Criterios jurisprudenciales para identificar la subordinación jurídica en un contrato realidad

Jurisprudential criteria to identify legal subordination in a contract reality

J. Guillermo Salazar Chaves*

*Abogado con énfasis en derecho comercial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Con estudios en Derecho Privado en la Universidad de Salamanca. Magister en Derecho Privado de la Universidad del Rosario y Candidato a Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: guilles_salazar@hotmail.com, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1459-7210

Fecha de recepción: mayo 10 de 2021
Fecha de aprobación: octubre 19 de 2021

Para citar este artículo / To reference this article
Salazar, J. Chaves, G (2021) Criterios jurisprudenciales para identificar la subordinación jurídica en un contrato realidad *Inciso*, 23(2) , e 1/19

DOI: http://dx.doi.org/10.18634/incj.23v.2i.1153

Resumen

Aristóteles afirmó: "El hombre es un animal social y político" denotando con ello la necesidad que tiene el ser humano de interactuar con otros a fin de satisfacer en comunidad sus necesidades en provecho de los dones con los que nace particularmente cada individuo. Existen, principalmente, dos tipos contractuales que permiten acceder al trabajo del otro, por un lado, el Contrato de Prestación de Servicios, caracterizado por un amplio margen de configuración en donde prima la autonomía de la voluntad y el reconocimiento de una igualdad negocial; y, por el otro, el Contrato Laboral que reconoce una asimetría negocial otorgando derechos irrenunciables al trabajador, reduciéndose, de ese modo, la autonomía negocial privada.

Los mentados arquetipos se caracterizan por tener un mismo objeto, una obligación de hacer, y un origen común en el Contrato de Arrendamiento que explica porque genéticamente son similares, pues en ambos existe prestación personal, remuneración y subordinación, solo que

en el laboral esta última es jurídica y en el de prestación es técnica.

El presente trabajo expondrá los tipos de subordinación que legalmente se reconocen, indicando cual aplica en cada uno de los precitados contratos y, así mismo, los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Consejo de Estado para reconocer una u otra, partiendo de la necesidad de estudiar cada caso en concreto según la naturaleza de la labor contratada y, en el caso del derecho público, la función misional de la entidad.

Palabras claves: Contrato de Trabajo, condiciones de empleo, derecho de los contratos, derechos sociales y económicos, imperio de ley.

Abstract

Aristotle affirmed: “Man is a social and political animal” denoting with this the need that man has to interact with others in order to satisfy their needs for the benefit of the gifts with which each individual is born. Now, the way to access these services is through an agreement between the provider and the person who requires it, thereby generating a contractual link that, depending on the type of subordination that is presented, can give rise to a Service Contract. of Services or Labor.

The first of the aforementioned agreements is characterized by a wide margin of private configuration from the recognition of a negotiation equality, unlike the second archetype that starts from an asymmetry granting inalienable rights to the worker, thus reducing the power of configuration of the contracting parties

The two mentioned agreements have common characteristics, since they have as essential elements a personal benefit, a remuneration and a subordination, this last element being the one that allows them to be differentiated, since in Labor it is of a legal nature. This work will expose the types of subordination that are legally recognized, indicating which one applies in each of the aforementioned contracts and, likewise, the criteria developed by the jurisprudence of the Supreme Court and the Council of State to recognize one or the other, starting of the need to study each specific case according to the nature of the work contracted and, in the case of public law, the missionary function of the entity.

Key words: Employment Contract, Conditions of employment, Contract Law, Social and economic rights, Rule of law.

ISSN: 1794-1598

Introducción

"Da mihi factum, dabo tibi ius", es un aforismo latino que traduce "dame los hechos y yo os daré el derecho" (Nicoliello, 1999) y que sintetiza la facultad que tiene el juez en identificar la normatividad aplicable, o fuentes de derecho que regularan un caso, a partir del análisis de las situaciones de hecho que se presentan en la litis, siendo tal labor de vital importancia porque será con base en ellas con las que el operador jurídico a de sustentar su decisión, fungiendo de prisma a través del cual ha de estudiar los hechos y, posteriormente, fallar. Las fuentes del derecho son, entonces, "el insumo de la decisión judicial, de ahí la necesidad de identificarlas correctamente, pues un caso podrá llegar a una solución distinta en consideración a la normatividad que se aplique". (Salazar Chaves, 2021, pág. 65).

Como ejemplo de lo anterior, si ante el juez se presenta una situación de hecho consistente en la prestación personal y convencional de un servicio por parte de un sujeto a favor de otro, existen dos posibilidades, por un lado, que esta relación haya surgido con ocasión de un Contrato de Prestación de Servicios regulado por el Código Civil o de un Contrato Laboral reglado por el Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto al Contrato de Prestación de Servicios, podemos decir que nos encontramos ante un contrato atípico e innominado[1] ya que el Código Civil, genéticamente, reconoció que una prestación positiva de hacer a título oneroso era un tipo de arrendamiento de servicios, de ahí que en el artículo 1973, de este cuerpo normativo, se estableciera que el arrendamiento tenía por objeto: "Conceder el goce de una cosa, o ejecutar una obra o prestar un servicio"[2]. Fue gracias a la evolución del derecho, y a conquistas sociales, que la prestación convencional de un servicio se desligó del Contrato de Arrendamiento y genero dos figuras contractuales autónomas según la existencia o no de dependencia, del contratista frente al contratante. De existir, se identificaría como un Contrato Laboral, en caso contrario, como un Contrato de Prestación de Servicios, también llamado Contrato de Obra o de Empresa[3].

El desligar del Contrato de Arrendamiento la contratación de un servicio y generar con ello dos contratos autónomos, según exista o no dependencia, implicó que cada uno de estos arquetipos negociales respondieran a lógicas diferentes que explican por qué en uno las partes negociales gozan de mayor facultad de negociación que en otro. En efecto, el denominado Contrato de Prestación de Servicios, por no contar con un conjunto normativo que regle su contenido, dada su naturaleza atípica, cuenta con un amplio margen de libertad de configuración, motivo por el cual su contenido prestacional a cargo y en favor de cada una de las partes se determinara por

1 Cfr. La existencia del contrato atípico se justifica por el principio de la libre autonomía de la voluntad privada que permite a los particulares crear nuevos tipos contractuales por aquellos típicamente reglados por la ley. La principal cuestión que plantean los contratos atípicos es la de determinar cual ha de ser el régimen legal aplicable. No siempre ha de bastar con recurrir a la analogía con contratos típicos afines, pues todavía habrá que determinar como ha de proceder a seleccionar el tipo analógicamente aplicable. Situación que no ocurre en los contratos típicos, donde el régimen legal es el expresamente creado por el derecho. (Cordero Lobato & Marin Lopez, 2016, pág. 32)

