

**CONTRATO REALIDAD FRENTE AL CONTRATO DE PRESTACION DE
SERVICIOS EN COLOMBIA. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL 2011 A 2014**

**DIANA MENJURA COD. 41091589
MARTHA VIVIANA GUERRERO COD. 042062161
ANA LUCIA SILVA COD. 41091454
SMELICH ALONSO WITT ACOSTA COD. 41081188**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE FORMACION INVESTIGATIVA DEL CENTRO DE
INVESTIGACIONES SOCIOJURIDICAS
BOGOTÁ D.C. 2014.**

**CONTRATO REALIDAD FRENTE AL CONTRATO DE PRESTACION DE
SERVICIOS EN COLOMBIA. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL 2011 A 2014**

**DIANA MENJURA COD. 41091589
MARTHA VIVIANA GUERRERO COD. 042062161
ANA LUCIA SILVA COD. 41091454
SMELICH ALONSO WITT ACOSTA COD. 41081188**

Monografía para optar al título de abogados

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE FORMACION INVESTIGATIVA DEL CENTRO DE
INVESTIGACIONES SOCIOJURIDICAS
BOGOTÁ D.C. 2014.**

DEDICATORIA

A nuestras familias por su apoyo en la vida estudiantil, por aportar a nuestro derecho fundamental a la educación y por hacer que nuestros estudios profesionales culminaran de manera integral.

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a la Universidad Libre por los conocimientos suministrados por catedráticos de categoría y ética profesional

Agradecemos a nuestro asesor por su calma, enseñanza y comprensión.

Agradecemos a los docentes que a lo largo de su carrera nos marcaron con sus conocimientos profesionales.

NOTA DE ACEPTACIÓN

JURADO 1

JURADO 2

JURADO 3

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
1.1. PROBLEMA JURÍDICO	10
1.2. PREGUNTA INVESTIGATIVA	11
1.3. HIPOTÉISIS	11
1.4. OBJETIVO GENERAL	12
1.5. OBJETIVOS ESPECIFICOS	12
1.6. LINEA INSTITUCIONAL	13
1.7. ESTRATEGIA METODOLÓGICA	13
1.8. DESCRIPCIÓN CONTENIDO POR CAPITULOS	14
1.9. VALOR SOCIAL	15

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO, DEFINICIÓN CONTRATO REALIDAD Y CONTRATO PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1.1. NATURALEZA JURÍDICA CONTRATOS DE TRABAJO	16
1.2. TEORÍAS DE LA NATURALEZA DE CONTRATO	18
1.3. TRABAJO COMO DERECHO FUNDAMENTAL	24
1.4. ETAPAS EN LA HISTORIA DEL TRABAJO (ESCLAVITUD, FEUDALISMO, CAPITALISMO, REVOLUCION INDUSTRIAL, LIBERALISMO)	27
1.5. CARATERISITICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO	34
1.6. PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO	37
1.7. CONTRATO DE PRESTACION SE SERVICIOS	42
1.8. PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL	45

CAPITULO II
ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA PRIMACIA DEL
CONTRATO REALIDAD

2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA	51
2.2. LEYES	56
2.3. JURISPRUDENCIA	57

CAPITULO III
CRITICA Y MECANISMOS PARA QUE PREVALEZCA LA REALIDAD SOBRE
LA SIMULACION A LA FIRMA DE UN CONTRATO DE PRESTACION DE
SERVICIOS

3.1. PRESUNCIONES	64
3.2. PRINCIPIOS DERECHOS ADQUIRIDOS	66
3.3. PODERES DEL JUEZ	68
3.4. SIMULACION EN LA CONTRATACION LABORAL	70
CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFIA	74

INTRODUCCIÓN

El contrato individual de trabajo ha pasado a la transformación en la realidad mostrándose en la formalidad como un negocio por parte del empleador y el empleado por medio de la firma de un contrato de prestación de servicios que no contiene las mismas garantías que un contrato de trabajo.

Por ello se ha dado la evolución de la demostración de la realidad y su primacía para que se garanticen los derechos adquiridos de los trabajadores conforme el derecho laboral colombiano que se refleja en la jurisprudencia creada como un precedente para el reconocimiento de las garantías y principios generales del derecho.

Es importante que se resalte la evolución del contrato de trabajo, la necesidad del mismo y sus características, haciendo una diferenciación con respecto al contrato de prestación de servicios que no contiene el reconocimiento de las prestaciones sociales, no hay necesidad de la subordinación por parte del empleador al trabajador y solo se compromete a realizar una actividad y satisfacer la misma mientras dure.

