fuera del marco de un contrato***. El daño puede ser reparado judicialmente por la administración, cuando el demandante no cuente con otros medios legales.

En la actualidad la **acción in rem verso en materia de responsabilidad estatal, no se tramita como una acción independiente**, antes es considerada como una pretensión restitutoria que **se puede pretender a través de una acción de reparación directa** cuando se esté en presencia en alguno de los tres eventos establecidos en la Sentencia de unificación por el Consejo de Estado en sala plena, Sección Tercero, con radicado No. 73001-23- 31-000-2000-03075-01(24897), 2012, por haberse presentado un enriquecimiento sin causa.

En consideración a lo anterior, **la persona no contratada por la administración debe acudir al medio de control de la reparación directa**, toda vez que es un mecanismo de control encaminado a reparar integralmente a una persona que ha sido directamente afectada cuando la administración ocasionando un daño o perjuicio por medio de una acción, omisión, hecho u operación administrativa.

3.3 Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Es un medio de control tiene naturaleza temporal y subjetiva, a través del cual el individuo que se sienta afectado en un derecho amparado en una norma jurídica administrativa, como resultado de un acto administrativo ilícito, puede solicitar que se declare la nulidad de este y que, como consecuencia, se le restablezca su derecho o se subsane el daño; la persona quien la instaure puede desistir en cualquier momento del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Actualmente, se puede encontrar esta acción en la Ley 1437 de 2011 en el artículo 138.

Teniendo en cuenta el medio de control de la nulidad y el restablecimiento del derecho, es menester tener que precisar que se debe agotar previamente el requisito de procedibilidad de reclamación ante la autoridad administrativa que contrata de alguna manera u otra al particular para que ejerza determinada labor en el mencionado lugar.

A la luz del artículo 23 de la constitución nacional y las disposiciones pertinentes del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437, 2011, Art.13), el mecanismo apropiado para adelantar inicialmente el reconocimiento de un contrato realidad, es realizar un derecho de petición en el cual se solicite a la entidad estatal que se proceda a realizar la afirmación de la presencia del contrato realidad en razón al 13 de la Ley 1755 de 2015.

Ante la negativa de la declaración del vínculo laboral, se propicia el procedimiento previo que debe agotarse de igual manera y el cual se encuentra en el artículo 74 de la ley 1437 cuya disposición instituye que por pauta general contra los actos administrativos decisivos procede el recurso de reposición ante quien profirió la providencia para que la aclare, modifique, adicione o en este caso, revoque la decisión. En este orden, se solicita en subsidio el recurso de apelación para que ante el superior administrativo o funcional inmediato se haga la

revocatoria del acto administrativo y, por último, ante la persistente negativa, se interpone el recurso de queja cuando se rechace el de apelación.

Una vez surtido la tarea expuesta, la acción judicial que debe realizar la persona afectada es una demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 138 del CPACA, con el fin de declarar la nulidad del acto administrativo que profirió la autoridad administrativa negando la petición interpuesta inicialmente para la declaración del contrato realidad y este proceso debe presentarse ante un juzgado o tribunal de lo contencioso administrativo.

No es requisito de procedibilidad el agotamiento de la conciliación extrajudicial como exigencia previa para demandar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El Consejo de estado, “determina que dado al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables” (Consejo de Estado, No 00799, 2018).