2. Cfr. En épocas ya superadas de la cultura no se distinguía entre la utilización del trabajo humano y la utilización de los bienes materiales, y por ello se entendía que tanto era arrendamiento obtener a cambio de un precio el goce temporal de una cosa ajena, como obtener a cambio de un salario el resultado de la actividad del trabajo del otro. La humanización de los usos y costumbres, y con ello el realce de la dignidad humana, repercutieron obviamente en la estructura jurídica, y es así como en la actualidad el concepto de arrendamiento esta contraído por lo menos doctrinariamente, al arrendamiento de las cosas. (Gomez Estrada, 2008, pág. 105)

3. Existirá un contrato de obra o empresa cuando una parte, llamada contratante, pueda exigir de otra, llamada contratista, la prestación de un servicio a cambio de una remuneración, siendo indiferente si la naturaleza del mismo es material o inmaterial.

lo pactado por ellas, máxime, cuando el Código Civil parte de la idea de igualdad formal y libertad negocial entre quienes concurren a la celebración de un contrato.

De manera contraria, el Contrato Laboral regulado por el Código Sustantivo del Trabajo que responde a una lógica de asimetría en el poder de negociación entre empleador y trabajador, no brinda a los contratantes un margen de configuración tan amplio, pues al reconocer que en esta relación contractual existe una parte más fuerte, el empleador, y una más débil, el trabajador, genera un decálogo prestacional de derechos a favor de este último que no pueden ser desconocidos so pretexto de un pacto expreso entre las partes, ya que tal reconocimiento se escapa de la órbita negocial de ellas al ser considerados derechos irrenunciables a favor de este utimo.

Como se indicó, tanto el Contrato Laboral como el Contrato de Prestación de Servicios encuentra su génesis en el Contrato de Arrendamiento que debido a razones históricas adquirieron independencia y características propias sin desconocer, por ello, similitudes en razón a esa raíz común, pues en ambos existe una prestación personal de servicio a cambio de una remuneración, pero se diferencian, el uno del otro, en el elemento subordinación presente únicamente en el primero.

Ahora bien, ¿con que criterios el juez puede identificar que una relación jurídico obligacional se enmarca en un Contrato de Prestación de Servicios o en un Contrato Laboral?, ¿será acaso que la identificación nominal del contrato, es decir, como las partes lo llamaron, es un criterio valido? Como se indicó líneas atrás, el juez estudia los hechos para identificar la normatividad aplicable siendo el nomenclátor negocial designado por las partes uno de los distintos hechos a los que el juez puede acudir, pero, sin que pueda basarse exclusivamente en tal consideración, so pena de no motivar en debida forma su fallo por incurrir en nominalismo.

En efecto, el nominalismo contractual, definido por Cabanellas como aquella corriente que: “Rechaza la realidad de los seres y de los actos, al reducirlos a meras palabras o nombres con que son designados” (Cabanellas, 2003, pág. 563), es una postura que no tiene cabida en el derecho colombiano debido a que la realidad negocial de un contrato se basa en la comprobación de la concurrencia de sus elementos esenciales[4] más allá de la nomenclatura designada por las partes, por lo que un contrato no se identifica por el nombre que le dieron sus artífices, sino por la determinación de sus elementos esenciales que, a voces del artículo 1501 del Código Civil, son: “Aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”.

Como muestra de lo anterior, en materia contractual se aplica el denominado “principio de la realidad sobre la forma” como postulado que se centra más en el aspecto fáctico y probatorio que en el puramente nominal, por lo que al presentarse un conflicto entre la realidad y la forma jurídica han de prevalecer los hechos que se subsumen en los elementos esenciales, resultando erróneo delimitar la naturaleza y regulación del contrato a la denominación jurídica que las partes le dieron pues se daría primacía al simple nombre dejando de lado el estudio de los elementos

4. Cfr. Son aquellos que devienen de normas jurídicas imperativas y sin los cuales el contrato no nace a la vida jurídica o degenera en otro distinto. En tal sentido, se puede afirmar, que cuando las partes pretermiten los elementos esenciales, el ordenamiento asume una figura de rechazo y por ello puede ocurrir uno de dos fenómenos: inexistencia o conversión negocial. (Garce Vásquez, 2015, pág. 76)

ISSN: 1794-1598

esenciales de cada negocio jurídico que, como vimos, legalmente son los que determinan el tipo contractual y, por esa vía, su regulación, lo que explica porque la Corte Suprema de Justicia, respecto al Contrato Laboral, expresó: "La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado sino de la situación real en que el trabajador es colocado" (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 2007).

Ahora bien, en el Derecho Laboral el reconocimiento del mentado principio, aunque no se haya formulado de manera expresa, se hace ostensible en algunas normas como lo es, de manera especial, el artículo 23 del Código Sustantivo que en su ordinal 2 dispone que una vez reunidos los elementos del Contrato de Trabajo se presume que existe y este: "No deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen", siendo, además, reconocido de manera consolidada y de antaño por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, especialmente en la sentencia del 24 de abril de 1975[5] que suponen un registro importante en la adopción y aplicación efectiva de este principio.

Así mismo, la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, coincide en la concepción genérica adoptada por la jurisprudencia ordinaria según la cual: "El verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral" (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. , 2010). En la misma dirección apunta los pronunciamientos de la Corte Constitucional[6] que no ha sido ajena a este reconocimiento pues, desde tempranas sentencias, manifestó que este principio constituye un camino por el cual se protege los derechos fundamentales del trabajador ligados a la relación laboral[7].

Lo anterior significa que independientemente de la nomenclatura que se le dé al contrato, si en la práctica se comprueba la existencia de los tres elementos esenciales del mismo , consagrados en el artículo 23 del C.S.T., esto es 1) prestación personal, 2) subordinación y 3) salario, se estará, impajaritablemente, frente a una relación de esta índole con el subsiguiente reconocimiento de derechos y obligaciones para cada una de las partes propias en este tipo de relaciones (Corte Constitucional, 1998). Sin embargo, es de tener presente que los dos primeros elementos pueden encontrarse también en el Contrato de Prestación de Servicios sin que por ello se configure una relación laboral, por lo que el elemento diferenciador entre uno y otro arquetipo negocial descansa, principalmente, en el elemento "subordinación", siendo este el punto álgido en el cual se debate la existencia o no de un contrato realidad[8].

5. Cfr. Dada la multiplicidad de las formas con que se realiza el Contrato de Trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral, 1975)

6. Cfr. Conforme lo establece el artículo 53 de la carta fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. (Corte Constitucional, 1998)

7. Cfr. La jurisprudencia y la doctrina a la luz del artículo 53 de la Carta Política, se orientan a que la aplicación del derecho del trabajo dependa cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral. (Corte Constitucional, 2005)

8. Cfr. El elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del Contrato Laboral frente al de prestación de servicios. (Corte Constitucional, 2016).