Pero en la realidad se ha dado que es más fácil para el empleador contratar a un individuo por intermedio de la forma del contrato de prestación de servicios y no reconocer las garantías que un contrato individual de trabajo contiene, tales son las prestaciones sociales conforme a la ley y la estabilidad laboral que pretende cada individuo para satisfacer el mínimo vital.

El contrato de trabajo tiene unas etapas en la historia donde a partir de su evolución se han reconocido diferentes derechos y garantías, las cuales son inherentes al individuo con la prestación de una fuerza de trabajo.

El individuo a través de la prestación de un servicio, ya sea profesional, técnico, etc., se debe reconocer un pago para lograr la manutención de sí mismo y de su familia, obteniendo a su vez el respeto de los derechos constitucionales a la dignidad humana, el mínimo vital, el derecho al trabajo en condiciones dignas.

La importancia de este estudio es el reflejo de un principio que deriva de la realidad de las situaciones de las personas que debe ser reconocido a partir de unos requisitos que derivan del contrato de trabajo y que priman sobre la firma de un contrato de prestación de servicios para evitar el pago de prestaciones que son de obligación del empleador.

La presente investigación será de carácter teórica, pues se partirá de los principios generales del derecho, los principios rectores del derecho laboral, y el análisis de la normatividad y jurisprudencia existente que reconoce los derechos adquiridos de los trabajadores en Colombia.

Se tendrán en cuenta aspectos históricos, sociales y jurídicos, teniendo en cuenta el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores y las sanciones a los que han logrado vulnerar las garantías de los mismos, evadiendo las obligaciones que derivan de un contrato que puede identificarse laboral individual y no un contrato de prestación de servicios que no reconoce las garantías que derivan de la relación de un contrato de trabajo.

Para establecer la gran diferencia de estos contratos y la importancia de la primacía de la realidad en el derecho laboral conforme los derechos adquiridos por intermedio de una relación laboral y la prestación de un servicio en determinadas condiciones, es necesario la observación de cada uno de los conceptos a continuación.

1.1. PROBLEMA JURÍDICO

La necesidad o deficiencia social se ha notado en el comportamiento irresponsable de los empleadores al contratar a los individuos por medio de contratos de prestación de servicios, pero siguiendo realmente las características de un contrato individual del trabajo para desconocer las garantías que derivan del mismo, como las prestaciones sociales, derecho a una indemnización, estabilidad laboral, etc.

En la actualidad por la necesidad de alcanzar el mínimo vital en la sociedad que sufre de altos índices de pobreza y desempleo, se acepta la contratación por medio de la figura de prestación de servicios siendo subordinados, trabajando con un horario de más de ocho horas diarias, realizando actividades que no están determinadas por medio del contrato y ganando un salario de un mínimo, teniendo que soportar la carga de afiliarse a un sistema de salud y pensiones por su propio costo para tener algún sustento en la vida diaria, sin que se reconozca el derecho a un trabajo digno.

Las características reales por las cuales se firma un contrato de prestación de servicios conforme la presunción de la realidad es un contrato de trabajo, donde debe reconocerse por parte del empleador prestaciones sociales y demás garantías que se derivan del mismo, sin que el trabajador adicional a cumplir con un horario y ser subordinado debe también asumir las obligaciones que por ley son impuestas al empleador.

Este es un problema que se suscita a diario en la sociedad, que debe ser probado y demandable ante el competente para que se reconozca realmente las condiciones de trabajo en las que se encuentra el trabajador y las obligaciones que se derivan del contrato de que debe asumir el empleador, las sanciones a las

que se hace acreedor por no reconocer los derechos adquiridos que se derivan de la primacía de la realidad.

1.2. PREGUNTA INVESTIGATIVA

¿Cuál ha sido el tratamiento jurisprudencia para el reconocimiento del contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia en los años 2011 a 2014?

1.3. HIPOTÉISIS

Para la Corte Constitucional es fundamental el reconocimiento de los derechos que han sido adquiridos dentro de una relación laboral, superando los aspectos técnicos de los contratos y más bien observar el principio de supremacía de la realidad y el reconocimiento de los derechos de los trabajadores sin vulnerar los requisitos constitucionales en los mismos, como el acceso a la seguridad social y el pago de las prestaciones sociales adeudadas.