Entonces, surge la siguiente inquietud ¿Cómo se realiza este trámite? Una vez obtenida la negativa de los recursos interpuestos para la revocación del acto administrativo que establece la no existencia de un contrato realidad, se procede ante un juzgado de lo contencioso administrativo para que se interponga la demanda para la nulidad y restablecimiento del derecho. Si el juzgado niega las

pretensiones de la demanda, es preciso presentar recurso de apelación ante el Consejo de Estado, de conformidad con la Ley 2080 de 2021 Artículo 26 que establece:

“Modifíquese el inciso primero del artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así: Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación. También conocerá del recurso de queja que se formule contra decisiones de los tribunales, según lo regulado en el artículo 245 de este código”

Cada caso bajo estudio será particular, pues se requiere analizar a detalle si se cumple cada uno de los requisitos de una relación laboral, para así poder determinar si se configura el contrato realidad, lo cual a su vez generaría el reconocimiento de los derechos laborales a los que hay lugar. Finalmente, es preciso resaltar que el Consejo de Estado no establece un tiempo máximo para la duración del contrato de prestación de servicios y, por ende, lo deja al arbitrio de la misma administración, lo que puede generar inseguridad en la aplicación del laudo judicial emitido por la Alta Corte.

Tabla 3: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL FRENTE AL CONTRATO DE REALIDAD

SENTENCIA	POSICIÓN DE FRENTE AL CONTRATO DE REALIDAD
Corte Constitucional, Sentencia C-154,97	“ 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, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, 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 ”
Consejo de estado, sentencia No. 13-0039, 2003:	“1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley. 2.- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio

	del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. 3.- No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina debido a un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales”.
Corte Constitucional, sentencia T-501, 2004:	“La Corte Constitucional ha determinado la relación laboral estableciendo que ésta se define a partir de indicios y advierte que si bien los contratos de prestación de servicios excluyen cualquier tipo de relación laboral, en algunos momentos este tipo de contrato es utilizado por los contratantes privados y públicos para ocultar la configuración de una verdadera relación laboral y por consiguiente, el pago de las prestaciones que se originan. Señala que los elementos que configuran la coexistencia de un contrato de trabajo, es (el salario, la subordinación y la prestación personal del servicio). De esta manera, la generalidad de contrato realidad implica dar primacía a

	los elementos fundamentales de una relación de trabajo con independencia de la denominación que utilice el empleador para el contrato inscrito con el trabajador”.
Corte Constitucionalidad, Sentencia C-614, 2009:	“El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que “en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto (...) la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”.
Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 16 de febrero de 2012, Rad No 00050-01(1187-11)	“Como indica por el Consejo de Estado, el contrato de prestación de servicios no se consigue establecerse como un instrumento para desconocer los derechos laborales y con el fin de evitar que se oculte la relación laboral, se debe acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la Constitución que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades con el cual se podrá exigir la especial protección del derecho para aquellos que realizan la misma función de los servidores públicos. Esto figura que al ser irrenunciables los derechos laborales, no

	pueden ser menoscabados por acuerdos de voluntades que buscan disfrazar la relación laboral”.
Corte Constitucional, sentencia T-723, 2016:	“El uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado”.
Consejo de estado, Sentencia No 00799, 2018, señalo:	“El contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual”

Consejo de Estado, Sentencia No 00222-01, sección segunda, 2018:	“El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años contados a partir de la terminación del vínculo contractual, por lo que, pasado dicho término, se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que deriven de aquella. En ese sentido, en los eventos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y su ejecución debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos a partir de sus fechas de finalización”.
Consejo de Estado, Sentencia No 2011-00400, 2020:	“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante 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”.

Fuente: Elaboración propia a partir de la jurisprudencia constitucional y administrativa.

En consideración a lo anterior, el medio de control para establecer un contrato de realidad es el de nulidad y restablecimiento del derecho, donde un contratista puede solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales.

En consideración a lo anterior, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es mecanismo efectivo para la protección de los derechos de la persona no contratada por la administración, toda vez, que este mecanismo como vimos anteriormente, es el medio por el cual el contratista de prestación del servicio pretende ante un Juez administrativo se le reconozca un contrato realidad por cumplir con los requisitos ya mencionados anteriormente. En este caso, el particular si tiene un contrato con la administración, pero el Estado, subordina al contratista a cumplir ordenes y un horario laboral.

