

**SUBORDINACIÓN LABORAL COMO ELEMENTO ESENCIAL DE UN CONTRATO
DE TRABAJO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL**

Trabajo de grado para optar al título de abogadas

Daniela Arrieta Echeverri

Susana Pizza Laverde

Asesora:

Paola Andrea Vélez Alzate

Abogada Universidad EAFIT

Universidad EAFIT

Derecho

Medellín

2017

Tabla de contenido:

Introducción	3
Objetivo General	5
Objetivos Específicos	5
Capítulo 1: Los contratos	6
Contrato temporal, ocasional o accidental	13
Contrato de Obra o labor	14
Contrato a término indefinido	15
Contrato a término fijo	15
Capítulo 2: Diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral...	18
Capítulo 3: Subordinación en el contrato laboral	31
Capítulo 4: Posición del Consejo de Estado sobre el elemento subordinación en la Administración pública	50
Conclusiones	61
Bibliografía	63

Introducción

La subordinación laboral, como elemento esencial de los contratos de trabajo es un tema muy polémico y controversial a la hora de determinar si se está frente a un contrato de trabajo o un contrato de prestación de servicios. La discusión gira en torno a que al ser un elemento primordial en una relación laboral su sola existencia, puede configurar prueba suficiente para demostrar la existencia de un contrato de trabajo. Por lo tanto, es ahí donde se hace tan difícil diferenciar cuando un contrato es por naturaleza de prestación de servicio o un contrato laboral.

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

Por medio del presente texto, se busca mostrar cuales son los tipos de contratos en el ámbito laboral y bajo qué reglas están dirigidos, cuales son los elementos esenciales de estos y como se clasifican. De igual forma, buscaremos diferenciar entre un contrato de trabajo y un contrato de prestación de servicios, para llegar a determinar cuál es la función de la subordinación en los dos vínculos laborales.

Tras la determinación de las diferencias entre los contratos de trabajo y los de prestación de servicios, buscaremos mostrar cual es la posición de la Corte Constitucional frente a la subordinación como elemento esencial y diferenciador de los contratos laborales, cuáles son sus

límites, bajo que reglas se debe aplicar, cual es el medio idóneo para su protección, y como se demuestran la existencia de la misma en un vínculo laboral, todo esto a través del análisis de diversas sentencias de esta institución a través del tiempo, para además observar la forma de evolución del término y de la protección que encuadran los derechos de los trabajadores al verse afectados por abuso de la subordinación por parte del empleador.

A su vez, buscamos determinar la posible existencia de algún elemento común entre los dos tipos de contratos, laborales y prestación de servicios, y cuáles son sus alcances y que cubre este elemento en común, y a quienes cobija.

Si bien, la discusión sobre la relevancia de la subordinación en los contratos de trabajo, continúa vigente, este documento busca demostrar la importancia de este elemento como parte esencial de los contratos laborales, y a su vez, mostrar la posición en este debate nacional de la honorable Corte Constitucional, como máximo órgano, encargado de la guarda de la constitución.

Objetivos

Objetivo general.

Descubrir el criterio diferenciador de la subordinación para definir el tipo de contrato a aplicar.

Objetivos específicos.

1. Indagar el concepto, legislación y jurisprudencia constitucional sobre la Subordinación laboral en Colombia.
2. Describir las discusiones suscitadas respecto de la Subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo.
3. Definir los aportes más relevantes que ha realizado la Corte Constitucional sobre la subordinación como elemento diferenciador entre los contratos de trabajo y los contratos de prestación de servicios

Capítulo 1: Los Contratos

En el mundo del derecho existen diversas clases de contratos, numerosas clasificaciones y diferentes tipos, pero en esencia, cuando nos referimos al vocablo “contrato”, en su acepción más general, debemos entenderlo como aquel acto en el que dos o más personas acuerdan según sea su voluntad realizar una acción que implique dar o hacer algo o simplemente no hacer, esto es no realizar una acción en particular. La palabra contrato nos remite, automáticamente, a pensar en “obligaciones”, y a su vez en una contraprestación, que puede ser una “remuneración”. Pero para entender en concreto la definición de este concepto es necesario partir de lo general a lo particular.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2017) define la palabra contrato como un pacto o convenio, el cual puede presentarse de dos formas: verbal o escrito, y que posee como característica principal una obligación entre las partes, la cual puede recaer sobre una materia o una cosa determinada, y otorgando por tanto una característica fundamental; la vinculación (cumplimiento) que tiene el mismo para los contratantes. Debemos observar de manera general, como esta pequeña definición, plantea los elementos fundamentales de un contrato, como lo es su forma, las partes involucradas, y la obligación; las cuales se vuelven esenciales para que obtenga la connotación de contrato.

La palabra “contrato” es un término que proviene de la expresión en latín *Contractus*, que hace referencia a “convenio” o “pacto”. De igual forma se puede entender también por la expresión *Contractus est pacto duorum pluriunve in ídem plactium consensus*, que quiere decir: “Contrato es el pacto bilateral que se da en consenso de las partes”.

A través de la historia la definición de “contrato” se ha relacionado siempre con la generación de obligaciones para el sujeto producto de su voluntad, siendo éste una de las fuentes más comunes de las mismas. Un claro ejemplo, y referente obligatorio en el derecho colombiano, es la visualización que tenían los romanos sobre este término. Bohórquez (2004) nos explica “Para los romanos era claro que el acuerdo de voluntades y, a su vez, la palabra convención, derivada del verbo *convenio, conveni, conventum*, significaba pacto entre las partes. El contrato era una convención destinada a producir obligaciones...” (p, 1). Esta connotación de lo generado por un pacto, actualmente en nuestra legislación es aceptada en su esencia, es decir, aceptamos que un contrato sea una de las formas de nacimiento de las obligaciones, todo esto ligado a unos principios que contribuyen en la generación de ese hecho, tales como, la autonomía privada, la libertad de forma, de la buena fe, del orden económico justo, entre otros (Bohórquez, 2004).

La legislación colombiana define la palabra contrato como “... un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas” (Código Civil, Art. 1495). Notemos las similitudes que existen con la noción romana mencionada anteriormente, al especificar que el contrato es una obligación que contraen las partes.

Diversos autores manifiestan que una de las características principales de un contrato, es decir, lo que le da su esencia, es ese acuerdo de voluntades que surge entre las partes. Es esto lo que inicialmente le da la forma o cuerpo al contrato, pues esas manifestaciones por parte de ellos son en sí lo que quedara contenido en el documento. Como manifiesta Porto y Merino (2014): “El contrato, en definitiva, es un acuerdo de voluntades que se manifiesta en común entre dos o más personas (físicas o jurídicas)”, estas partes como lo expresan los autores pueden ser de cualquiera

de los dos tipos de personas, es decir, puede existir un contrato entre dos personas naturales o jurídicas, o entre diferentes; natural y jurídica.

Para terminar este contexto general de “contratos”, es necesario apuntar que existen diversos contratos dependiendo la materia, es decir, existen contratos de ámbito civil, comercial, administrativo o estatal y laboral. Para el desarrollo de este trabajo se tendrá como referencia las diferentes tipologías de contratos laborales que existen en Colombia.

La Corte Constitucional en su Sentencia C- 016 (1998), manifiesta que la diferencia entre un contrato civil y el laboral se encuentra en:

... el reconocimiento de la asimetría en la que se encuentran las partes, la cual no permite presumir que el acuerdo de voluntades se produzca a partir del ejercicio no inferido ni restringido de la autonomía de cada una de ellas, como si ocurre en el contrato civil (...). En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el contrato civil, el contrato de trabajo es la fuente de la relación laboral, cumple la función reguladora complementaria de las condiciones establecidas en la Constitución y en la ley...”

Véase como la Corte resalta la desigualdad de las partes que concurren en cada tipo de contrato. En las relaciones civiles es la autonomía de la voluntad es la que da lugar al nacimiento del contrato, para la cual no existe en principio ninguna limitante, es decir, la autonomía de cada uno de los intervinientes se encuentra libre. Mientras que, en las relaciones laborales, la ley le da unos límites a la autonomía, regulando las atribuciones que puede tener el empleador a través de ciertas cláusulas que podrían llegar a vulnerar los derechos de los trabajadores.

Cuando nos referimos a la facultad que tienen las partes de plasmar su autonomía de la voluntad en esos acuerdos, es pertinente traer a consideración la definición que la jurisprudencia trae al respecto. La Corte Constitucional (2008), en su Sentencia C- 1194, sostiene que:

El Principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Como se puede notar en la definición, este principio es de vital importancia para todos los casos en los cuales las personas tengan interés en realizar una transacción o acuerdo vinculante en la que puedan generarse derechos y obligaciones. Por tal razón, el Consejo de Estado (2014) por medio de la Sección Tercera, en su Sentencia 37747, manifiesta que:

“A pesar de que la autonomía de la voluntad privada suele materializarse en el derecho civil y, específicamente, en el contractual, lo cierto es que este principio rige en todas las actividades humanas donde estén en juego la transacción de bienes y derechos, ya sea de contenido económico o no (...)”

Conforme a lo anterior se podría afirmar que la autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta no solo en los contratos sino en todas las transacciones donde dos o más sujetos contraigan de mutuo acuerdo obligaciones a su cargo, incluidas las relaciones laborales, con la salvedad de que en materia laboral dicha autonomía no puede ser ejercida de manera absoluta. Por ello la Corte Constitucional (1998), en su Sentencia C- 016, hace claridad al señalar:

“La restricción de la autonomía de las partes para establecer las condiciones que regirán su relación laboral, no implica que ésta se anule por completo, pues en ejercicio de la misma y de la libertad contractual de las cuales son titulares, pueden alcanzar un acuerdo de voluntades que rijan una específica situación laboral, y optar para el efecto por una de las alternativas que prevé la ley, siempre y cuando tal acuerdo se establezca acogiendo y respetando, primero los postulados básicos del paradigma de organización jurídico- política por la que optó el constituyente, el del Estado Social de Derecho, y segundo, la normativa jurídica de orden público que rige este tipo de relaciones, la cual como se anotó antes prevalece y se superpone a sus voluntades.