Con relación al concepto de subordinación, la Real Academia de la Lengua Española la define como: "Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien" (Real Academia Española., 2021), por lo que podría llegar a pensarse que en el Contrato de Prestación de Servicios el contratista es libre y autónomo respecto a la manera que emprende su trabajo, pues en caso contrario estaría bajo subordinación y, por ello, enmarcando su vínculo contractual como uno de tipo laboral. Por lo tanto, surge la siguiente pregunta: ¿Qué características tiene y con qué criterios se puede identificar la subordinación que funge como elemento esencial en el Contrato Laboral?

Para responder a este interrogante, el presente trabajado se dividirá en tres partes a saber, en la primera, se indicarán los tipos de subordinación que la jurisprudencia nacional ha identificado, siendo la de tipo jurídico la presente como elemento esencial en el Contrato Laboral; posteriormente, se expondrán los criterios brindados por la Corte Suprema de Justicia para identificar este tipo especial de subordinación, centrada especialmente en la naturaleza de la labor contratada: y, finalmente, se hará lo propio con la jurisprudencia del Consejo de Estado que proporciona un criterio adicional consistente en la función misional de la entidad. De este modo, se tendrá claridad como en el Contrato de Prestación de Servicios si existe subordinación económica y técnica, pero no jurídica la cual es propia del Contrato Laboral y, así mismo, los criterios creados por la jurisprudencia de los mentados altos tribunales para identificarla y distinguirla de los demás tipos de subordinación, en especial, la técnica.

La subordinación jurídica como elemento esencial del Contrato Laboral

A diferencia de lo que sucede en el terreno lingüístico, donde es posible brindar una definición general del concepto de subordinación, en el terreno del derecho la misma no reviste tal univocidad, pues existen distintas formas en las que se materializa. En efecto, la jurisprudencia ha identificado que existen tres clases o tipo de subordinación, pudiendo ser de orden económico, técnico o jurídico, siendo esta última la que diferencia los ya tan nombrados vínculos contractuales. Estudiemos en que consiste cada una de estas clases de subordinación:

i) Subordinación económica: consiste en la remuneración dineraria que recibe el trabajador por la prestación personal del servicio y que no debe ser entendida como dependencia económica, ya que este no participa de la suerte y los riesgos de la empresa, por lo que su remuneración no estará afectada, per se, de los riesgos de la operación a la cual contribuye su trabajado.

Tanto en el Contrato de Prestación de Servicios como en el laboral[9], la prestación personal del servicio es a título oneroso y conmutativo[10], es decir, las prestaciones de las partes se entienden recíprocamente equivalentes, lo que envuelve una noción de justicia privada en lo que se está recibiendo a cambio de la labor realizada, existiendo, además, ab initio de la celebración del contrato claridad respecto a la cuantía de tal remuneración. De tal suerte que estos contratos no se identificaran como uno de tipo aleatorio[11], es decir como aquellos en los cuales la

9. En el Contrato Laboral, debido a su especial evolución, como ya se indicó brevemente en la introducción de este escrito, la cuantía de la remuneración encuentra un piso consistente en el salario mínimo mensual legal vigente, sin que sea válido el pacto en contrario por un menor valor a este.

10. Cfr. Se aplica comúnmente a la justicia que regla la igualdad o proporción que debe haber entre las cosas, cuando se dan unas por otras. (Escriche, 1998, pág. 925).

11. Cfr. Cundo las prestaciones no se determinan en el momento del contrato, sino que dependen de circunstancias ajenas a él, en forma que pueda resultar de gran consideración o equivalentes a la otra prestación o quedar reducidas a nada. El contrato es aleatorio porque la prestación depende de un riesgo consistente en obtener Gancia o perdidas. (Peña Nossa, 2017, pág. 124)

ISSN: 1794-1598

contraprestación de una de las partes se encuentra sometida a un aleas o suerte futura como lo sería, por ejemplo, el éxito de la operación para la cual fueron contratados tales servicios, pues su contraprestación no depende de esta, motivo por el cual ni les beneficia o afecta pues de hacerlo estaríamos frente a un contrato de asociación o de colaboración en la cual se realiza un aporte para una empresa en común y se comparten los riesgos de la misma.

Con fundamento en lo anterior, el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, y respecto al Contrato Laboral, expresamente se indica: "El trabajador puede participar de la sutilidades o beneficios de su patrono, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas", por lo que esta subordinación se hace presente tanto en este tipo contractual como en el de prestación de servicios donde existe una remuneración por la gestión realizada sin que pueda, entonces, afirmarse que sea esta la que permite diferenciar uno del otro, ya que es común a ambas.

ii) Subordinación técnica: Entiéndase por subordinación técnica como aquella facultad de la que goza el contratante y empleador de impartir: "Instrucciones sobre la forma de realizar la labor contratada" (Gonzales Charry, 2004, pág. 135) al contratista o trabajador, respectivamente, de tal modo que este encause su comportamiento debitorio a las mismas en procura de satisfacer la meta trazada por el primero, pues quién mejor para orientar e indicar qué se busca obtener de tal labor que aquel quien la contrata y se beneficiaría. Labor de orientación que es a su turno una materialización de ese deber de colaboración contractual que emana de la buena fe objetiva.

El indicar e impartir orientaciones de cómo realizar de manera más eficiente y eficaz la labor contratada es una característica propia del Contrato Laboral como del de prestación de servicios, motivo por el cual no es está la subordinación que permite diferenciar uno de otro.

iii) Subordinación jurídica: se entiende como una: "Potestad patronal para exigir el cumplimiento de las obligaciones principales del contrato, en consideración a la instrucción impartida" (Gonzales Charry, 2004, pág. 135) siendo de ese modo una: "Aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerla y acatarla cumplidamente" (De la Torre Cabanellas, 1989, pág. 256), constituyéndose, de ese modo, en una facultad ordenadora, para el empleador, y en una disposición de obedecerla obligatoriamente, por parte del trabajador.

Por lo tanto, este tipo de subordinación no se refiere únicamente a la facultad de indicar cómo desarrollar esa prestación de hacer, que es propia de la subordinación técnica, sino que goza además de la facultad de poder exigir que el comportamiento del trabajado se amolde a la misma so pena incumplir el contrato, siendo esta la subordinación la que funge como elemento esencial del Contrato Laboral y que permite diferenciarlo del de prestación de servicios.

La referida facultad del empleador de poder exigir que el trabajador acate sus instrucciones para el cumplimiento de la labor contratada es un derecho a favor de este que se encuentra expresamente, reconoció en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que el empleador podrá, frente a su trabajador: "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".