3.4 Tutela, mecanismo especial de protección del trabajo

La Constitución de 1991, estableció una secuencia de mecanismos procesales de defensa constitucional de derechos colectivos y particulares, los cuales se identifican además como actividades o garantías constitucionales. Estas, se descubren contenidas en el Título II de la Carta Política, y se identifican taxativamente como las próximas: la acción de tutela, la acción famosa, la de cumplimiento y la acción de conjunto (Carrillo, 2006).

Dichos mecanismos constitucionales, fueron habilitados para la protección de derechos colectivos y personales, bajo unas prerrogativas precisamente diseñadas por la jurisprudencia constitucional que, entre otras cosas, posibilita el uso a la acción famosa una vez que se estime que la contratación estatal ha ido en

contra del derecho colectivo a la moralidad administrativa, o de defensa del patrimonio público (Carillo, 2006).

La acción de tutela es una acción rápida y concisa para la defensa judicial de los derechos fundamentales, la cual sólo está convocada a proceder cuando la persona perjudicada no tenga otros mecanismos de defensa judicial con el fin de proteger el derecho vulnerado; salvo que se disponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución, está concebida para otorgar una solución eficiente a todas las situaciones de hecho creadas por la acción u omisión de la administración y por excepción de los particulares, que sobrelleven la amenaza o vulneración de algún derecho fundamental; sus efectos son de carácter temporal, al quedar sujetos a lo que solucione de fondo la autoridad competente.

Por consiguiente, es importante resaltar la importancia de la estabilidad estatal, como se muestra a continuación:

Tabla 3: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA

ACCIÓN DE TUTELA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA	
SENTENCIA	PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
Corte Constitucional, Sentencia T-310, 2015	“La Corte Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones la improcedencia de la acción de tutela para solicitar reintegros

	laborales, puesto que existen otros medios de defensa judicial a los cuales el actor puede acudir para lograr lo pretendido; no obstante, excepcionalmente es aceptada la viabilidad del amparo, cuando se establece que aquellos mecanismos de defensa no son idóneos o que se requiere la urgente intervención del juez de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. En el presente caso la acción de tutela es el medio idóneo y preferente, en razón a la protección laboral reforzada que consagra explícitamente el texto constitucional a favor de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Lo anterior no significa que siempre que las personas se encuentren en situación de vulnerabilidad, deben permanecer en su cargo, sino que su desvinculación laboral o la terminación unilateral de su contrato de prestación de servicios solo podrá efectuarse con previa autorización del Ministerio de Trabajo”.
Corte Constitucional, Sentencia T-256, 2016:	“La acción de tutela se encuentra concebida como un mecanismo ágil y sumario para la protección judicial de los derechos

	fundamentales, la cual sólo está llamada a proceder cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, analizado tanto desde la perspectiva formal de su existencia, como desde la órbita material de su idoneidad y celeridad para brindar un amparo efectivo. En el caso concreto, la accionante no fue desvinculada de su cargo encontrándose protegida por el fuero de maternidad y, en consecuencia, no cabe otorgar la protección que se reclama respecto de los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada. Así mismo, se advierte que se invocó una causal objetiva para el despido relacionado con la terminación de la obra o labor, lo cual también ocurrió con el retiro de otros trabajadores encargados de la misma misión. Por lo anterior, no existe vulneración alguna”.
Corte Constitucional, Sentencia T-357, 2016:	“En relación con las personas protegidas constitucionalmente con estabilidad laboral reforzada, la jurisprudencia constitucional ha considerado tradicionalmente que estas son los menores de edad, los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados. No obstante, se

	ha establecido que las personas próximas a pensionarse pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que estas están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital
Corte Constitucional, Sentencia T-595, 2016:	Tanto los servidores públicos próximos a pensionarse como cualquier otro servidor público, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Sin embargo, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria. Adicionalmente, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando el juez evidencie que el prepensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación, generada por el retiro de su lugar de trabajo. Por tanto, es necesario que ese asunto sea tramitado a través de un mecanismo preferente y sumario, pues de someter al actor, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo

	considerable, tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste, un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del prepensionado”.
Corte Constitucional, Sentencia T-483, 2018:	“La Corte Constitucional ha reiterado su postura entre muchas otras sentencias en las que han concluido que la estabilidad laboral reforzada protege a aquellos trabajadores que padezcan algún tipo de limitación física o psicológica que no les permita realizar su trabajo regularmente, para que su relación laboral no sea terminada en razón a esa limitación”.
Corte Constitucional, Sentencia T-494, 2018:	“La Corte Constitucional ha reiterado su postura entre muchas otras sentencias en las que han concluido que la estabilidad laboral reforzada (i) protege a aquellos trabajadores que padezcan algún tipo de limitación física o psicológica que no les permita realizar su trabajo regularmente, para que su relación laboral no sea terminada en razón a esa limitación. La Sala Primera de Revisión constató que el ciudadano fue desvinculado

	laboralmente de su empleo sin justa causa, debido a la condición médica que le fue diagnosticada -trastorno mixto de ansiedad y depresión-. Dicha patología afectó considerablemente su rendimiento profesional durante la vigencia de la relación contractual y persistió hasta el momento de la terminación del contrato. Tal circunstancia fue siempre del conocimiento de su empleador, quien optó por despedirlo sin contar con la previa autorización de la Oficina del Trabajo. Por virtud de lo anterior, se declaró que el actor era titular de la estabilidad laboral reforzada y, por consiguiente, en su beneficio debían aplicarse las consecuencias jurídicas previstas para este tipo de eventos”.
Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU-040, 2018:	“La jurisprudencia constitucional relacionada con la estabilidad reforzada, desde sus inicios ha fijado las reglas para que esta proceda protección. La tutela no puede llegar al extremo de ser considerada el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo, en la medida en que no existe un derecho fundamental general a la estabilidad laboral. Sin embargo,

	en los casos en que la persona se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, la tutela puede llegar a ser procedente como mecanismo de protección, atendiendo las circunstancias particulares del caso. (ii) El concepto de estabilidad laboral reforzada se ha aplicado en situaciones en las que personas que gozan de ella, han sido despedidas o sus contratos no han sido renovados, en claro desconocimiento de las obligaciones constitucionales y de ley, para con las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas discapacitadas u otras personas en estado debilidad manifiesta. (iii) Con todo, no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección constitucional descrita. Para que la defensa por vía de tutela prospere, debe estar probado que la desvinculación fue consecuencia de esa particular condición de debilidad, es decir, con ocasión de embarazo, de la discapacidad, de la enfermedad, etc. En otras palabras, debe existir un nexo causal
--	---

	entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral”.
Consejo de Estado, No 01744, 2019:	“La Sala estima que el estatus de prepensionado(a) es objeto de protección especial y por lo tanto no puede ser desvinculado(a) hasta no ser incluido(a) en nómina de pensionados, pues, es un sujeto de especial protección constitucional beneficiario de la estabilidad laboral reforzada”.
Corte Constitucional, Sentencia T-014, 2019:	“El artículo 53 de la Constitución establece como uno de los principios mínimos de las relaciones laborales el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en el empleo, a menos que exista una justa causa para su desvinculación, particularmente, por tratarse de escenarios contractuales asimétricos. De igual manera, la Corte ha reconocido el derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, que deriva directamente del principio y el derecho a la igualdad en el trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de personas en condición de vulnerabilidad, que en la evolución histórica de la sociedad han sufrido discriminación por razones sociales,