Como lo menciona la Corte, en el ámbito de los contratos laborales no se puede aplicar la autonomía de la voluntad privada categóricamente, pues existe una restricción que proviene de un mandato constitucional y que además busca la protección de los derechos de los trabajadores, evitando que la extralimitación de la subordinación vulnere sus derechos fundamentales.

Las relaciones laborales a diferencia de otras, están caracterizadas entre otras cosas por un factor importantísimo que es la subordinación. Esta característica ha sido objeto de debates en unas clases de contratos, ya que de allí se deriva una de las condiciones fundamentales para la existencia de un contrato laboral, pues el factor principal para diferenciar un contrato laboral de uno de prestación de servicios es la capacidad que tiene el empleador de crear reglamentos y directrices y exigir su cumplimiento por parte del trabajador.

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 22 define el contrato de trabajo como “... aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. En este apartado la norma plantea unas condiciones para este tipo de contrato. Primero dice que una de las partes, específicamente la que se obliga, debe ser una persona natural (o física), mientras que la otra, quien es beneficiaria del servicio, puede ser natural o jurídica. En segundo lugar, se evidencia otra característica a la noción de “contrato laboral”, y es la de “continuada dependencia” o “subordinación”: esa connotación es una de las grandes diferencias frente a los demás contratos existentes en nuestro ordenamiento. Como última observación, podemos ver que enuncia que las obligaciones que genera este pacto son; una remuneración cuantificable en términos monetarios y para la otra, la ejecución de una actividad o servicio que debe prestar de forma personal.

Tras identificar estos presupuestos, un contrato de trabajo según lo estipula la norma, puede ser de dos modalidades: verbal o escrito. Para el contrato verbal la legislación estipula los requisitos mínimos que se deben acordar entre empleador y trabajador, como lo son la clase de trabajo, el sitio de ejecución, el valor pagado por el servicio y la duración del contrato (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 38). Requisitos semejantes se presentan en los contratos de forma escrita, que deben contener principalmente, la identificación de las partes y su domicilio, la fecha y el lugar de celebración, lugar de prestación del servicio, la naturaleza del trabajo, el valor de la remuneración, la duración del contrato, entre otras.

Cabe anotar que el Código menciona además los derechos del trabajador, estableciendo una sanción a las cláusulas que representen una desmejora en la situación del trabajador o que sean

ilegales, dichas cláusulas se tendrán como no escritas. Esta es una manera que tiene el ordenamiento de proteger al trabajador que es considerado como la parte débil en la relación contractual laboral.

Otra definición de contrato laboral la trae el Ministerio de Trabajo en su portal web (2017), en la cual inicia definiéndolo como un “acto por el cual una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Además, manifiesta que lo que caracteriza a un contrato como laboral, es cuando además de la concurrencia de los elementos de cualquier contrato (capacidad de las partes para contratar, consentimiento, causa lícita, objeto lícito) también concurren los elementos esenciales que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y que se han mencionado anteriormente:

“Elementos esenciales.

1. *Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:*

d) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

e) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y,

f) Un salario como retribución del servicio.

2. *Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.*

Para terminar el presente capítulo es importante enfatizar en que todos los contratos laborales, sin importar su naturaleza, deben contener unas características o unos requisitos mínimos para su consideración como tales. Es por ello que a continuación se procederá a la clasificación de cada uno de los contratos de trabajo que existen en el ordenamiento jurídico colombiano:

1.1. Contrato temporal, ocasional o accidental (Art. 6 del Código Sustantivo de Trabajo): en contrato laboral de corta duración, no mayor a un mes, en donde se realizan labores distintas al giro ordinario de las actividades del empleador, se debe contratar a una persona que tenga conocimiento específico sobre la labor que van a desempeñar. Como lo expresa el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo: *“Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador.”*

Características:

- Puede ser verbal o escrito, preferiblemente escrito.
- Debe relacionarse con actividades ajenas al objeto social del contratante.
- Su duración nunca podrá ser mayor a treinta (30) días.

La Corte Constitucional en su Sentencia C-823 (2006) define el trabajo ocasional o accidental como “una labor orientada a satisfacer necesidades extraordinarias de la empresa, que como tal escapan al giro ordinario de la actividad que desarrollan, durante un breve lapso que no puede

exceder del mes”. Confirmando de cierta manera, que la duración de este contrato, es uno de sus elementos esenciales. Y además, manifestó, en la misma providencia que:

“... son dos, entonces, los factores concurrentes que tomó en cuenta el legislador colombiano para caracterizar el trabajo denominado ocasional, transitorio o accidental. De una parte, el factor temporal, en cuanto se trata de un contrato de corta duración (no mayor de un mes), y de otra, el factor material, en cuanto su objeto es extraño al giro normal o usual de las actividades realizadas por el empleador”

Siendo así, que este tipo de contrato, sin importar su corta duración, debe contener de igual forma los presupuestos esenciales para todo vínculo laboral, contenidos en el artículo 23 del CST.

1.2. Contrato de Obra o labor (Art. 45 del Código Sustantivo de Trabajo): Este tipo de contrato es utilizado para una labor u obra específica, de manera que finaliza una vez la obra o labor concluye. Se podría decir que el contrato de obra es utilizado con mayor frecuencia en el sector de la construcción. Como ya se dijo anteriormente, el contrato de obra se concibe para un fin específico lo que hace que su vigencia no tenga una fecha determinada, sino que se delimita a la finalización de la obra. Este tipo de contrato no tiene preaviso ni prórroga.

Características:

- No tiene una fecha exacta de terminación.
- No requiere de preaviso para su terminación.
- No tiene renovación automática.

1.3. Contrato a término indefinido: Según el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato laboral a término indefinido es aquel cuya duración no está determinada por una obra o

el motivo por el cual fue realizada la contratación. Según como lo expresa el artículo, este contrato tendrá vigencia siempre y cuando subsistan en el tiempo las causas que le dieron origen a la contratación y hasta cuando una de las partes decida poner fin a la relación. Este contrato puede ser tanto escrito como verbal, no tiene ninguna formalidad establecida para realizarlo.

Características:

- Puede ser verbal o escrito.
- No se define la duración del contrato
- Solo se puede terminar por decisión voluntaria del trabajador, o por decisión voluntaria del empleador ya sea justificada o no; de ser este último caso habrá que pagar la respectiva indemnización.

1.4 Contrato a término fijo: Conforme a lo establecido en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo uno de los requisitos fundamentales de este tipo de contrato es que debe constar siempre por escrito y su duración no debe exceder los 3 años. De este tipo de contrato se deriva una obligación para el empleador, en donde debe comunicar al empleado con no menos de 30 días de anticipación su decisión de no prorrogar el contrato laboral. En caso de no cumplir con el requerimiento anterior, se genera una renovación automática del mismo.

Características:

- Deberá constar siempre por escrito
- Su duración no podrá ser superior a tres (3) años.
- Es renovable o prorrogable indefinidamente¹

¹ La prórroga de un contrato de trabajo consiste en la continuación del mismo a partir del vencimiento del término inicialmente pactado y con las mismas condiciones inicialmente pactadas.

- Su terminación deberá siempre pre avisarse con una antelación no inferior a 30 días.

Finalmente, a diferencia de los contratos mencionados anteriormente, el contrato de Prestación de Servicios no se encuentra regulado dentro de la legislación laboral. Existen dos posiciones respecto a su nacimiento. Un sector expone que el contrato de prestación de servicios se desprende del artículo 1495 del Código Civil, el cual contiene el concepto general de contrato. Pero otro sector expone como surgimiento el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual enuncia la definición de Contratista Independientes.

Este último artículo, define al contratista independiente de la siguiente manera:

Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes no intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

El concepto 168781 del Ministerio del Trabajo establece que el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista en el ejercicio de sus

La prórroga, en contratos a término fijo inferiores a 1 año, puede hacerse en los períodos 1,2 y 3 por un término igual o menor al del plazo inicial pactado en el contrato. Cuando se supera el 3 período y se pretende prorrogar por 4^a vez, debe hacerse mínimo por 1 año y máximo por 3.

Tratándose de contratos a término fijo de 1 a 3 años, la prórroga se da mínimo por 1 año y máximo por 3 años.

La intención de prorrogar el contrato debe contener los siguientes requisitos por estipulación del artículo 46 del Código Sustantivo del trabajo (mismos requisitos del preaviso para dar por terminado el contrato):

- Debe presentarse 30 días (calendario) antes de que se venza el contrato o la prórroga.
- Debe presentarse por escrito.

Renovación: Contrario a la prórroga, la renovación no es un pacto; sucede de manera automática cuando se da alguno de los siguientes supuestos:

- El empleador no preavisa al empleado durante los treinta días anteriores al vencimiento su voluntad de terminar el contrato o de prorrogarlo.

labores, temporalidad de la vinculación, ausencia de subordinación, ausencia de horario o jornada de trabajo, posibilidad de prestar sus servicios incluso por fuera de las instalaciones propias del contratante, y facultad para utilizar sus propios instrumentos.

Esta modalidad contractual no se encuentra regulada en la legislación laboral, razón por la cual, entre el contratante y el contratista no existe un vínculo laboral sino una relación de orden civil o comercial, no se generan las prestaciones sociales, vacaciones, ni derechos propios de un contrato de trabajo y una vez terminado el contrato de prestación de servicios, el contratista sólo tendrá derecho al pago de los honorarios, como la remuneración por los servicios prestados.

La legislación laboral colombiana no define ni reglamenta los contratos de prestación de servicios, toda vez que éstos se rigen por disposiciones comerciales y civiles, cuando se suscriben con personas de derecho privado, bien sean naturales o jurídicas.