En efecto, la subordinación que hace parte de los elementos esenciales del Contrato Laboral es de tipo jurídica la cual tiene por efecto, por un lado, el reconocimiento de una facultad a favor del empleador para exigir del empleado el cumplimiento de sus instrucciones y, por el otro, se constituye en una obligación del trabajador en acatarla, constituyéndose en un contenido prestacional que integra el contenido del contrato, como elemento de su naturaleza y esencia, por lo que su inobservancia se constituiría en un evento de incumplimiento por parte del trabajador que activaría los remedios legales o convencionales de los que gozaría el empleador, como lo sería, por ejemplo, la posibilidad de terminar el contrato por justa causa.[12]

Luego de exponer la definición y concepto de cada uno de estos tres tipos de subordinación, podemos afirmar que la presente en el Contrato Laboral, como elemento esencial, reviste un carácter de calificada pues no puede ser de cualquier tipo sino una muy concreta que es la jurídica; y, así mismo, es dable sostener que en el Contrato de Prestación de Servicios es factible que existe subordinación, pero de orden económico y técnico sin que por tal motivo se desnaturalice el tipo de vínculo contractual entre las partes.

1. Naturaleza de la labor contratada como criterio para identificar subordinación jurídica - jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Respecto a la subordinación técnica y jurídica es necesario precisar cuándo se presenta la una o la otra, en la medida que la subordinación requerida para configurar una relación laboral es de tipo jurídico toda vez que la técnica puede estar presente tanto en contratos laborales como en civiles y comerciales.

Con relación a la subordinación técnica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que esta varía de acuerdo con la naturaleza de la labor contratada a razón del grado de especialidad de la misma, por lo que a mayor grado de especialidad menor intensidad de este tipo de subordinación por parte del empleador, quien se limitará a encausar y ordenar, mediante pautas y revisiones, la forma en que se prestará el servicio contratado, pero sin interferir en el contenido del mismo, precisamente por el grado de especialidad del cual es conocedor el trabajador. En palabras de este alto tribunal:

> El grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor que desempeñe el trabajador, así por ejemplo en el desempeño de labores técnicas o científicas el grado de subordinación es casi imperceptible, y lo mismo puede decirse de los trabajadores calificados. En cambio, en los que no lo son, la subordinación es más acentuada, más ostensible y directa; más aún existen algunos trabajadores como los que prestan su servicio en su propio domicilio, en donde la subordinación casi desparece, y sin embargo, nuestro estatuto laboral los considera vinculados por Contrato de Trabajo según los preceptuado por el artículo 89 del C.S.T. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 1984).

De la cita jurisprudencial se puede inferir que, para la Corte Suprema de Justicia, la intensidad de la subordinación técnica no determina la naturaleza laboral, civil o comercial de una relación contractual, toda vez que este tipo de subordinación depende directamente del grado de

12. En efecto, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que trata sobre las cuales para terminar por justa causa el Contrato Laboral, reconoce en su literal 10 que el empleador puede darlo por terminado "La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales", como lo sería, por ejemplo, el no acatar las órdenes de este en desarrollo de la labor contratada.

ISSN: 1794-1598

especialidad del servicio contratado, por lo que es perfectamente viable que existan contratos laborales donde la subordinación técnica sea casi nula y no por ello se desvirtué su connotación laboral. Así mismo, resulta viable que, en contratos civiles y comerciales, como expresión de la subordinación técnica, el contratante emita ordenes al contratista a fin de encausar y direccionar la labor contratada[13].

Por lo tanto, la imposición de directrices, como son, por ejemplo, horarios de trabajo, permanencia en las instalaciones de la empresa, impartir instrucciones durante el desempeño de las tareas, establecer cronogramas de actividades y de planeación estratégica, o la posibilidad del contratante de conceder permisos y vacaciones, no pueden: "Ser calificados como elementos de una subordinación laboral ya que se tendría una visión demasiado restrictiva de la relación laboral" (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 2001), sino simplemente como manifestación de una subordinación técnica la cual es viable, por lo que la vigilancia, control y supervisión que lleva a cabo el contratante en el marco de un contrato civil, se hace teniendo en cuenta la ejecución de las obligaciones consignadas en el contrato sin que pueda ser equiparable a los conceptos de subordinación jurídica propia del Contrato Laboral.

Partiendo de lo anterior, esto es de reconocer que la subordinación técnica implica la facultad del contratante en dirigir la labor del contratista, y que su intensidad varía dependiendo de la especialidad de la labor encomendada, podemos diferenciarla de la subordinación jurídica que es aquella en la cual no solo existe: "La facultad del empleador de dar órdenes sino de igual modo la obligación del trabajador de respetar y ejecutarlas" (Cortes Morales, 2018, pág. 120), denotándose con ello la diferencia de una y otra, pues la jurídica es bidireccional en el entendido que se constituye como derecho para el empleador y obligación para el trabajador, en cambio, la técnica, es una mera facultad de orientación sin que revista un componente prestacional de estricta observancia por parte del contratista. Lo anterior, fue expresado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del Contrato de Trabajo 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 este 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 económico (Corte Constitucional., 2000).

Por tal motivo, se ha manifestado que la subordinación jurídica del trabajador frente al empleador otorga a este último dos poderes, por un lado, un poder de dirección[14] o directivo, entendido

13. Cfr. Debe reiterarse a propósito de esto, que la existencia de un contrato independiente civil o comercial en ningún caso implica la veda total de instrucciones o el ejercicio de control y supervisión del contratante sobre el contratista, desde luego que tampoco la sola existencia de estos elementos permite concluir, de manera automática, la existencia del Contrato de Trabajo". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 2001); y, en el mismo sentido se pronunció este alto tribunal en los siguientes términos: Cfr. Debe anotarse que la existencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales en ningún caso implica la veda total de instrucciones o el ejercicio de control y supervisión del contratante sobre el contratista, ni que la delegación de actividades que impliquen representación del empleador conlleve indefectiblemente a concluir que se está en presencia de un Contrato de Trabajo. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 2005)

14. Cfr. Dentro del elemento subordinación se destaca el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. (Corte Constitucional., 2004)

como: “La facultad que tiene el patrono de dictar normas de naturaleza técnica y de carácter general y permanente que debe ser observadas por los empleados” (De la Torre Cabanellas, 1989, pág. 256) y, por otro lado, un poder sancionatorio que permite disciplinar al trabajador cuando ha inobservado las órdenes dadas, porque de no existir tal posibilidad: “El poder de dirección sería un mero poder moral, que no suscitaría obediencia, sino benevolencia, y no un poder jurídico, si no estuviera acompañado del de sancionar los incumplimientos de sus órdenes generales o especiales” (Tejada Correa, 2016, pág. 236).