	económicas, físicas o mentales. En términos generales, son titulares de la estabilidad laboral reforzada las personas amparadas por el fuero sindical, aquellas en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo, pues el objetivo de esa figura es proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable a ser despedido por causas distintas al trabajo que desempeña”.
Corte Constitucional, Sentencia T-586, 2019:	“Advierte la Sala que, para que opere la garantía del derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada de una persona afectada por una enfermedad, es necesario el conocimiento previo del empleador de dicha condición, sin lo cual no es posible estudiar la existencia de un posible acto discriminatorio en la terminación de la relación laboral, por lo que resulta posible acudir ante la jurisdicción laboral”.
Corte Constitucional, Sentencia T-052, 2020:	“La estabilidad laboral se vuelve de especial importancia cuando el empleado se halla en una situación de debilidad manifiesta, dando lugar a la denominada estabilidad laboral reforzada que consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y

	a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido”.
--	---

Fuente: Alcaldía de Bogotá, 2020

En razón a lo anterior, el mecanismo de tutela, no es el efectivo para la protección de los derechos de la persona no contratada, que realizar actividades a favor de la administración, puesto que, la acción de tutela es de carácter subsidiario, y está concebida para otorgar una solución eficiente a todas las situaciones de hecho creadas por la acción u omisión de la administración, que sobrelleven la amenaza o vulneración de algún derecho fundamental de un particular.

4. Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

En este estudio, se realizó un análisis de la normativa vigente en Colombia para garantizar el derecho fundamental del trabajo, de este se concluye que el mismo es una actividad humana muy importante y esencial dentro de la vida económica, social y política de las personas. La base fundamental de este principio es la de crear buenas relaciones de producción dentro del sistema social de derecho, con el desarrollo cotidiano del derecho al trabajo, a partir de la cual se generan muchos tipos de relaciones laborales en las que los trabajadores efectúan un servicio en favor de otras personas y estas tienen la obligación de velar por la dignidad e integridad de estos mismos.

A pesar de que la normatividad colombiana señala los derechos con los que cuentan los trabajadores y tiene varios mecanismos encargados de la protección y de garantizar el correcto desarrollo de este, también existe un vacío jurídico frente a las personas no contratadas por la administración que pactan de forma verbal un futuro contrato de prestación de servicios, sin tener la certeza de que en verdad se vaya a dar, enriqueciéndose el Estado de los servicios de esta persona, toda vez

que al final se le indica no contar con el presupuesto para la firma de un contrato; servicios que muchas veces duran hasta tres o cuatro meses sin ningún tipo de remuneración.

De conformidad con lo anterior, se buscó en el presente trabajo el mecanismo idóneo cuando se confirme de manera indiscutible y evidente que fue únicamente la entidad pública, en virtud de su supremacía o su autoridad, que constriñó o asignó a una persona no contratada a la ejecución o prestación de un servicio en su beneficio por fuera del marco de un contrato estatal.

Por ello, la persona no contratada debe probar la existencia de un enriquecimiento, esto es, que la administración haya obtenido una ventaja o beneficio patrimonial respecto del particular que realizó actividades a favor del estado, *por fuera del marco de un contrato*.

En la actualidad la acción in rem verso en materia de responsabilidad estatal, no se tramita como una acción independiente, antes es considerada como una pretensión restitutoria que se puede pretender a través de una acción de reparación directa cuando se esté en presencia en alguno de los tres eventos de excepción establecidos en la Sentencia de Unificación por el Consejo de Estado en sala plena, Sección Tercera, con radicado No. 73001-23- 31-000-2000-03075-01(24897), 2012, por haberse presentado un enriquecimiento sin causa.

En consideración a lo anterior, la persona no contratada por la administración debe acudir al medio de control de la reparación directa, toda vez que es un mecanismo de control encaminado a reparar integralmente a una persona que ha

sido directamente afectada cuando la administración ocasionando un daño o perjuicio por medio de una acción, omisión, hecho u operación administrativa, vulnerándosele indiscutiblemente los derechos a la vida, dignidad humana y al trabajo a estos individuos.