Así las cosas, si en el contrato de prestación de servicios no se generan las prerrogativas propias del contrato de trabajo, serán los interesados quienes acuerden en el contrato de prestación de servicios aspectos como objeto, condiciones y calidad del servicio, sanciones en caso de incumplimiento, el tiempo de ejecución, remuneración por los servicios prestados y demás conceptos, toda vez que la legislación laboral no establece procedimientos ni condiciones especiales en un contrato de prestación de servicios.

Capítulo 2: Diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

En este capítulo segundo se analizarán las diferencias existentes entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios. De las dos grandes clasificaciones de los contratos de trabajo enumeradas anteriormente, se hizo referencia a los contratos de tipo verbal o escrito según la forma en la que se suscriben. Como fue mencionado, en ambos casos se establecen unos requisitos mínimos fundamentales para su validez, los cuales son similares para los dos. Sin embargo, existe entre ellos una característica diferenciadora ligada al valor probatorio.

El contrato de trabajo escrito posee un valor probatorio intrínseco, mientras que el de tipo verbal lo carece. En este último es necesario recurrir a los elementos esenciales que manifiesta el Código Sustantivo del Trabajo, que fueron desarrollados en el capítulo anterior, para poder llegar a concluir que las partes efectivamente celebraron de manera verbal el contrato de trabajo. Para ello existen diferentes maneras de demostrar la veracidad de dicho vínculo laboral. Clavijo (1999) afirma “la ley (...) otorga medios de prueba que demuestran la existencia del contrato, tales como las declaraciones de parte, declaraciones de testigos, indicios o todo tipo de documentos que sirva como soporte probatorio a la demostración de la existencia ...”. La Corte Constitucional (2000) ha manifestado, en su Sentencia T- 1031 lo siguiente:

“... cuanto a la falta de certeza sobre el vínculo laboral (contrato verbal de trabajo) que según la demandante existía entre las partes en litigio, de acuerdo a las consideraciones (...) la Sala de revisión presume que existía entre las partes en litigio una vinculación de tipo laboral, dado que no hay prueba en contrario y, sumado a esto, el demandado no negó tal relación de manera expresa. Adicionalmente, se apoya en el principio constitucional in dubio pro operario. Al

respecto, como lo ha sostenida la Corte Constitucional (...), este principio impone al operador jurídico el deber de dar a las fuentes formales del derecho una lectura que tenga en cuenta los principios constitucionales sobre protección al trabajo, de tal manera que cualquier duda sobre su aplicación o interpretación sea absuelta a favor del trabajador.”

Se puede observar entonces, que esta clase de contrato laboral no posee la misma fuerza probatoria que la modalidad escrita de contrato, pero la Corte le otorga una protección especial; es decir, que mientras no exista una prueba en contrario se considerará por la aplicación del principio *in dubio pro operario*, que la relación laboral fue concebida válidamente entre las partes. Además, en la misma Sentencia la Corte afirma “*El artículo 25 de la Constitución dice que el trabajo “en todas sus modalidades” goza de la especial protección del Estado. La Corte Constitucional ha dicho que para la protección constitucional no importa la denominación (...). El contrato laboral verbal no solo goza de la protección legal sino de la constitucional, protección que incluye el objeto del contrato (el trabajo) y sus contraprestaciones (la prestación del servicio y la retribución o salario).*”

Analizando lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 24: “*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”, se establece por tanto una presunción legal, en donde se entiende que una persona cuando se encuentra prestando personalmente un servicio, regido por la subordinación, dicha relación debe cumplir con todo lo que se encuentra dispuesto en la ley para un contrato laboral, es decir, pago de prestaciones sociales, cotización al Sistema de Seguridad Social, entre otras situaciones en las que se ve enmarcadas dicho tipo contractual. Esta es una presunción que se basa en el momento en el que existe una prestación efectiva y real del servicio, es decir, un fenómeno factico con sus pertinentes

consecuencias jurídica, como son los derechos y obligaciones derivados del contrato laboral, sea para los empleadores o los trabajadores

De dicha presunción se desprenden unos efectos, como por ejemplo el contrato realidad, de lo cual se deriva la presunción del contrato laboral y en la carga de la prueba. En primer lugar, el contrato realidad, es una figura que busca fundamentalmente definir si existe realmente una relación laboral, la cual debe ser materializada por medio de un contrato de trabajo, verbal o escrito o si efectivamente es una relación que debe materializarse por medio de un contrato de prestación de servicios; para ello, es necesario establecer si dentro de las partes existe o no una prestación personal del servicio, una remuneración y por supuesto una subordinación, según como lo establece el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Según con lo establece la Corte Constitucional en la sentencia T-255 de 2004: *“Concurriendo los tres elementos esenciales el contrato de trabajo éste existe, sin que deje de serlo por razón del nombre que se le de, ni de otras condiciones y modalidades que se le agreguen. Es a lo que la doctrina ha denominado contrato realidad. Pero al trabajador sólo le bastará con acreditar la existencia de la relación laboral para que opere la presunción legal de contrato de trabajo”*, es decir, que en principio se exige que se cumplan con los tres presupuestos de la existencia de un contrato laboral, pero con lo expresado en el artículo 24 CST y la Corte Constitucional, basta con probar únicamente que existe una prestación personal del trabajo para que se pueda presumir por tanto la existencia de un contrato laboral entre el empleador y trabajador, generando por tanto que el contrato laboral únicamente para su mera existencia tiene que haber una prestación personal del servicio.

De esta afirmación, se deriva la segunda de las consecuencias mencionadas anteriormente, que es la carga de la prueba, toda vez que dicha presunción genera un traslado de la carga de la

prueba para el empleador, ya que toda vez que el empleado afirme que existe una prestación personal del servicio, necesariamente se presume la existencia del contrato laboral, y surge por parte del empleador la obligación de probar que efectivamente dicha relación no es laboral y que por el contrario se presentó por ejemplo un contrato de prestación de servicios. Según como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia T-255 de 2004: *“(...) con lo cual se invierte la carga de la prueba para el empleador quien para desvirtuarla tendrá que acreditar que esa relación nunca estuvo presidida por un contrato de trabajo aportando los elementos probatorios que le permitan al fallador llegar a tal conclusión, tal como se ha dicho anteriormente”*, por lo que el empleador debe aportar todas las pruebas necesarias para desvirtuar la presunción existente en el artículo 24, es decir, debe entregar todos los medios necesarios para expresar que dicha prestación personal del trabajo no estaba regida por ejemplo por una subordinación, como cumplimiento de horario, metodología o directrices impartidas por el empleador.

Finalmente, entre las dos modalidades expuestas el Ministerio de Trabajo (2017) expresa en su portal web “... ambas formas de contratación, escrita o verbal, están reguladas por el ordenamiento laboral colombiano y gozan de los mismos derechos y obligaciones”. Con estos pronunciamientos la legislación colombiana se preocupa por proteger de manera amplia los derechos de los trabajadores, por la presunción de buena fe, orden público y otros principios que rigen estos contratos.

El contrato de trabajo en Colombia tiene dentro de sus elementos esenciales un elemento principal que es la subordinación. Dicho elemento es el que marca la diferencia con el contrato de prestación de servicios. El Código Sustantivo del Trabajo en la definición de contrato de trabajo contenida en el artículo 22, hace especial énfasis en este elemento “una persona natural se obliga a

prestar un servicio personal a otra persona (...) bajo la continua dependencia o subordinación...”.

La expresión es clara y concreta, y establece como uno de los elementos principales para la configuración de la relación laboral la subordinación existente hacia el trabajador por parte del empleador. Al respecto la Corte Constitucional (1997), por medio de la Sentencia C-154, ha dicho sobre la diferencia del contrato laboral y de prestación de servicios que:

El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. Para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

Nótese que la Sentencia reitera que en un contrato de prestación de servicios no puede existir el elemento subordinación y toma como ejemplo la relación contractual entre personas jurídicas donde no se puede generar una situación de dependencia y subordinación. Es importante aclarar, que de la subordinación no solo se desprende la obligación por parte del trabajador de cumplir las órdenes impartidas, sino que también surge un derecho correlativo que es la potestad a cargo del empleador de impartir órdenes y que se cumplan mandatos que no vayan en contra le ley y la Constitución Política.

Otra de las grandes diferencias entre estos dos contratos, es su contenido, obligaciones y derechos que surgen. Como lo manifiesta el portal web de la revista Portafolio (2016), en el contrato de trabajo, regulado por la legislación laboral, el trabajador al momento de firmar un contrato de trabajo, sin importar su duración, tiene el derecho a reclamar por ley: un salario mensual que no sea inferior al salario mínimo establecido por el Gobierno Nacional, las prestaciones sociales asumidas por el empleador que son: prima, cesantías, intereses a esas cesantías, vacaciones, subsidio de transporte y de vestido, más las afiliaciones a la seguridad social que son asumidas en conjunto por el empleador y trabajador (Salud, pensión y riesgos laborales), los parafiscales (caja de compensación familiar), entre otros. Mientras que, en un contrato de prestación de servicios, el contratista al suscribir el contrato, recibirá el monto pactado por el servicio prestado, no recibe prestaciones sociales ni parafiscales y será el encargado de asumir los aportes a la seguridad social y de suministrar al contratante la constancia de pago de dichos aportes. En estas características se observan también las grandes diferencias que hay entre estas dos tipologías de contratos, en donde el trabajador posee unos mayores beneficios respecto de los contratistas que celebran contratos de prestación de servicios. La Corte Constitucional (2009), en su Sentencia C-892, define las prestaciones sociales como “... se encuadran dentro de aquellas sumas destinadas a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral. Estas prestaciones pueden estar a cargo del empleador o ser responsabilidad de los sistemas de seguridad social en salud o en pensiones, o a cargo de las cajas de compensación familiar”.