Sin embargo, es menester tener de presente que esta facultad de exigir el acatamiento de las instrucciones por parte del empleador al trabajador, en ejercicio de la subordinación jurídica, se trata más de una posibilidad que de una realidad, por lo que, si la misma no se ejerce de manera efectiva, tal situación no desnaturaliza la naturaleza laboral del vínculo contractual (Vargas Caro, 2010). En efecto, la subordinación radica fundamentalmente en el hecho de que el empleador pueda en cualquier momento, durante la vigencia del contrato, impartir órdenes o dar instrucciones o imponer reglamentos internos y que cuando ello ocurre, el trabajador debe cumplirlas. Sin embargo, si por la naturaleza del servicio que se presta, o por voluntad del empleador o por pericia del trabajador, tales órdenes no se dan de manera permanente o no existe reglamento de trabajo, no por ello la relación jurídica desaparece, ni las normas laborales dejan de protegerla. (Martinez Sanchez, 2019)

Ahora bien, el identificar en qué casos existe subordinación jurídica y en cuáles se presenta subordinación técnica ha dependido del estudio de las particularidades de casos in concretos a partir de los cuales la jurisprudencia nacional ha construido reglas que orientan tal determinación, pero, sin perder de vista, que cada caso es un mundo independiente debiéndose estudiar individualmente a fin de determinar el tipo de subordinación que existe según sus especiales particularidades. El principal criterio orientador desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia descansa en la naturaleza misma del servicio contratado a partir del cual se evaluará la ejecución de tal prestación.

A continuación, se procede a realizar una exposición de sentencias en las cuales la Corte Suprema de Justicia, acudiendo al estudio de la naturaleza de la labor contratada, ha fijado los criterios para determinar la existencia o no de una subordinación jurídica en una determinada relación contractual. Sin embargo, se advierte que los pronunciamientos que realiza la Corte no deben ser considerados como reglas de derecho, sino como el resultado de un análisis en concreto que sirve para dar luces sobre la manera de interpretar y estudiar cada caso sin desconocer su particularidad, pues todos parten del análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se adelanta la labor contratada:

i) Exigencia de uso de formularios prestablecidos por el empleador: El señor Orlando Medina demandado a la sociedad Tecnología y Gerencia LTDA, para que se declarara un Contrato Laboral entre las partes en el cual, el demandante, laboró como encuestador desde el 6 de marzo de 1996 hasta el 15 de diciembre de 1999. Parte de las pruebas que allegó el demandante fueron los formularios que le suministraron la sociedad demandada y la necesidad de disponibilidad tiempo completo. La Corte, consideró acreditada la ausencia de independencia y autonomía en los servicios prestados por el demandante, ya que el empleador daba instrucciones del modo,

ISSN: 1794-1598

tiempo y lugar de las encuestas, teniendo que ser acatadas por el demandante, además del hecho de suministrarse los formatos de los cuales no participaba el actor.[15].

Para la Corte Suprema de Justicia en el caso puntual, la connotación de subordinación jurídica no se acredita por el simple hecho que el empleador entregase los materiales con los cuales el trabajador adelanta la labor contratada, sino por el hecho de no existir autonomía en cómo el contratante desarrollase tal labor porque tal hecho, en el caso in concreto, impedía al contratista, en palabras de la Corte, imponer en su trabajo su sello personal, pues los formatos entregados por el empleador y las instrucciones de cómo, dónde y a quién formular la encuesta, eliminaban el margen discrecional del trabajador y, por esa vía, su autonomía.

ii) La exigencia de cumplir un horario acordado por las partes no es muestra de subordinación jurídica: El señor Josue Cárdenas demando a la Congregación de las Hermanas de la Caridad Dominicas, propietarias de la Clínica Palermo, con el fin que se declarara la existencia de un Contrato Laboral, debido a que el demandante trabajó como médico anestesiólogo desde 1958 a 1985. Para tal fin, el demandante probo que cumplía horario de trabajo y el salario que devengaba era variable y consistía en un porcentaje del número de pacientes que atendiese. La Corte consideró que:

> [...] al ser el horario fijado de forma conjunta entre las partes para asegurar una distribución equitativa de los pacientes con los demás médicos, no se presentó en el caso in concreto una subordinación jurídica en la medida que tales horarios debían ser respetados por ambas partes, sin que existiese para la clínica la posibilidad de variar unilateralmente los mismos" (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 1994).

Por lo tanto, en este caso el alto tribunal consideró que no existe subordinación jurídica por existir mutuo acuerdo en el horario de trabajo y forma de liquidar la contraprestación económica, toda vez que tal acuerdo impide que el contratante modifique unilateralmente tales pactos. Situación que no encuadra con la subordinación jurídica en la cual si se cuenta con tal potestad.

iii) La posibilidad de sancionar al trabajador por incumplir los horarios impuestos a este si es subordinación jurídica por la naturaleza de la labor contratada: La señora Clara Patricia Fetiva Castro, en calidad de conyugue supérstite, demanda al Instituto de Seguros Social para que se declare que existió un Contrato Laboral entre su marido, el señor José Juvenal Sarmiento Cabeza, desde el 1 de febrero de 2000 hasta el día 2 de febrero de 2004. Para tal fin, la demandante prueba que su conyugue cumplía horarios los cuales, de no ser atendidos, acareaban sanciones y amonestaciones.

La Corte Suprema de Justicia al estudiar el material probatorio aportado al proceso, consideró que en este evento sí existió subordinación jurídica debido a que el contratante sancionaba al trabajador si no cumplía los horarios asignados, los cuales, eran impuestos por la empresa y eran necesarios para la adecuada ejecución de la labor contratada en razón a su naturaleza, esto es, de vigilancia:

15 Cfr. El análisis de la subordinación se debe llevar a cabo de acuerdo a la naturaleza de la labor desempeñada y el conjunto de las circunstancias en que se desarrolle, lo cual se evidencia en el caso de análisis, pues la labor estaba plenamente sujeta a instrucciones y no existía ninguna creación personal, exigiéndosele al contratista disponibilidad de tiempo con supervisión, de ahí que se concluye la subordinación laboral. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 2009).