La supremacía de la realidad se ha reconocido mediante el precedente de la Corte Constitucional, entendiendo que los contratos de prestación de servicios se deben adecuar a sus características y que el contrato de trabajo tiene tres requisitos esenciales una remuneración, un horario establecido de trabajo que muchas veces supera las ocho horas y la relación de patrono y trabajador de supervisión constante.

Por ello es importante dar a conocer los derechos a un trabajo digno y derechos adquiridos que deben ser reconocidas por el empleador por el principio de supremacía de la realidad, probando en realidad que se está inmerso en un contrato de trabajo y no un contrato de prestación de servicios, donde se fijen mecanismo para su reconocimiento por parte del juez competente y prime la

verdad frente al formalismo o tecnicismo que es aprovechado por algunos empleadores en Colombia.

Se pretende demostrar por medio del análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, en los años 2011 a 2014, los hechos que han sido demandados y los criterios que el juez competente observa para el reconocimiento de un contrato de trabajo y las garantías que derivan del mismo, los medios probatorios que deben tenerse en cuenta y derechos adquiridos por el beneficiario.

1.4. OBJETIVO GENERAL

Analizar el tratamiento jurisprudencial para el reconocimiento del contrato realidad, frente al contrato de prestación de servicios en Colombia en los años 2011 a 2014.

1.5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar las características del contrato de trabajo y su aparición en la historia
- Diferenciar el contrato de trabajo individual con el contrato de prestación de servicios
- Examinar que mecanismos pueden ser utilizados para comprobar el principio de primacía de la realidad frente a la simulación en la contratación laboral
- Observar el precedente constitucional en lo referente al principio de supremacía de la realidad

1.6. LINEA INSTITUCIONAL

Investigaciones socio jurídicas, a cargo del docente catedrático Francisco Ostau de Lafont, Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas; Doctor en Derecho, encargado del estudio e investigaciones del Impacto de los Convenios de la OIT en la Legislación Laboral Colombiana.¹

1.7. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

El método que será tenido en cuenta es el teórico de inducción – deducción, determinando los derechos que han sido afectados con el desconocimiento del contrato individual de trabajo por medio de la firma de un contrato de prestación de servicios, el desconocimiento por parte del empleador de los derechos adquiridos que en la práctica laboral deben ser reconocidos por el mismo, con el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional que se relaciona con el tema objeto de estudio.

“La inducción la podemos definir como una forma de razonamiento por medio de la cual se pasa del conocimiento de casos particulares a un conocimiento más general, que refleja lo que hay en común en los fenómenos individuales.

(...)

La deducción es una forma de razonamiento, mediante la cual se pasa de un conocimiento general a otro de menor nivel de generalidad.”²

- Reconocimiento del principio de supremacía de la realidad frente al contrato de prestación de servicios.

¹ Universidad Libre de Colombia. Centro de investigaciones. Líneas de investigación. [Http://www.unilibre.edu.co/centroinvestigaciones/images/stories/pdfs/2014/lineas2014.pdf](http://www.unilibre.edu.co/centroinvestigaciones/images/stories/pdfs/2014/lineas2014.pdf)

² Universidad Libre de Colombia. Josué Otto de Quesada Varona. Guía 1. Aplicación del método teórico de inducción – deducción. Pág. 72.

- Reconocimiento de los derechos adquiridos del trabajador por medio de la demanda ante el juez competente y la sanción del empleador que desconoce las garantías laborales.
- Diferenciación de un contrato de trabajo individual y un contrato de prestación de servicios.

El enfoque será el cualitativo “se selecciona en busca de comprender la perspectiva de los participantes (individuos o grupos pequeños de personas a los que se investigará) acerca de los fenómenos que los rodean, profundizar en sus experiencias, perspectivas, opiniones y significados, es decir, la forma en que los participantes perciben subjetivamente su realidad. También es recomendable seleccionar el enfoque cualitativo cuando el tema del estudio ha sido poco explorado, o no se ha hecho investigación al respecto en algún grupo social específico. El proceso cualitativo inicia con la idea de investigación”³

1.8. DESCRIPCIÓN CONTENIDO POR CAPITULOS

Esta monografía de grado contendrá como primer capítulo un análisis historio del contrato de trabajo, sus características, elementos teorías del surgimiento y reconocimiento de derechos de los trabajadores, el principio de supremacía de la realidad y las características del contrato de prestación de servicios.