En otro pronunciamiento la Corte Constitucional en su Sentencia C- 614 (2009), aclara que, a diferencia del contrato laboral, “El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que celebran las entidades para desarrollar actividades relacionadas con su administración (...). En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales...”. Igualmente, en

su Sentencia T- 426 (2015), vuelve a manifestar “... mediante un contrato de prestación de servicios del cual no derivan derechos prestacionales ni beneficios de tipo laboral”.

Existe otra diferencia que está relacionada con la forma de pago por la labor o servicio prestado. El Código Sustantivo de Trabajo establece el salario como otro de los elementos esenciales en un contrato de trabajo. La Corte Constitucional en la Sentencia C-521 de 1995 definió el salario así: *“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio.”*

En los contratos de prestación de servicios, el artículo 34 inciso primero del mismo Código define a los contratistas independientes y en lo que respecta a la remuneración expresa “...las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva...”.

Aunque en ambos tipos de contrato se recibe una remuneración económica por el servicio prestado, es válido afirmar, que cuando se trata de un contrato laboral se denomina a dicha remuneración Salario, es decir, implica una remuneración constante, según pacto de las partes, sea diaria, semana, quincenal o mensual. Mientras que la prestación de servicios, pueden pactarse pagos escalonados por períodos no mencionados anteriormente o puede simplemente pactarse el pago al finalizar la ejecución de lo contratado.

En los contratos de prestación de servicios el contratista recibe un pago determinado por el servicio prestado. Lo contrario ocurre en un contrato laboral, puesto que la retribución por las

actividades realizadas consiste en una remuneración llamada salario que el empleador paga a su trabajador de forma habitual durante toda la duración del contrato.

Terminando con las principales diferencias entre ambos tipos de contrato; prestación de servicios y laboral, a continuación, se expone un cuadro comparativo entre ambos:

Tabla 1

Diferencias entre contrato laboral y contrato por prestación de servicios²

Contrato Laboral	Contrato por Prestación de Servicios
El trabajador deberá prestar personalmente el servicio, en beneficio de empleador; es decir, la actividad a realizar la ejecutara el mismo.	Se pacta para la ejecución de una labor específica, que la persona desarrollará de acuerdo a su experiencia, capacidad y formación de una materia en particular.
Existe una continua subordinación del trabajador con respecto al empleador. En este orden, el empleador tiene la facultad de impartir órdenes al trabajador, de acuerdo a las necesidades y conveniencias de la organización. Sin embargo, es importante tener en cuenta que dichas ordenes no deben	El contratista tendrá independencia sobre la forma en la cual desarrollará la labor para la cual fue contratado. Además, será autónomo en cuanto al criterio técnico y científico que utilizara para la ejecución de la labor que dio origen al contrato.

² Recuperada de <http://actualicese.com/2014/05/29/diferencias-entre-contrato-laboral-y-contrato-por-prestacion-de-servicios/>

atentar bajo ninguna circunstancia con la
dignidad, el honor y los derechos de trabajador.

El empleador deberá retribuir al trabajador mediante una remuneración, que para efectos del contrato se denomina salario. **Su forma de remuneración será por honorarios.**

Debido a la relación laboral existente, el trabajador tiene derecho al pago de prestaciones sociales. **Debido a que no existe ninguna relación laboral, no se genera el pago de prestaciones sociales.**

El contrato laboral se podrá establecer de acuerdo a su duración, a término fijo o a término indefinido. En el caso de los contratos establecidos a término fijo, será posible la prórroga del mismo cuando las partes así lo acuerden. **El contrato de prestación de servicios es temporal, debido a que su duración estará acordado al tiempo estipulado para la realización de la labor por parte del contratista. Por esta razón el tiempo de contrato es limitado.**

La afiliación al sistema de seguridad social, la deberá hacer el empleador. **La afiliación al sistema de seguridad social, la deberá hacer directamente el contratista, como trabajador independiente.**

Se puede establecer un periodo de prueba, dependiendo de la duración del contrato. **No hay lugar a periodo de prueba.**

La subordinación como elemento del contrato laboral, es tal vez la característica más importante del mismo; la que establece una diferencia notable con el contrato por prestación de servicios, en donde el contratista goza de independencia y una autonomía en la ejecución de su labor.

Entre estos tipos de contratos la Corte Constitucional, en su Sentencia C-154 (1997) indicó que los contratos de prestación de servicios versan sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional; el contratista goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico y por último, esos contratos son temporales:

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

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

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

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o

requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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

Para finalizar es importante mencionar que desde hace muchos años e inclusive en la actualidad, es muy común encontrar relaciones contractuales entre una persona jurídica y otra natural o dos personas naturales que reúne todos los elementos que conforman una relación laboral, pero que para beneficio del contratante, se disfraza y se suscribe a través de un contrato de prestación de servicios, esto es lo que comúnmente se conoce como la configuración de contrato realidad. La Corte Constitucional en Sentencia T-040 (2016) aclara que “*Para que se proceda a declarar la existencia real y efectiva de una relación laboral, deben mediar tres circunstancias específicas, a saber: (i) la actividad personal del trabajador, (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y (iii) un salario como retribución del servicio.*”

Esta contratación por medio de la figura prestación de servicios se hace con el fin de que el beneficiario del servicio, evada las obligaciones que se configuran en un contrato laboral. Por lo tanto, para determinar la verdadera relación contractual que hay detrás de esa fachada, le corresponde al prestador de servicios demostrar los requisitos de la mencionada Sentencia para que se declare realmente el vínculo laboral existente entre las partes.

Una de las obligaciones que se considera la más importante y que se ve afectada por la fachada contractual es la afiliación al Sistema General de Seguridad Social. La Corte Constitucional en su Sentencia C-124 (2004) dice:

“Así, de acuerdo con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 el régimen Contributivo tiene como afiliados obligatorios a las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, quienes deben pagar una cotización que, según el caso, deberá ser cubierta por el afiliado o en concurrencia con el empleador.”³

En esta Sentencia se manifiesta la obligatoriedad de todas las personas a realizar la afiliación, sin importar bajo qué tipo de contrato se encuentra el afiliado. Por lo tanto, las personas que sean contratadas bajo una modalidad de contrato de prestación de servicios y que en la realidad resulte ser un contrato laboral, le corresponde al contratante realizar los aportes a la Seguridad Social sin perjuicio de las sanciones que la ley disponga por el no pago de las afiliaciones desde el comienzo de la relación laboral.

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física

³ Subrayado fuera del texto.

o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.” (Sentencia C-555 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)

Capítulo 3: Subordinación en el contrato laboral

Para entender la subordinación como elemento esencial del contrato laboral, tal como lo mencionamos en el capítulo anterior, es necesario partir de la definición exacta de esta palabra. Cuando nos referimos simplemente al vocablo “subordinación”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2017) la define como “Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”. La Corte Constitucional (2000), en su Sentencia C-386 define la subordinación como:

“... ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina, y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador, para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de ordenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.”

Ambos conceptos guardan relación, siendo en esencia la subordinación el hecho de que una persona esté bajo el mando de otra, cumpliendo las órdenes impartidas por este otro. Pero es el concepto manejado por Corte, el que recoge más elementos y características que hacen de este factor un elemento importante en los contratos de trabajo. Enuncia de manera clara e intrínseca el objetivo de este elemento, el cual se basa principalmente en dirigir totalmente las actividades que debe acatar el trabajador, pues es por ese motivo que fue contratado por el empleador. De igual manera, resalta las finalidades del elemento, que consisten en buscar el cumplimiento de las funciones para llegar a los objetivos que busca la empresa para su crecimiento.

En el término subordinación laboral, se hace evidente la ventaja que tiene el empleador sobre el trabajador, por el simple hecho de tener ese poder jurídico del que es titular; sin embargo, debe

haber claridad en que si bien es una facultad del empleador no significa que sea abusivo al impartir sus órdenes y directrices de manera tal que se vean violentados los derechos de los trabajadores.

Al respecto ha manifestado la Corte Constitucional, en la misma sentencia que:

“la subordinación laboral que gobierna el contrato se encuentra sometida, desde el punto de vista constitucional, a las siguientes reglas: - Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tiene como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales. – Igualmente dichos poderes, se encuentran limitados por las normas contenidas en los convenios, y tratados internacionales relativos a los derechos humanos en materia laboral, de conformidad con la Constitución, que prevalece en el orden interno e integran, como lo observó la Corte, el bloque de constitucionalidad.”

El poder de subordinación no es de libre aplicación e interpretación por parte de quien la ostenta, es decir, tiene reglas sobre las cuales debe seguirse para su correcta aplicación, procurando siempre la búsqueda del respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y su dignidad, pues como se ha señalado en este texto las relaciones laborales se ciñen a las normas de orden público y por lo tanto la autonomía de la voluntad es restringida para las partes.

En las circunstancias anotadas, es evidente que los referidos poderes (subordinación) no son absolutos, y tienen como límites: i) la Constitución; ii) los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos; iii) la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales “no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. La Constitución contempla una especial protección del derecho al trabajo y le exige al legislador sujetarse a principios mínimos en la creación de normas legales sobre la materia. Así mismo, señala que conforme al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo la subordinación es uno de los elementos del contrato de trabajo y en ejercicio de ella el empleador tiene la facultad de dar órdenes,

de formular las cláusulas del reglamento de trabajo y de hacer cumplir lo allí consignado dentro de los límites señalados por la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la ley, los tratados internacionales, los acuerdos y los convenios de trabajo, los cuales no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. Por ello, el legislador creó necesario agregar a los elementos esenciales del contrato de trabajo, unos límites al poder del empleador, conocido como *ius variandi*⁴. No obstante, esta facultad subordinante ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-930 de 2009, no es nunca absoluta, pues encuentra diversos tipos de límites constitucionales:

1. Dignidad Humana. “Así, en primer lugar están aquellos que se derivan de la noción de dignidad humana: las órdenes del empleador no podrán implicar un trato cruel, inhumano o degradante, ni desconocer las necesidades materiales y morales implícitas en la noción de vida digna.”
2. Derechos Fundamentales. “También el núcleo esencial de los derechos fundamentales del trabajador constituye un límite a esta facultad del empleador, toda vez que no serán admisibles aquellas órdenes cuyo cumplimiento ponga en grave riesgo derechos constitucionalmente reconocidos, como la vida o la salud de los empleados, comprometan su libertad hasta el punto de esclavizar al trabajador, o restrinjan irrazonablemente garantías laborales constitucionalmente protegidas, como los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva (C.P. Art. 55)”.