> Todo lo anterior da cuenta que, contrario a lo afirmado por el Instituto de Seguros Sociales, lo que existió fue una verdadera relación de carácter laboral, en tanto el trabajador era sujeto de subordinación, a través de horarios y controles como la calificación de su servicio cumplía un horario, el cual era evaluable y desarrollaba funciones propias del personal de planta de la entidad. Tales controles por parte del ISS descartan que José Juvenal Sarmiento hubiese tenido autonomía en la manera en que efectuaba su tarea, y por el contrario lo que exteriorizan es que se ejercía poder subordinante, que sumado a la prestación personal del servicio y al pago de la suma mensual no deja duda de la existencia del Contrato de Trabajo (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 2015).

iv) La subordinación jurídica debe versar sobre el objeto principal de la labor contratada según la naturaleza del servicio: El señor Gilberto Rico demandó a la sociedad Panamco Industria de Gaseosas S.A., con el fin que se reconociera la existencia de un Contrato Laboral, en el cargo de vendedor, desde 1977 hasta 1997. Para tal fin, el demandante manifestó que existía subordinación, porque se requería su presencia todos los días en las instalaciones del contraste y, así mismo, era este último quien calificaba y daba el visto bueno al trabajo adelantado por el demandante.

Al analizar la Corte el caso in cocnreto, advierte que el objeto del contrato consistía en distribuir productos en rutas y precios establecido previamente, con la autonomía técnica y administrativa del contratista, por lo que el hecho de acudir a la instalaciones del contratante y el fijar horarios no genera automáticamente una relación laboral toda vez que no se advierte subordinación jurídica, pues la forma en que adelantaba el trabajo el demandante era totalmente autónoma, más allá del hecho de cumplir horarios o en el lugar dónde la desarrollará:

> Es que definitivamente la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas del mismo, en ningún caso es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia propios de la relación de trabajo, pues estas últimas tienen un naturaleza distinta a aquellos; en todo caso, las instituciones especificas hay que valorarlas dentro del entorno de la relación y no descontextualizadamente como lo intenta el censor, pues son precisamente esas circunstancias peculiares las que en determinado momento permiten colegir si las ordenes o instrucciones emitidas corresponden a un tipo de contrato u otro (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral., 2001).

Por lo tanto, para la Corte en el caso anterior, se consideran elementos que configuran subordinación jurídica los lineamientos básicos para la prestación del servicio, como lo es la fijación de horarios, como tampoco el hecho de supervisar el resultado del trabajo autónomo que desarrolla el demandante, pues del contexto particular del caso se desprende que era autónomo.

En síntesis, es de vital importancia la tarea que debe realizar el juez laboral en la búsqueda de la verdad que le permita determinar si el vínculo de trabajo que han puesto bajo su conocimiento las partes, fue en realidad un Contrato de Prestación de Servicios o un Contrato de Trabajo ejecutado en condiciones de subordinación jurídica, lo cual, se determina analizando el caso en concreto a partir de la determinación de la naturaleza misma de la labor contratada.

Esta es la regla jurisprudencial creada por la Corte Suprema de Justicia, en el entendido de ser un llamado al operador jurídico para que con fundamento en los hechos el acervo probatorio

ISSN: 1794-1598

y la naturaleza de la prestación contratada, analice objetivamente cada caso in concreto y determinen la existencia o no de una subordinación jurídica y la subsiguiente declaratoria de un contrato realidad laboral.

2. Labor misional de la entidad estatal como criterio adicional para determinar la existencia de un Contrato Laboral. - jurisprudencia del Consejo de Estado

El Contrato de Prestación de Servicios, según definición contenida en el artículo 32 de la Ley 80, es aquel que celebran las entidades estatales con personas naturales o jurídicas y cuyo objeto consiste en desarrollar actividades relacionadas con su funcionamiento, en aquellos casos en que estas no se pueden llevar a cabo con el personal perteneciente a ella. La norma legal establece que dicho contrato en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebra por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

En efecto el Consejo de Estado siguiendo lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado que el operador jurídico al momento de estudiar la existencia o no de un Contrato Laboral debe tener en cuenta, por un lado, las características propias de cada caso, reconociendo que el contratista goza de una autonomía que se echa de menos en lo laboral[16]; y, por otro lado, que la naturaleza de la prestación contratada sirve de criterio objetivo para identificar hasta qué punto una orden emitida por el empleador se ejerce con ocasión a una subordinación técnica o jurídica. Sin embargo, en materia de lo contencioso administrativo el Consejo de Estado aclara que existe un criterio adicional para la procedencia del contrato realidad fundamento en el objeto misional de la entidad estatal como dador del empleo:

> La prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el Contrato de Prestación de Servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo., 2017)

En este orden de ideas, en materia de derecho público, no le es viable a las entidades estatales suscribir contratos de prestación de servicios cuando a través de ello se busca desarrollar la labor misional de la entidad, proveer labores que desarrollan trabajadores de planta o no atender un evento excepcional que requiere más trabajadores temporalmente o trabajadores especializados. Cuando se presentan tales eventos, más allá de entrar a estudiar la naturaleza de la prestación contratada es necesario evaluar el objeto misional de la entidad, siendo un

16. Cfr. Es necesario, en cada caso particular, se analicen sus características, para establecer la existencia o no de una relación laboral, en el entendido de que en este no hay subordinación, ni dependencia, es decir, que el contratista ejecuta la labor disponiendo de su horario, la técnica que escoja y por sus propios medios. El contratante solo determina el objeto que quiere que desarrolle el contratista, no obstante, debe prevalecer la independencia para que se pueda hablar de prestación de servicios y en la aplicación del caso concreto de estudio ha puntualizado. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo., 2017).

evento que amplia, en materia de derecho administrativa, el espectro en el cual es viable la procedencia de un contrato realidad[17] .

Para determinar cuándo se está frente a una función permanente de una entidad del Estado, la jurisprudencia constitucional ha precisado 5 criterios: el funcional, el de igualdad, el temporal, el de excepcionalidad y el de continuidad.

> "(i) el criterio funcional, que hace alusión a la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución);
>
> (ii) el criterio de igualdad, esto es, cuando las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral;
>
> (iii) el criterio temporal o de habitualidad, si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual;
>
> (iv) el criterio de excepcionalidad, si la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y estas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta; y
>
> (v) el criterio de continuidad, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral" (Corte Constitucional., 2012)

Visto lo anterior, es necesario destacar que el Contrato de Prestación de Servicios se configura a partir de la presencia de dos factores que explican su existencia siendo estos: i) que no exista personal de planta disponible que pueda atender la actividad para la cual es necesario contratar personal mediante contrato de prestación de servicio y ii) que el desarrollo de la actividad requiera un grado de especialización que haga absolutamente necesario que se lleve a cabo la contratación del servicio.

No obstante lo anterior, hoy por hoy se advierte cómo las entidades estatales acuden a las denominadas empresas de servicios temporales, o ETS, a fin de vincular personal que en principio debería hacerse vía Contrato LaboralAcudiendo a la definición dada por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 1997, las EST: "Son personas jurídicas conformadas como sociedades comerciales, cuya actividad se centra en enganchar y remitir el personal que requieran otras personas naturales o jurídicas" (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 1997), denominadas empresas usuarias, con el fin de cubrir una necesidad temporal y: "Desempeñar labores ocasiónales, accidentales o transitorias", tales como: "Remplazar personal en vacaciones, en incapacidad, en licencias ordinarias y en licencia de maternidad" o

17. Cfr. Para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, porque, si contrata por prestación de servicios personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo., 2016).