Aquí cabe realizar una crítica y una reflexión sobre la carga de la prueba, además de las desventajas que existe frente a la persona no contratada, pues juntamente con la vulneración que se realiza a sus derechos tiene que probar que los mismos fueron cometidos por la administración.

Finalmente, al momento de analizar un caso en el cual se presenta la violación del derecho fundamental del trabajo a una persona o se incumpla con alguna de las normas establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo o la Constitución Política de Colombia, el jurista debe observar las situaciones de hecho, las cuales componen la existencia de los elementos esenciales, antes estudiados, de la relación laboral y aplicar los principios administrativos que garantizan la legitimidad de la actuación estatal, tales como: la confianza legítima, buena fe y el principio del acto propio.

Recomendaciones

Pensar que la administración es perfecta en su actuar con el particular es poco probable, pero existen principios mínimos de confianza que todo particular espera del Estado bajo el marco de un Estado Social de Derecho; frente a las distintas modalidades de relación laboral y contratación de prestación de servicios con el particular, en ningún caso, debería darse la figura de la persona no contratada que realicen actividades a favor del Estado, generando el enriquecimiento sin causa, desafortunadamente estos sucesos vergonzosos por parte de la administración, han venido siendo más frecuentes por parte de las entidades públicas, por ello, es necesario la materialización de sanciones rigurosas para que dicho fenómeno deje de ser recurrente.

Así mismo, sería de gran importancia elaborar un estudio juicioso y serio sobre el derecho comparado frente a la persona no contratada por la administración bajo los principios administrativos de buena fe, acto propio, legitimidad estatal y confianza legítima, que permita visualizar el desarrollo de dicha problemática, sus sanciones y soluciones jurídicas, pero esto sería objeto de otro proceso investigativo.

Bibliografía

Armenta Ariza, A. M. (10 de diciembre de 2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. *Revista Vis Iuris*, (6), 96-97. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3293455>

Alcaldía mayor de Bogotá. (2018). *Servidor público*. Obtenido de Alcaldía de Bogotá

Bernal, F. J. (2008). *Derecho administrativo, programa administración pública territorial*. Obtenido de Escuela superior administración pública: <https://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/2-Derecho-Administrativo.pdf>

Betancur, J. D. (2015). *Los principios de buena fe, confianza legítima y teoría de los actos propios, como pilares en los que ha de fundarse la legalidad del acto administrativo*. Medellín: Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1493/Los%20Principios%20de%20Buena%20Fe,%20Confianza%20Legitima%20y%20Teoria%20de%20los%20Actos%20Propios%20como%20Pilares%20en%20los%20que%20se%20Pueda%20Fundarse%20la%20Legalidad%20del%20Acto%20Admin>

Bohórquez, Y. (2017). El enriquecimiento sin causa en el derecho civil y administrativo: origen y evolución de la actio in rem verso. Universidad Sergio Arboleda.

Constitución Política de Colombia. (2004). Bogotá: Plaza y Janes.

Caicedo, A. (2009). El principio de confianza legítima en las sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su incidencia en la congestión de los despachos judiciales en Colombia. *Diálogos de Derecho y Política*(1), 88-110.

Cabas, Y. (2016). *El principio de buena fe como fuente de deberes secundarios de conducta en los contratos en Colombia*. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/6164/1/El%20principio%20de%20buena%20fe%20como%20fuente%20de%20deberes%20secundarios.pdf>

Congreso de la Republica. (18 de Enero de 2011). Ley 1437. . *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial 47956. Bogotá.

Castro, N. (2018). Alcance del principio iura novit curia en la responsabilidad del Estado colombiano. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 13(1), 169-188. Recuperado de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/4270/4047>

Congreso de la República. (2021). *Ley 2080*.

Castrillón Arango, (2022). *Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana y de su indebida utilización: ¿un problema sin*

solución?