⁴ “...“*ius variandi*” se define precisamente como la facultad con la que cuenta el empleador para ordenar traslados, ya sea en cuanto al reparto funcional de competencias (factor funcional), o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial) pero siempre con el respeto de las directrices limitantes. La facultad del empleador de modificar las condiciones en una relación laboral (*ius variandi*) no es absoluta porque puede tornarse violatoria de derechos fundamentales si se aplica en forma arbitraria o si no se sustentan de manera adecuada los motivos por los cuales se dan los cambios y la necesidad de los mismos.” Sentencia T-682-2014.

3. Acuerdos. “Además, como lo ha hecho ver la Corte, la subordinación también se ve limitada por “lo pactado en el contrato individual de trabajo y en las demás estipulaciones convencionales”, y por “las normas y principios generales que rigen las relaciones laborales”.
4. Solidaridad. Igualmente ha señalado la Corte Constitucional como “dentro de los límites que encuentra la facultad subordinante del empleador, están asimismo aquellos que se derivan del deber constitucional de solidaridad. En efecto, el artículo 95 superior, al referirse a los deberes de las personas, recoge aquel conforme al cual a todos corresponde “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. Así pues, cuando los trabajadores están en tal clase de situaciones, es deber del empleador responder de forma humanitaria, por lo cual sus órdenes no deben impedir que el empleado pueda superar razonablemente tal clase de “calamidades”. Sentencia C-930 de 2009.

Reglas claras, que continúan protegiendo el mandato constitucional de los derechos de los trabajadores. Que, a su vez, buscan dar cumplimiento a los derechos contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo, como el Derecho al Trabajo (Artículo 11) o el Mínimo de Derechos y Garantías (Artículo 13) y demás.

No obstante, ¿qué pasa cuando en virtud de esta potestad el empleador excede sus facultades?; ¿es constitucionalmente admisible que se varíen de manera severa las condiciones de la labor inicialmente contratada con el trabajador, sin tener en cuenta límite alguno o invocando para ello la subordinación a la cual se encuentra sujeto el trabajador como parte (débil) de la relación laboral?

Desde los albores de la jurisprudencia tanto de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional se han analizado estos interrogantes y se ha llegado a la

conclusión de que existen altas probabilidades de presentarse situaciones en la cuales el empleador puede abusar del “ius variandi”. (Sentencia T-682/14)

Es por ello que a partir de la resolución de casos concretos se han establecido reglas claras y limitantes a la facultad subordinante, con las que de cierta manera, se busca blindar al trabajador ante posibles actuaciones arbitrarias por parte de su empleador. Se abusa del “ius variandi” cuando de manera abrupta e inconsulta se realiza un cambio de funciones a un trabajador y se demuestra que con dicha situación se afecta su dignidad, pese a que no exista una desmejora en el salario o en el horario laboral. Otro ejemplo de abuso del “ius variandi” se presenta cuando el empleador -público o privado-, en ejercicio del poder subordinante, modifica la sede donde se desarrolla el trabajo. Esta figura denominada por la jurisprudencia como “ius variandi locativo” ha sido estudiada por la Sala de Casación Laboral y se ha abordado como una facultad del empleador limitada por criterios de antigüedad, cargas empresariales y derechos adquiridos del trabajador. “El cambio de la sede de trabajo, que implica cambio de localidad, o sea el traslado en sentido propio, debe tener unos límites genéricos (causas justificativas de la actuación empresarial y respecto de los derechos adquiridos del trabajador), además de unos límites específicos, propios o impropios como pueden ser el criterio de la antigüedad y el de las cargas empresariales, respectivamente. En todo caso, debe obedecer a criterios objetivos y no puede imponerse sobre la base de un pacto impuesto y además ambiguo, en el cual se prevé el cambio de dependencia, pero no el de localidad y menos aún entendida como cambio de ciudad y de región.” El anterior desarrollo jurisprudencial ha sido complementado por el juez constitucional, que también ha condensado algunas reglas respecto a los límites del “ius variandi”. Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, se ha considerado que la facultad legal de la que dispone el empleador -privado o público- para

modificar las condiciones laborales de sus trabajadores, debe desarrollarse consultando, entre otros aspectos, los siguientes:

-
- (i) Las circunstancias que afectan al trabajador.
- (ii) La situación familiar.
- (iii) El estado de salud del empleado y el de sus allegados.
- (iv) El lugar y el tiempo de trabajo.
- (v) Las condiciones salariales.
- (vi) El comportamiento del trabajador durante la relación laboral y;
- (vii) El rendimiento demostrado entre otros puntos de cada caso concreto.

En ese orden de ideas, en lo referente al ejercicio del ius variandi, esta Corporación ha establecido que en cada caso particular, es el empleador el que tiene la carga de observar el conjunto de estos elementos y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente, teniendo presente que dicha potestad no lo reviste “de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono”.⁵

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 23, literal b, enuncia la continuada subordinación, como uno de los elementos esenciales de los contratos de trabajo, y a su vez, da reglas mínimas sobre su aplicación. El mencionado artículo manifiesta “*la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes (...). Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad, y los*

⁵ Sentencia T-682 de 2014. Jorge Ivan Palacio Palacio.

derechos mínimos del trabajador...”. Respecto de este apartado manifiesta la Corte Constitucional,⁶ que lo referido a los derechos “mínimos” del trabajador:

“El aparte normativo del literal b) del art. 23 del C.S.T., es simplemente una norma afirmativa del deber que tiene el empleador de respetar la dignidad del trabajador y su honor, (...). Sin embargo, lo anterior no significa que en el ejercicio de los mencionados poderes el patrono pueda atentar contra los derechos fundamentales (...). En consecuencia, el literal b) del artículo 23 del C.S.T. no puede entenderse como una norma solidaria aislada ni del ordenamiento jurídico superior, ni del conformado por los tratados y convenios humanos del trabajo, ni de las demás disposiciones pertenecientes al régimen legal contenido en el referido código que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo, de las cuales pueden derivarse derechos para el trabajador que deben ser respetados por el empleador. ... cuando el empleador ejercite los poderes propios de la subordinación laboral está obligado a acatar los derechos de los trabajadores que se encuentran reconocidos tanto en la Constitución, como en las demás fuentes formales del derecho del trabajo.”

La Corte Constitucional se ha manifestado en varias sentencias sobre el elemento subordinación, en su Sentencia SU- 342 (1995), expresa:

“(...) La subordinación a la que está sujeto el trabajador en el contrato rige solamente para los efectos propios que se derivan de la relación laboral, es decir, para el cumplimiento de la actividad, servicio, o labor contratada y que, como se expresó, permite al empleador dar órdenes, dirigir al trabajador, imponerle reglamentos, o sancionarlo disciplinariamente.”

O como lo manifestó igualmente en la Sentencia C-934 (2004):

⁶ Sentencia C-386- 2000.

“En efecto, la subordinación no es sinónimo de tercera obediencia o de esclavitud toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzca a cometer hechos punibles.”

En este sentido, se evidencia otro límite más a la subordinación, pues como ya se mencionó, no es absoluta, no solo debe estar enmarcada dentro de los derechos de los trabajadores, sino que debe estar solo presente en el ámbito laboral (cumplimiento de actividad o labor), sin traspasar a otros ámbitos, como el personal o familiar, pues constituiría un abuso por parte de quien ejerce la subordinación.

La Corte Constitucional (2004), por medio de la Sentencia C- 934, ha manifestado cuales son las teorías para explicar la naturaleza de la subordinación:

“La técnica, la económica, y la jurídica, pero es esta última la más aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En esa medida la subordinación se ha entendido como la aptitud que tiene el empleador para impartirle ordenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales de someterse, todo dirigido a lograr que la empresa marche según los fines y objetivos que se ha trazado.”

Estas teorías enunciadas por la honorable Corte, evidencian la naturaleza de la subordinación, los motivos por los cuales nace este elemento esencial de los contratos. Y en el énfasis que le realiza la corte a la teoría jurídica, la cual se manifiesta en las normas de tipo laboral que contienen este elemento de los contratos de trabajo. Cuando nos referimos al reglamento que el empleador puede imponer al trabajador, la Corte Constitucional en la misma sentencia, anteriormente citada, aclara:

Téngase en cuenta que lo propio de todo reglamento de trabajo es el establecimiento de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe desarrollarse la prestación del servicio, así como las condiciones de seguridad y orden que deben reinar en la empresa, asuntos que son conexos al elemento subordinación.

Con lo anterior, se puede evidenciar que la subordinación no es de manera absoluta, pues si bien el empleador puede imponer órdenes o reglamentos a los trabajadores, y es de forma clara como la Corte manifiesta los contenidos de estos reglamentos, todo para la función de seguir protegiendo los derechos de los trabajadores.

Luego del contexto general de la subordinación laboral en los contratos de trabajo, pasaremos a estudiar unas cuantas sentencias, de las variadas providencias, emitidas por la Corte Constitucional, para así, lograr entender la posición frente a este elemento esencial de los contratos de trabajo por la máxima autoridad, encargada de la guarda de la Constitución.

Tabla 1

Análisis Sentencia T-493/ 1999

Factor	
Hechos	i) Desde junio de 1967, los demandantes trabajan en finca “Campo Hermoso”. ii) Ambos en calidad de mayordomos, en virtud de un contrato verbal de trabajo, presuntamente acordado con los padres de estos, quienes ya murieron.