ISSN: 1794-1598

para: “Atender el incremento de la producción, las ventas o el transporte”. A estos trabajadores, vinculados por la EST para laborar en la empresa usuaria, se les denomina trabajadores en misión.

Como se advierte de lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, las entidades estatales sí pueden contratar personal de apoyo por medio de las ETS para atender circunstancias coyunturales que motiven una vinculación temporal a la misma, siendo entonces el elemento de la temporalidad el que permite la procedencia de esta forma de vinculación a favor de la empresa usuaria que se presentan por hechos transitorios ajenos al devenir de la empresa o por picos de producción que demandan momentáneamente personal para el desarrollo adecuado de su objeto social.

El legislador, con el fin de evitar que las empresas usuarias realicen una contratación de personal de planta bajo el ropaje de trabajadores en misión por conducto de EST, para sustraerse de sus obligaciones surgidas de un Contrato Laboral, ha restringido de manera expresa la procedencia de este tipo de vinculación a los supuestos de hecho consagrados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990[18], por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo.

Sin embargo, es de aclarar, que la temporalidad a la que se refiera la ley no hace referencia a la actividad de la empresa usuaria, la cual tiene carácter de permanente para ella, como tampoco al cargo que desempeñará el trabajador en misión, sino al servicio que en un momento especifico el usuario requiere como colaboración transitoria el cual debe enmarcarse dentro de los supuestos de hecho enunciados en el precitado artículo 77 (Nieto Rios & Buitrago Giraldo, 2021). Por lo tanto, al no ser transitorio el cargo, sino la causa de la contratación, la misma Ley 50 ha consagrado en su artículo 79 [19]que los trabajadores en misión tendrán los mismos derechos que tengan los trabajadores de planta que realicen sus mismas funciones.

Se advierte de este modo como es dable que en una empresa usuaria puedan coexistir trabajadores de planta y de misión que realicen funcionalmente las mismas labores, pero teniendo claridad que estos últimos se encuentran vinculados por motivos transitorios que son objetivamente verificables al cotejarlos con los supuestos de hecho que trae el mentado artículo 77.

Ahora bien, de los tres supuestos facticos que legitiman la contratación de personal por medio de EST, los contenidos en el numeral 1º y 2º son de fácil verificación, pues la temporalidad en la contratación del trabajador se limita al tiempo que dure las incapacidades o licencias laborales, o por la naturaleza excepcional de la necesidad del servicio. Sin embargo, el supuesto del numeral 3º, que trata la eventualidad de incrementos de producción, cuya valoración puede ser subjetiva, se ha dotado de criterios objetivos con límites temporales de 6 meses, prorrogables hasta por 6 meses más, por lo que se verifica que un eventual pico de productividad que dura más de un año no adquiere el calificativo de extraordinario, sino de normalidad, por lo tanto, ha de ser asumido por trabajadores vinculados vía Contrato Laboral.

18. Cfr. Congreso de la República de Colombia, Ley 50 expedida el 28 de diciembre de 1990, en relación con los supuestos de hecho que autorizan a una entidad del Estado para contratar con Empresas de Servicios Temporales a trabajadores en misión, conforme al Artículo 77.

19. Cfr. Ibidem. Op, cit 16, en la cual se establece que los trabajadores en misión que realicen funciones de la entidad que sobrepasen los supuestos de hecho que legitimen su vinculación por medio de una empresa de servicios temporales, gozarán de los mismos derechos de los trabajadores de planta, según reza el artículo 79.

Así mismo, y con el fin de evitar un fraude al Contrato Laboral bajo el ropaje de un cambio de EST, a través del Decreto Reglamentario 4369 de 2006 se adicionó el siguiente parágrafo al precitado artículo 77 de la Ley 50[20] indicó que estos eventos gozan de solución de continuidad.

Los supuestos de hechos que consagra el articulo 77 fungen no solamente como criterios habilitantes para que las empresas acudan a esta modalidad de vinculación de personal, sino que también, cuando se advierte la infracción de los mismos, por ejemplo, celebrar un nuevo contrato con la misma o con diferente EST para la misma prestación de servicio por parte del trabajador en misión luego de superados los 6 meses iniciales, y los 6 meses de prórroga, ha de entenderse como una prueba indirecta respecto a que los servicios contratados no tuvieron una causa temporal, pues la carga laboral de la que se ocupaba el trabajador en misión es de permanente y regular frecuencia en la empresa usuaria. Tal es la objetividad dada para la procedencia de esta forma de vinculación, que la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

> Las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de trabajadores en misión también deben ser consideradas como empleadores de acuerdo con las reglas que determinan la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella deben ser considerados como servidores suyos. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 2006)

Con fundamento en lo anterior, no es necesario que se le imponga al trabajador la carga de demostrar la no existencia de un pico de trabajo para ser considerada su relación con la empresa usuaria como una de tipo laboral, basta simplemente verificar objetivamente la superación de la limitación temporal para que indiciariamente, es decir, por medio de un hecho cierto, el operador jurídico realice una deducción lógica que le permita concluir que no existía tal temporalidad en la carga laboral que motivó la vinculación del trabajador, pues la misma resulta constante, al punto tal de renovar, por medio de otras temporales, la contratación del trabajador que gozaba de una memoria histórica sobre las funciones que desempeñaba. (Villegas Arbelaez, 2021)

Se recalca que la temporalidad que legitima la vinculación de trabajadores en misión por parte de empresas usuarias de la EST no se justifica por el cargo a desempeñar, pues el mismo puede ser ocupado por trabajadores de planta, como tampoco por las labores o funciones que este ha de desarrollar, ya que las mismas pueden ser adelantadas por estos últimos, sino por una causa contractual tendiente a satisfacer una necesidad transitoria en dichas funciones, lo que se verifica con los criterios objetivos, enmarcados en supuestos de hecho que trae la Ley 50 en su artículo 77.

Conclusiones

El principio de la realidad sobre la forma es una garantía legal que rige en mataría contractual y que exhorta al operador jurídico a determinar el arquetipo negocial, no por el nomenclátor designado por las partes, sino con base en la identificación de sus elementos esenciales, de este modo

20. Cfr. Ibidem. Op, cit 16, parágrafo artículo 77, en el cual se indica que las circunstancias de hecho que legitima la contratación de trabajadores de misión tienen un limitante temporal de 6 meses, prorrogables por otros 6 meses, so pena de no gozar la entidad Estatal de esta posibilidad, debiendo, entonces, vincular al trabajador a través de un Contrato Laboral.