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/7583/10830>

David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud. La Abolición de la Esclavitud y sus formas contemporáneas, (Nueva York – Ginebra: Naciones Unidas - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002), <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf>

Delgado, C. R. (2013). *La legitimidad en el ejercicio del poder político en el estado social de derecho, una revisión desde el caso colombiano*. Obtenido de Scielo: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200004

Díaz Molina, L. M., & García Neira, S. J. (2018). Una mirada al contrato por obra o labor en Colombia. Retrieved from https://ciencia.lasalle.edu.co/contaduria_publica/692

Diazgranados Quimbaya, C., Gómez Escobar, S., Montenegro Timón, J., Almanza Junco, J., Diazgranados Quimbaya, L., Perafán Del Campo, E., (2018). Derecho Laboral En Colombia. Editorial Universidad Católica De Colombia, Dewey 341.876. Ed. 21.

Francisco Rafael Ostau de Lafont de León, La Libertad Sindical en el Mundo del Trabajo en Colombia (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 25

Guillermo González Charry, Derecho del Trabajo, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Temis, 1970).

Guillermo Guerrero Figueroa, *El Derecho Laboral en la Nueva Constitución*, Tomo IV, Compendio de Derecho Laboral, (Bogotá: Editorial Leyer, 1995), 28.

Gonzáles, N. (2011). *El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la revocación directa de los actos administrativos*. Bogotá: Universidad Santo Tomas de Aquino. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/710/EL%20PRINCIPIO%20DE%20CONFIANZA%20LEGITIMA%20EN%20LA%20ACTUACION>

Gómez, A., & Díaz, C. (2019). El contrato de prestación de servicios en el estatuto general de contratación pública: un tipo contractual de compleja celebración. (P. U. Javeriana, Ed.) *Vniversitas*(139). Obtenido de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27239>

Jose Puig Brutau. *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Ed. Ariel. Barcelona. (1951).

Ludwig Enneccerus. *Tratado de derecho civil, parte general*. Traducción de Blas Pérez González y José Alguer. Ed. Bosch. Barcelona. (1935).

Martínez, E., & Ramírez, J. (2008). *Regimen del Servidor Público*. Bogotá D.C: Escuela Superior de Administración Pública.

Mesa Valencia, A., (2013) *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia*, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Edición: 2013 ISBN: 978-958-8848-12-9.

Mora, J. T. (2015). *El principio de legalidad en la constitucionalización del derecho*.

Obtenido de Universidad santo tomas:

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/432/EL%20PRINCIPI>

[O%20DE;jsessionid=5B9EBE3AEA8D799B3FB09276A17AB431?sequenc](https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/432/EL%20PRINCIPI)

[e=1](https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/432/EL%20PRINCIPI)

Murillo Reyes, S., (2020), La Primacía E Importancia De Los Principios Constitucionales Y Legales En El Desarrollo De La Contratación Estatal Como Fin Del Estado Colombiano. Universidad Santiago De Cali Facultad De Derecho Diplomado Virtual En Contratación Estatal.

Patrón, D. A., Meza, N. H., Padilla, A. I., & Nieto, G. M. (2009). *La legalidad en el*

derecho Colombiano. Obtenido de

<https://journal.poligran.edu.co/index.php/poliantea/article/view/250/230>

Perez, G. Y. (2012). *La actuación administrativa estatal: otro escenario del derecho*

procesal . Obtenido de Revista del instituto colombiano de derecho procesal:

10.32853/01232479.v38.n38.2012.44

Rodriguez, L. (2012). El verdadero concepto de servidor público. *Memorando de*

Derecho, 3(3), 171-180.

Spota, Alberto.(1959). Tratado de Derecho Civil, T. I, Vol 1. Buenos Aires:
Ediciones Jurídicas Europa-América

Suárez, L. (2017). *Convalidación de la confianza legítima para la seguridad jurídica en las decisiones de la administración pública en Colombia*. Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá D.C.
Obtenido de
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/16494/SuarezSalgueroLuzYaneth2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Vecchio, Giorgio del. 1933. Los principios generales del derecho. Barcelona: Bosch

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis., (1963). La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosch.