	<ul style="list-style-type: none">iii) Los demandantes sostienen que nunca obtuvieron salario alguno, ni fueron vinculados al sistema de seguridad social en salud.iv) Carecen de cualquier medio de subsistencia. Los demandados pretenden sacarlos del inmueble, pues ha sido puesto en venta.
Pretensiones	<ul style="list-style-type: none">i) Cesación inmediata de la servidumbre a que se han visto sometidos por parte de los demandados,ii) Pago de los salarios mínimos mensuales dejados de percibir,iii) Afiliación al sistema de seguridad social y de salud,iv) Permanencia en el inmueble, yv) Indemnización por los perjuicios causados.
Primera Instancia	<p>El juzgado Penal del Circuito, decidió denegar el amparo solicitado. Considerando que no había certeza sobre la existencia de la relación laboral, aseguró que el mecanismo judicial idóneo y competente para determinarla, era la jurisdicción laboral.</p>
Segunda Instancia	<p>El Tribunal Superior confirmó la decisión del <i>a quo</i>, consideró que los demandantes debían acudir a la jurisdicción ordinaria para comprobar la existencia de la relación laboral, pues no se puede hacer por trámite de tutela.</p>
Consideraciones Constitucional	<p>Corte Subordinación: Situación en que se encuentra una persona, cuando tiene la obligación jurídica de acatar órdenes que le imparta un</p>

tercero, como consecuencia de pertenecer ambas partes a cierta estructura jerárquica predeterminada por un contrato o una norma jurídica. La subordinación encuentra en la relación laboral máxima expresión, en cuanto se constituye en requisito esencial para determinar la existencia del contrato de trabajo y los derechos que del mismo se derivan.

Estado de Indefensión: se configura cuando una persona agraviada por la acción u omisión del particular, carece de los medios físicos o jurídicos para emprender su defensa o cuando los mismos no son idóneos para obtener una protección inmediata y efectiva. La indefensión se configura, si y solo si, se demuestra en cada caso concreto que el demandante es en realidad el ofendido y demandado el verdadero agresor.

Resuelve

Confirmar la Sentencia del Tribunal Superior, pues por vía de tutela no es procedente el amparo solicitado por los accionantes.

Nota: Elaboración propia.

Observemos con este breve análisis, como la Corte Constitucional, mantiene dos postulados muy claros; el primero de ellos, es la definición concreta de subordinación, la cual a su vez manifiesta es un elemento esencial de un contrato de trabajo, tal como lo manifiesta el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y a su vez, deja de mencionar la subordinación existente entre padres e hijos, y como segundo, es la consecuencia que conlleva suscribir un contrato de trabajo; la subordinación. Podemos ver, que los demandantes al no poseer la prueba idónea del vínculo

laboral, no pudieron demostrar por consiguiente el abuso del poder por parte del demandante, es decir, abusar de las reglas de aplicación de la subordinación, siendo clara la Corte con su fallo; al existir el vínculo laboral entre dos partes, una de ellas ejercerá por naturaleza la subordinación, pues es un elemento que trae consigo un contrato de trabajo.

Ahora, en nuestro estudio de las diversas sentencias de la honorable Corte Constitucional, analizaremos un tercer fallo de tutela, para observar como con el paso del tiempo, esta corporación mantiene su postulado sobre este elemento esencial de los contratos de trabajo.

Tabla 2

Análisis Sentencia T-694/ 2010

Factor	
Hechos	<p>i) El accionante afirmó haber sido vinculado como médico general por la EPS, primero en la formalidad de un contrato de prestación de servicios, desde el 19 de octubre hasta el 9 de noviembre de 1999.</p> <p>ii) El 1 de diciembre de 1999, fue vinculado de nuevo por la misma modalidad, hasta el 15 de julio de 2000, con una remuneración mensual.</p> <p>iii) Luego, a partir del 27 de julio de 2000, el peticionario fue vinculado formalmente a la entidad con contrato laboral hasta el 16 de septiembre de 2002.</p> <p>iv) El demandante, consideraba que entre el 19 de octubre de 1999 y el 26 de julio de 2000, su relación con la EPS fue en realidad</p>

laboral, y consideraba se le pagaran los derechos laborales dejados de cancelar. Manifestado la existencia de varios elementos para concluir que durante su relación contractual estuvo subordinado a la demandada.

- v) La subordinación la baso en el cumplimiento de un horario durante la vigencia de la relación contractual, asistir a reuniones generales, presentar exámenes con base en los cuales era calificado su trabajo, someterse al control y vigilancia de un médico coordinador, y trabajar con elementos e instrumental de propiedad de la entidad demandada.
- vi) La entidad demandada no negó que el peticionario hubiera prestado servicios personales a su favor durante el tiempo indicado. Pero sostiene que no existió en ningún momento subordinación.

Pretensiones

El peticionario señala que las decisiones cuestionadas incurrieron en un defecto, como lo fue el de no darle toda la eficacia posible a la presunción de subordinación. Solicita se ampare sus derechos fundamentales, y se adopten las ordenes correspondientes.

Primera Instancia

En la demanda de tipo laboral en primera instancia, fueron negadas las pretensiones, pues no hay lugar a presumir la subordinación jurídica, pues la demandada logro desvirtuar la presunción con un medio de prueba documental, en donde consta el pago de honorarios por prestación de servicios.

Segunda Instancia En segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito, dada la calidad profesional del actor, en el aporte científico de manera autónomo e independiente, y no de manera subordinada. Para el tribunal no se probó que al demandante se le impusiera órdenes o un reglamento de manera prolongada, o se le exigiera exclusividad en el servicio.

Consideraciones Corte **Subordinación:** ... el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo o
Constitucional su contenido, manifiestan que “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia lo ha interpretado de la siguiente manera: cuando en un proceso se demuestre que un sujeto prestó a otro sus servicios personales, entonces por ministerio de la ley debe presumirse que el vínculo era de carácter laboral; es decir, debe presumirse que los servicios fueron prestados bajo subordinación jurídica y con derecho a remuneración salarial.

En los procesos en los cuales se discutan asuntos regulados por el Código Sustantivo del Trabajo, si una de las partes prueba haberle prestado sus servicios personales a la otra, el juez laboral está obligado a presumir que los servicios se prestaron en el marco de una relación laboral; es decir, en el marco de una relación de prestación de servicios personales, subordinada jurídicamente y remunerada. Esta presunción debe operar incluso en los procesos en los cuales quien reclame el reconocimiento del contrato realidad sea una persona que prestó sus

servicios en ejercicio de una profesión liberal, y en el marco de un contrato formalmente rotulado como prestación de servicios.

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una presunción de subordinación que se activa tan pronto el demandante prueba que le prestó sus servicios personalmente a la parte demandada.

En virtud de esta presunción, el demandante se ve revelado de la carga de probar la subordinación, pues de inmediato se produce un traslado de la carga de la prueba a la parte demandada, quien debe demostrar que la relación no era laboral, sino de otra índole.

En las profesiones liberales, ese grado de autonomía es compatible con la subordinación jurídica, en concepto de esta corte, pues el profesional puede estar sujeto a otra clase de órdenes y directrices que hacen de la suya una relación de trabajo dependiente.

... que clase de medios podrían ser considerados aptos para derruir la presunción de subordinación. Conviene mencionar que se han tenido en cuenta los siguientes criterios, para definir si hubo o no subordinación jurídica. Establecer si el prestador de servicios tenía el deber de asistir a reuniones programadas por la entidad; si contaba con disposición de cumplir órdenes cuando se le impartían; si sus funciones eran similares a las del personal de planta; si la asignación de turnos al prestador de servicios y a la persona de planta no se diferenciaban de manera relevante; si el prestador de servicios estaba sujeto al poder disciplinario del favorecido por sus servicios.

Resuelve Revocar el fallo de tutela de la Sala de Casación Laboral, y conceder la tutela de los derechos fundamentales del accionante.

Nota: Elaboración propia.

Tras el breve análisis de la citada sentencia, observamos como la Corporación realizó un notorio avance en la interpretación constitucional de la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo. La Corte, en su análisis, agregó nuevos presupuestos para la configuración de este elemento, el cual se debe presumir como algo intrínseco al contrato, el solo hecho de la existencia del vínculo laboral, trae consigo la subordinación, es decir, la dependencia del trabajador por las órdenes que le imparta el empleador, y es una violación de los derechos fundamentales de todo trabajador que alguna autoridad judicial desconozca este elemento como fundamental para los vínculos de tipo laboral.

Adicionalmente, agrego la forma en la que subordinación al ser entendida como algo innato al contrato, solo puede ser desvirtuada por el empleador, por medio de pruebas que demuestren claramente la no existencia de esta, y no recae sobre el trabajador probarla, pues el solo vínculo lo prueba de manera clara. Se puede ver una valiosa observación de la interpretación dada por la Corte Constitucional al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en donde toda relación laboral se entiende regida por un contrato de trabajo, razón por la cual la subordinación hace parte de todo vínculo laboral, y solo por medio de la prueba, a cargo del empleador, se puede ver dicha relación de otra forma.

De igual forma, la Corporación enumera de forma clara, cómo poder evaluar cada situación, para determinar la existencia de la subordinación, todo esto por medio del análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, uno de los máximos órganos en la materia, y así, no desconocer

derechos fundamentales a los trabajadores que los empleadores pretenden desconocer la existencia de subordinación.

El concepto de subordinación ha evolucionado para la Corte Constitucional. Y de igual forma ha mantenido el concepto manejado por ella misma, para eso veremos un reciente fallo de tutela en el cual confirma el concepto de subordinación y expresa cual es el alcance de esta.