ISSN: 1794-1598

podrá reconocer las fuentes de derecho que rigen una relación jurídica y, subsecuentemente, su contenido prestacional y límites al poder de configuración de las partes.

Lo anterior adquiere relevancia cuando se enfrentan dos tipos contractuales cuyos elementos esenciales se asemejan, como sucede, por ejemplo, con el Contrato de Prestación de Servicios y el Contrato Laboral, ya que ambos presuponen una prestación personal de un servicio a cambio de una remuneración, pero se diferencian en el hecho que el último goza de una subordinación jurídica y el primero de una subordinación técnica.

La semejanza de los precitados contractuales se debe a una razón histórica, ya que el Código Civil genéticamente no diferenciaba entre el arrendamiento de cosas y servicios, motivo por el cual la prestación personal de una labor se regulaba por medio del Contrato de Arrendamiento. Sin embargo, como fruto de conquistas sociales se desligó la prestación personal de este tipo contractual para crear dos arquetipos negociales autónomos y distintos, el Contrato Laboral y el Contrato de Prestación de Servicios, que se distinguen, principalmente, por la subordinación jurídica de la que goza el primero.

La subordinación jurídica implica que el empleador goza de dos facultades a saber, una de orden directivo, consistente en la posibilidad de orientar y dirigir la labor contratada al trabajador, y otra de tipo disciplinario o sancionador que se refiere a la facultad de exigir y sancionar el no acatamiento del trabajador a tales instrucciones. La primera, se asemeja a la subordinación técnica, presente en el Contrato de Prestación de Servicios, siendo entonces la facultad sancionadora la que dota de particularidad a la subordinación jurídica frente a la técnica y, por lo tanto, diferencia un contrato del otro.

Para determinar cuándo existe subordinación jurídica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha preceptuado que es necesario partir del estudio de la naturaleza de la labor contratada, según el caso en concreto, para verificar si la imposición de horarios, la disponibilidad de tiempo, el desarrollo de las labores en las dependencias del empleador y las demás directrices del contratante son meras pautas de dirección o si su inobservancia puede ser sancionada por el empleador.

Por su parte, el Consejo de Estado, sigue los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, pero establece un criterio adicional consistente en la labor funcional de la entidad, toda vez que los contratos de prestación de servicios solo tienen como objeto proveer trabajadores que no desarrollen su objeto misional o permanente.

Sin embargo, es dable para la entidad estatal vincular a trabajadores en misión, contratados a través de empresas de servicios temporales para desarrollar, sin un vínculo laboral, tareas propias y permanentes de esta, debido a que existen circunstancias objetivas y transitorias que lo permiten como son: incapacidades o licencias laborales; por la naturaleza excepcional de la necesidad del servicio; o por picos de producción. Con relación a este último evento, la ley ha determinado que tal coyuntura no ha de superar los 6 meses, prorrogables otros 6 meses, so pena de entenderse que la misma ha dejado de ser anormal para ser considerada algo propio de la entidad y, por lo tanto, debiendo ser vinculado el trabajador como uno de planta vía Contrato Laboral.

Referencias bibliográficas

Cabanellas, G. (2003). Diccionario Enciclopedico de Derecho Usual. Tomo V. Buenos Aires.: Heliasta.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. , 85001-23-31-000-2003-00015-01 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Adminsitrativo. 1 de Marzo de 2010).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo., 4746-13 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. 15 de Septiembre de 2016).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo., 4098-15 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. 17 de Octubre de 2017).

Cordero Lobato, E., & Marin Lopez, M. J. (2016). Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos en General. Madrid: Tecnos.

Corte Constitucional., C-665 (Corte Constitucional. 12 de Noviembre de 1998).

Corte Constitucional., C-386 (Corte Constitucional. 5 de Abril de 2000).

Corte Constitucional., C-934 (Corte Constitucional. 29 de Septiembre de 2004).

Corte Constitucional., T-291 (Corte Constitucional. 31 de Marzo de 2005).

Corte Constitucional., C-171 (Corte Constitucional. 7 de Marzo de 2012).

Corte Constitucional., SU448 (Corte Constitucional. 22 de Agosto de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral, 2392 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 24 de Abril de 1975).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 21 de Febrero de 1984).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 6258 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 1 de Julio de 1994).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 9435 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 24 de Abril de 1997).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 6 de Septiembre de 2001).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 16062 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 6 de Septiembre de 2001).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 13 de Abril de 2005).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 26598 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 26 de Septiembre de 2006).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral., 29418 (Corte Suprema de Justicia. Sala

ISSN: 1794-1598

de Casacion Laboral. 26 de Enero de 2007).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 22 de Junio de 2009).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Laboral. 20 de Mayo de 2015).

Cortes Morales, M. (2018). El principio de la primacia de la realidad como garante de los derechos laborales de lso trabajadores oficiales. Verba Iuris, 111-127.

De la Torre Cabanellas, G. (1989). Compendio de Derecho Laboral. Tomo I. Buenos Aires: Heliasta.

Escriche, J. (1998). Diccionario razonado de legislacion y jurisprudencia. Tomo I. bOGOTA.: Temis.

Española., R. A. (10 de Septiembre de 2021). RAE. Obtenido de RAE: https://dle.rae.es/subordinaci%C3%B3n

Garce Vásquez, P. A. (2015). Teoria del negocio juridico. . Bogota: Dike.

Gomez Estrada, C. (2008). De los Princiaples Contratos Civiles. Bogota: Temis.

Gonzales Charry, G. (2004). Derecho Laboral Colombiano: Relaciones Individuales. Bogota.: Legis.

Martinez Sanchez, E. (2019). Introduccion a la Simulacion Laboral. Bogota: Ibañez.

Nicoliello, N. (1999). Diccionario del Latin Juridico. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Nieto Rios, W. A., & Buitrago Giraldo, A. (2021). Criterios juridicos para determinar la existencia de la responsabilidad solidaria. Bogota. : Ibañez.

Peña Nossa, L. (2017). Contratos empresariales nacionales e internacionales. Bogota: Eco Ediciones y Universidad del Rosario.

Salazar Chaves, J. G. (2021). La Costumbre Mercantil en Colombia. Bogota: Ibañez.

Tejada Correa, J. G. (2016). Debid proceso y procedimiento disiciplario laboral. Opinion Juridica., 227-248.

Vargas Caro, M. Y. (2010). Derecho Laboral. Manual teorico - practico. . Bogota: Ibañez.

Villegas Arbelaez, J. (2021). Trtado de Derecho del Trabajo y en la funcion publica. Bogota: Ibañez.