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (1998). Derecho Civil. De las Obligaciones. Bogotá: Temis.

Viana, María José. (2007). El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencias C- 479 de 1992, M.P José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitutional, Sentencia T-475 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 1994, M.P Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional, Sentencia T-219 de 1995, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

- Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1996, M.P Vladimiro Naranjo Mesa
- Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997. MP Hernando Herrera Vergara
- Corte Constitucional - Sentencia C-1438 de 2000, M.P Cristina Pardo Schlesinger
- Corte constitucional, Sentencia T-141 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra
- Corte Constitucional, Sentencia T-501 de 2004, M.P Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucionalidad, Sentencia C-614 de 2009, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional, Sentencia T-180 A de 2010, M.P Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte Constitucional, Sentencia C- 644 de 2011, M.P Jorge Iván Palacio Palacio
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-071 de 2013, M.P Alexei Julio Estrada
- Corte Constitucional, Sentencia T-310 de 2015, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional, Sentencia T-723 de 2016, M.P Aquiles Arrieta Gómez
- Corte Constitucional, Sentencia T-256, de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez
- Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2016, M.P Jorge Iván Palacio Palacio
- Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2016, M.P Alejandro Linares Cantillo
- Corte Constitucional, Sentencia T-116 de 2019, MP Cristina Pardo Schlesinger
- Corte Constitucional, Sentencia T-483 de 2018, M.P Antonio José Lizarazo Ocampo
- Corte Constitucional, Sentencia T-494 de 2018, M.P Diana Fajardo Rivera

Corte Constitucional, Sentencia SU 040 de 2018, M.P Cristina Pardo Shlesinger

Corte Constitucional, Sentencia T-014 de 2019, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, Sentencia T-586 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido

Corte Constitucional, Sentencia T-052 de 2020, M.P Antonio José Lizarazo Ocampo

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2006. Exp. 25662.

C.P. Ramiro Saavedra Becerra

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. 35026, C.P.

Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 16 de febrero de

2012, Rad 00050-01(1187-11),M.P Gerardo Arenas Monsalve

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 04 de abril de 2013, rad. 2008-03448-01

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 19 de noviembre de

2012. Rad 2010-00062-00, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub Sección B, Sentencia del 03 de mayo de 2013,

Rad. 26847, C.P. Danilo Rojas Betancur. Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad.

25000-23-26-000-2000-02011-01(24969), (2013)

Consejo de Estado, Sección segunda, subsección B, Sentencia del 02 de mayo de 2013,

Rad. 20120028801

Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2015, Rad. 20060054701.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2016. Exp. 37492, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 05001-23-31-000-2012-00690-01 (54121), 2017

Consejo de Estado, Sentencia del 5 de julio de 2018. Rad. 76001-23-31-000-2011-01141-01

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 15 de julio de 2018, Rad. No 01744, M.P Gabriel Valbuena Hernández.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; Sentencia de 26 de julio de 2018; radicado -2010-00799-01; C.P. César Palomino Cortés.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 20 de septiembre de 2018, Rad. No 00222-01, M.P William Hernández Gómez

Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 24 de enero de 2019, Rad 20081018201

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; Sentencia de 24 de abril de 2019; radicado -2013-00074; C.P. William Hernández Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, veintiocho (28) de enero de dos mil veinte (2020), Rad.1001-03-15-000-2019-02159-01

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 15 de mayo de 2020, Rad No 2011-00400, M.P César Palomino Cortés

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia SUJ025 del 09 de septiembre de 2021, Rad 2013-01143-01 (1317-2016)

Sala de consulta y servicio civil, concepto 855 de 1996.

Tribunal de Arbitramento, Laudo Arbitral, Consorcio Desarrollo del Cauca contra Departamento del Valle del Cauca, 26 de abril de 2013.