Tabla 3

Análisis Sentencia T-582/ 2013

Factor	
Hechos	<ul style="list-style-type: none">i) El accionante fue contratado para la construcción del techo de una iglesia por parte de la demandada.ii) La vinculación se realizó por medio de un contrato verbal, el cual culminaría al concluir la obra.iii) El actor, solicitó a la demandada los implementos de seguridad necesarios para realizar los arreglos, a lo que ella se negó a darlos.iv) Mientras el accionante efectuaba las obras, sufrió un accidente de trabajo al caer del techo de la edificación.
Pretensiones	Solicita mediante amparo ordenar a la accionada cubrir los exámenes médicos correspondiente, así como la ayuda de una certificación de rehabilitación integral que requiere, y la evaluación por la Junta Regional de Invalidez para determinar el grado de invalidez.

Primera Instancia El Juzgado Penal Municipal, declaro improcedente la acción, explicando, que la acción debe ser dirigida a la jurisdicción laboral, a través de un proceso ordinario.

Segunda Instancia El Juzgado Penal del Circuito confirmo la decisión del *a quo*, bajo similares argumentos

Consideraciones Corte **Subordinación:**

Constitucional Es la acción de tutela, el amparo que procede en casos cuando “*el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión*”. Para que sea procedente el ejercicio de la acción constitucional, es necesario que el accionante se encuentre, frente al particular presuntamente trasgresor de derechos fundamentales, en situación de desventaja originada en la subordinación o en la indefensión.

El concepto de subordinación, alude a una relación de dependencia jurídica que tiene génesis en el mismo ordenamiento jurídico; la dependencia en que se encuentra el trabajador en respecto de su empleador, los estudiantes a sus profesor o directivos del plantel, o la relación que existe entre un menor y su representante legal.

La subordinación subsiste incluso cuando el contrato laboral ha culminado, “*siempre que, durante la vigencia de dicha relación, se hubiere producido la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales en el contexto de dicha relación*”

Resuelve	Revocar el fallo del Juzgado Penal del Circuito y tutelar los derechos del accionante; a la vida, la dignidad humana, a la salud, a la igualdad y al debido proceso.
----------	--

Nota: Elaboración propia.

Fijémonos como la Corte mantiene su concepto de subordinación a lo largo de los años, y a su vez continúa expresando la importancia de esta como elemento esencial de los contratos de trabajo. De igual manera, hace una anotación muy valiosa sobre la duración de la subordinación en el tiempo, cuando enuncia que esta no muere después de la terminación del contrato. Pero igualmente, condiciona esta existencia prolongada, al mencionar que solo se aplicará cuando el empleador haya vulnerado los derechos fundamentales del trabajador, dejando ver, que al continuar esta subordinación presente entre ambos, se hace para poder demostrar su existencia y su abuso igualmente.

Tras los breves análisis de las diferentes sentencia de la honorable Corte Constitucional, podemos ver, que no cabe duda sobre la importancia de la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, y que además de ser un factor intrínseco en los vínculos laborales, la acción de tutela es la forma adecuada para solicitar la restauración o reparación de los derechos violados por el abuso de este elemento, y además, que esta subordinación que ostenta el empleador hacia el trabajador no es de manera absoluta, pues debe seguirse por los postulados de la constitución y los tratados internacionales que protegen los derechos fundamentales de los trabajadores.

Capítulo 4: Posición del Consejo de Estado sobre la subordinación laboral en la Administración pública

Los contratos de prestación de servicios son los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad determinada. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando tales actividades no puedan realizarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable. (ARBELÁEZ, Derecho Administrativo Laboral, 2013)

La Ley 80 de 1993, establece en su artículo 32 numeral 3° la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, disposición que valga la pena señalar fue sometida al examen de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional, que luego de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente.⁷

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-154/1997.

Hoy en día el desarrollo de la figura jurídica del contrato administrativo de prestación de servicios, versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se adecuan las respectivas labores profesionales siendo el objeto contractual la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada, igualmente se estableció que el contrato de prestación de servicios puede suscribirse con el objeto de cumplir funciones administrativas en los términos que se establezca en la Ley de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual *“los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la Ley”*. (ARBELÁEZ, Derecho Administrativo Laboral, 2013)

Es importante hacer énfasis en el manejo inadecuado que se ha tenido de estos contratos de prestación de servicios por parte de los encargados de la ejecución de los contratos y en general de la administración pública, toda vez, que dejan a un lado las características de esta modalidad de contratación y aplican un trato similar al contratista y al empleado de carrera, es decir, que prima la realidad sobre la forma y para tal efecto es necesario hacer mención a lo precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-023 de 1994, en la cual señala *“El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo sustancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes deben definir cada vez más lo*

sustancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta política”.

Por su parte, el Consejo de Estado ha tenido diferentes criterios que han venido evolucionando hasta proporcionar herramientas claras sobre los casos en los cuales se presenta la relación laboral en la ejecución de un contrato de prestación de servicios, lo que en otras palabras se llamaría contrato realidad y así mismo las condenas al Estado cuando se presentan estas situación jurídicas.

En sentencia del 18 de marzo de 1999, El Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, estudió la vinculación de una terapeuta de lenguaje que prestó sus servicios profesionales en la Unidad de Atención Integral de Sucre aproximadamente por seis años ejecutando labores propias de los funcionarios de planta de dicha institución, la Sala procedió a dilucidar la naturaleza jurídica que precedía la relación de la actora y el extremo demandado, concluyendo que *“el caso planteado es una muestra de esa práctica administrativa que los departamentos y municipios han venido prohijando ante la imposibilidad jurídica de vincular docentes a las plantas de personal, situación que a su vez tiene su génesis en las varias y sucesivas disposiciones que han prohibido la creación, con cargo al presupuesto nacional, de nuevas plazas de profesores de enseñanza. Sin embargo, de conformidad con el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 C.P.), claro es que el ropaje docente-contratista con que se pretenda ocultar o transmutar una relación laboral oficial no priva al profesor de su condición de servidor del Estado, máxime si se considera que en dicha relación concurren al unísono: la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación respecto de la entidad y el salario que retribuye sus*

servicios”⁸ señalando finalmente que la concurrencia de estos elementos daría lugar a una relación laboral bajo la forma contractual administrativa que debe ser amparada por el derecho a partir de la primacía de la realidad sobre las formalidades de las partes.

En este mismo año la Sección Segunda Subsección “B” del Consejo de Estado estudio el caso en el cual probo la demandante que de acuerdo a las directrices de la institución debía cumplir las funciones de Profesional Especializado bajo la orientación de un Coordinador, por un monto determinado, lo cual para la mentada Subsección significa *“una actividad personal, continuada subordinación y un salario como retribución... no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes.”* Señalando adicionalmente que *“el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”*

En este mismo pronunciamiento planteo que mediante este tipo de contratos, prestación de servicios cuando las labores a desarrollar son de carácter permanente, busca la administración evitar el pago de prestaciones.

La Sección Segunda del Consejo de Estado traía una línea muy clara sobre la valoración del contrato realidad como se ha evidenciado hasta ahora, pero en el año 2003⁹ la Sala Plena se

⁸ Sala Contencioso administrativo Sección Segunda. Sentencia 1172-1198/98 de 18 marzo de 1999.

⁹ Sala Plena Consejo de Estado, Rad. IJ-0039. 18 de noviembre de 2003

aparta de está, y trae a colación un nuevo concepto denominado “*actividad coordinada*”, en el caso específico de “*contratistas encargados de aseo*” y “*de servicio de cafetería*”, para diferenciarla del oficio o relación dependiente “...*es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales...*” (Sentencia, 2003).

Esta nueva perspectiva de la coordinación de actividad que al parecer enmascaraba de alguna manera el elemento de subordinación, fue manejada por algún tiempo por parte del Consejo de Estado, generando la parálisis material y procesal del principio constitucional de primacía de lo real, que se invocaba el 18 de marzo de 1999, como eje del reconocimiento prestacional derivado del contrato realidad. (ARBELÁEZ, Derecho Administrativo Laboral, 2013) y adicionalmente se trata de una tesis con la cual podría llegar a ocultar la figura de la subordinación con el concepto de “*coordinación de la actividad*”, demostrar para el “*contratista*” que en efecto se estaba ante la presencia del elemento de subordinación desvirtuando la mera coordinación de actividades, se considera se trataba de una carga probatoria adicional y con mayor grado de dificultad para el que pretendía realizar cualquier tipo de reclamación ante la administración de justicia.

Tiempo después, al regresar a la posición judicial del año 1999, el Consejo de Estado reivindicó los elementos institucionales del contrato realidad, con énfasis en la subordinación y lo hizo entre otros, en la sentencia del 23 de Julio de 2005 con radicado 0245 (ARBELÁEZ, Derecho Administrativo Laboral, 2013) y en la sentencia con radicado 2161-04 de esta misma fecha, en la cual indicó que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. No obstante reitera la circunstancia de que laborar un número determinado de horas no constituye elemento para afirmar que existe una relación de sujeción. Indicando que para coordinar la prestación del servicio se contemplara su destinación a un determinado lugar y, seguramente, la obligación de reportar sobre el desarrollo de su actividad, pero en el cumplimiento de la misma no responde a una directriz.

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en sentencia del 15 de agosto de 2013, trajo en su pronunciamiento un nuevo “ítem” que denominó el contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral, al respecto señaló que la Constitución Política de 1991, contempló en el capítulo II, de la función pública, en su artículo 122 lo siguiente: *“no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. En su artículo 125 los empleos en los órganos*

y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.”¹⁰

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES PARA EVITAR LA APLICACIÓN FRAUDULENTO DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
El artículo 25 constitucional, establece que <u>el trabajo es un derecho fundamental</u> que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.
Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido <u>personal</u> y que por dicha labor haya recibido una <u>remuneración</u> o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista <u>subordinación</u> 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.
El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo

¹⁰ Sentencia 2001-00087 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda 15 agosto de 2013)

y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

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

Al tenerse elementos de juicio para que se declare una relación laboral, entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, a continuación se enunciarán las Conclusiones en relación con los contratos de prestación de servicios emitidas por el Consejo de Estado sobre el tema objeto de investigación, para así, lograr entender su posición frente a este elemento esencial de los contratos de trabajo en el ámbito de la Administración Pública.

Sentencia Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 18 de noviembre de 2003.
Exp. IJ-0039. Mp. Nicolás Pájaro Peñaranda.

En este proceso, se estudió el caso de los docentes que habían celebrado contratos de prestación de servicios para realizar la misma actividad que llevaban a cabo otras personas que tenían la

calidad de empleados públicos, laboraban en el mismo centro, desarrollando idéntica actividad, cumpliendo órdenes de trabajo, horario y prestando de manera permanente, personal y subordinada.

Posición posterior a la Sentencia

- a) A partir de esta sentencia de la Sala Plena todo contrato de prestación de servicios que viole la Ley o la Constitución está viciado de NULIDAD y no como antes que se predicaba su INEXISTENCIA.
- b) No es posible adquirir la calidad de empleado público sino por los medios constitucional y legalmente establecidos para acceder a la función pública, es decir mediante el respectivo nombramiento y posesión, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-555/94.
- c) En el caso de una reclamación en la que se alegare la existencia de un contrato de trabajo bajo la forma de uno de prestación de servicios, la competente para dirimir la controversia es la jurisdicción ordinaria, mientras que si se alega la existencia de una relación legal y reglamentaria disfrazada de un contrato de prestación de servicios, tal afirmación sería improcedente, por cuanto la calidad de empleado público únicamente se adquiere mediante requisitos ad substantiam actus del nombramiento y la posesión y el hecho de trabajar para el Estado, no otorga por sí sola tal estatus.

Sentencia Consejo de Estado. Sección II. 23/06/2005. Subsección. B. Exp. 245-03 MP. Jesús María Lemos Bustamante, reiterada en sentencia de la Subsección A del 17/08/2011. Exp. 1079-09 MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Ver también Sentencia del Consejo de Estado. Sección II. Sub. B. 7/02/2013. Exp. 2696-11. MP. Bertha Lucía Ramírez.

Sin conferirle la condición de empleado público al contratista y siempre que se comprueben los otros elementos de la relación de trabajo – la prestación personal del servicio y la remuneración – el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto

del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Art. 53 C.P). , pues la causa jurídica de tal restablecimiento será la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Constitución.

Es importante aclarar que en las sentencias de la Sección II en las que se ha reiterado esta posición, el Consejo de Estado ha dicho que NO necesariamente implica SUBORDINACIÓN el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.

Sentencia Consejo de Estado. Sección II. 17/08/2011. Exp. 1079-09. MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante. Se debe desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia de la relación laboral real. Especialmente, se debe probar la subordinación, elemento que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis en conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso.

Sentencia Consejo de Estado. Sección III. 26/06/2014. Exp. 28.236. MP: Danilo Rojas Betancourth.

No cabe duda de que cuando se celebra un contrato de prestación de servicios con la finalidad de disimular una verdadera relación laboral, o cuando el que en principio tuvo las notas características de un contrato de la referida naturaleza se convierte, en virtud de las obligaciones impuestas al contratista, en una relación de dependencia y subordinación, quien se ve sometido a tal circunstancia tiene derecho a reclamar el reconocimiento de tal condición real de trabajador y por ende, el pago de las prestaciones que de tal relación se derivan.

Estos casos son de índole laboral y no contractual, pues si bien se suscriben contratos de prestación de servicios y ordenes de servicios, realmente lo que hay es una relación laboral que se pretendió ocultar.

Conclusiones

- Los contratos laborales permiten presumir que el acuerdo de voluntades que se produzca se da a raíz de un ejercicio restringido de la autonomía de las partes.
- La restricción existente, por mandato constitucional, a la autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones laborales, busca proteger de manera amplia los derechos de los trabajadores.
- La renovación “indefinida” que enuncia el Código Sustantivo del Trabajo para los contratos a término definido, en ningún caso puede ser entendida como la novación del contrato a uno de término indefinido.
- Los Contratos Laborales se diferencia de los Contratos de prestación de servicios, fundamentalmente, por elementos como la subordinación, la forma de pago de la remuneración, y las obligaciones de los empleadores para con los trabajadores.
- El contrato de prestación de servicios, trae consigo la obligación para el contratista de hacer por su cuenta los aportes al sistema de seguridad social, mientras que en los contratos de trabajo esta obligación es compartida entre patrono y trabajador.
- Todo empleador que use la figura de contratación, por medio del contrato de prestación de servicios, debe verificar el pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social por parte del contratista.
- El contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios contienen una similitud; esta en cuanto al derecho que tienen las madres gestantes, las cuales no pueden ser desvinculadas en ningún momento del vínculo laboral, sin importar la modalidad del contrato suscrito.

- La subordinación laboral, se presume, por el simple hecho de la existencia del vínculo laboral, y es obligación del empleador desvirtuar su existencia.
- El nexo existente entre patrono y trabajador, ocasionado por la subordinación, en caso de abuso de esta, no expira en ningún momento, hasta que los derechos vulnerados del trabajador no sean resarcidos en su totalidad, por parte del empleador.
- La subordinación de un contrato de trabajo no puede ser entendida como un medio de esclavitud, pues esta no es absoluta, esta es reglada y tiene límites, como lo son los derechos fundamentales de los trabajadores.

Bibliografía

Diccionario de la Lengua Española (2017). Real Academia Española. Madrid, España.

Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=AdXPxYJ>

Bohórquez Orduz, A., (2004), *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Ley 57 de 1887, Código Civil, Republica de Colombia, 26 de mayo de 1873.

Corte Constitucional (1998). Sentencia C-016. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-016-98.htm>

Ministerio del Trabajo (2017), Contrato de Trabajo, Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/preguntas-frecuentes/contrato-de-trabajo.html>

Decreto Ley 2663, Código Sustantivo del Trabajo, Republica de Colombia, 5 de agosto de 1950

Corte Constitucional (2008). Sentencia C-1194. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-1194-08.htm>

Corte Constitucional (1998). Sentencia C- 016. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-016-98.htm>

Consejo de Estado (2014), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia número 37747. República de Colombia. Recuperado de https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1062_CE-Rad-37747.pdf

Corte Suprema de Justicia (1999). Sentencia 11356. República de Colombia. Recuperada de <http://colegiatura.blogspot.com.co/2007/02/sentencia-corte-suprema-de-justicia.html>

Corte Suprema de Justicia (1995). Sentencia L- 7325. República de Colombia. Recuperada de <http://colegiatura.blogspot.com.co/2007/02/sentencia-corte-suprema-de-justicia-l.html>

Corte Constitucional (2000). Sentencia C- 1507. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-1507-00.htm>

Corte Constitucional (1997). Sentencia C- 154. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-154-97.htm>

Garcés, T. (06 de abril de 2016). Los contratistas independientes y su seguridad social integral. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Laboral-y-Seguridad-Social/los-contratistas-independientes-y-su-seguridad-social-integral.cshml>

Ministerio de Trabajo (s.f). Contrato de Trabajo, Bogotá, Colombia. Recuperado de https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjgi8zJm7vTAhUBKyYKHa4HB2c4ChAWCCswAg&url=http%3A%2F%2Fwww.mintrabajo.gov.co%2Fcomponent%2Fdocman%2Fdoc_download%2F40-contrato-de-trabajo-.html&usg=AFQjCNFAEXT6e5Py_vqeBTNbjWG-Uikgfg&sig2=xz7E1405t1dJB8qyRkwPbA

Corte Constitucional (2000). Sentencia T- 1031. República de Colombia. Recuperada de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1031-00.htm>

Corte Constitucional (2006). Sentencia T- 883. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-883-06.htm>

Corte Constitucional, (2006). Sentencia C- 0823. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-823-06.htm>

Corte Constitucional, (2003). Sentencia C-094. República de Colombia. Recuperada de

<https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/03-C-094.htm>

Corte Constitucional, (2015). Sentencia T- 426. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-426-15.htm>

Corte Constitucional, (2004). Sentencia C-124. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-124-04.htm>

Consejo de Estado, (2009). Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Expediente 14.667. República de Colombia. Recuperada de <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Jurisprudencia2009/146672009.doc>

Actualice (2016). *Diferencias entre contrato laboral y contrato por prestación de servicios*, 21 de diciembre de 2016. [Tabla]. Recuperado de: <http://actualicese.com/2014/05/29/diferencias-entre-contrato-laboral-y-contrato-por-prestacion-de-servicios/>

Sentencia T-682 de 2014

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-682-14.htm>

Diccionario de la Lengua Española (2017). Real Academia Española. Madrid, España. Recuperado de <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=YYZIVa6>

Corte Constitucional, (2000). Sentencia C-386. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-386-00.htm>

Corte Constitucional, (1995). Sentencia SU- 342. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/SU342-95.htm>

Corte Constitucional (1993). Sentencia t- 290. República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-290-93.htm>

Corte Constitucional (1999). Sentencia T- 493. República de Colombia. Recuperada de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-493-99.htm>

Corte Constitucional (2010). Sentencia T- 694. República de Colombia. Recuperada de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-694-10.htm>

Corte Constitucional (2013). Sentencia T-582. República de Colombia. Recuperada de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-582-13.htm>

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-040. República de Colombia. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-040-16.htm>

Corte Constitucional (2009). Sentencia C- 892. República de Colombia. Recuperada de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-892-09.htm>

Corte Constitucional (2004). Sentencia C-934. República de Colombia. Recuperada de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-934-04.htm>

Corte Constitucional (2013). Sentencia SU- 070. República de Colombia. Recuperada de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU070-13.htm>

Arbeláez, J. V. (2013). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá D.C: Legis S.A.

Sala Contencioso administrativo Sección Segunda. Sentencia 1172-1198/98 de 18 marzo de 1999.

Sala Plena Consejo de Estado, Rad. IJ-0039. 18 de noviembre de 2003

Sentencia 2001-00087 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda 15 agosto de 2013)