En el segundo capítulo se analizará la normatividad existente, jurisprudencia sobre la supremacía de la realidad frente al contrato de prestación de servicios y en el tercer capítulo se llevara a cabo una crítica e identificación de mecanismos para que prevalezca la realidad sobre la simulación a la firma de un contrato de prestación de servicios

³ Ibíd.

1.9. VALOR SOCIAL

El valor social identificable en el presente trabajo de investigación es la garantía de los derechos de los trabajadores, que deben ser garantizados por medio de un contrato de trabajo e impedir que se dejen manipular por la necesidad en la contratación.

El conocimiento de la ley que prevalece y se somete a principios constitucionales que prevalecen sobre otra regulación, es carácter importante para la sociedad en especial el sector trabajador.

El derecho a un trabajo digno, el respeto a la dignidad humana, mínimo vital y el respeto de los principios rectores del derecho laboral y generales del derecho, hacen que se desarrolle el tema objeto de estudio.

CAPÍTULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO, DEFINICIÓN CONTRATO REALIDAD Y CONTRATO PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1.1. NATURALEZA JURÍDICA CONTRATOS DE TRABAJO

El trabajo se ha definido como una forma de conseguir el sustento individual o familiar en la sociedad que sirve para su convivencia y tener una mejor calidad vida, se a través del intercambio de servicios por un monto o suma de dinero.

La naturaleza se conoce por el acuerdo de dos personas que tiene intereses distintos para el ejercicio de su profesión, o técnica o simplemente el desarrollo de una tarea que imponga el uno al otro, para recibir una prestación.

Según se conoce, el contrato como tal, es decir el concierto de dos o más personas con intereses distintos para crear, modificar o extinguir una relación jurídica, es la fuente más rica del derecho y de las obligaciones, y el de trabajo, representa el más utilizado y frecuente de todos los contratos porque según expresión de Cabanellas “es el que permite vivir a la gran mayoría de los hombres”. Constituye además, fuente importante de las obligaciones, como el cuasicontrato, el delito y la ley, según lo tiene concebido el artículo 1494 del Código Civil colombiano.⁴

En la antigüedad se le denominaba un intercambio de servicios, para beneficiarse el uno del otro según el interés que tuvieran, lo hacían como una obligación con el que tenía un poder y recaía en contra de otro.

La palabra obligación surge sin reconocer ningún derecho a quien ejercía una fuerza por conseguir alimento o un sustento mínimo, surgía la necesidad de hacer

⁴ LOPEZ. Fajardo Alberto. Elementos de derecho del trabajo. Librería ediciones del profesional Ltda. Cuarta edición. 2010.

para recibir un beneficio por mínimo que fuera para sustento de la familia y el individuo.

Para empezar, hay que decir que la expresión contrato de trabajo no figuraba en los códigos civiles del siglo XIX, pues tal como se vio en párrafos anteriores, ellos legislaron sobre la “locación de servicio”. Esta noción fue inicialmente adoptada en Francia donde figuró por primera vez en la Ley de 1901 incorporada a su Código del Trabajo.⁵

La aparición del Código Civil, donde se regulaban todos los negocios jurídicos dio lugar al positivismo de relaciones que surgían del comercio y del trabajo del hombre, siendo una fuente principal en el derecho laboral, y siendo precedente como código de trabajo.

La figura arcaica del arrendamiento de servicios, conquistó su autonomía hasta convertirse en el contrato de trabajo y civilistas connotados como Josserand y Planiol aceptan la transformación jurídica del arrendamiento de servicios o arrendamiento de trabajo por la figura propia asimilada por el derecho moderno que por sus caracteres y contenido toma cierta independencia frente a los contratos comunes regulados por los códigos civiles.

Para el jurista De la Cueva las relaciones de trabajo se concibieron como una forma del contrato de arrendamiento, como lo habían proclamado los jurisconsultos romanos, “una de tantas distinciones diabólicas- sostiene- estableció que en las relaciones de trabajo, la cosa arrendada no era la persona humana como tal, sino su energía de trabajo; así se salvaban teóricamente la libertad y la dignidad del hombre para que su energía de trabajo quedara regulada por las normas que regían los contratos.”⁶

Era la fuerza del trabajo la que se regulo desde entonces, sin tener en cuenta principios generales del Estado Social de Derecho donde se reconocen derecho fundamentales que están inmersos en las relaciones laborales, tales son, la dignidad, la libertad, el derecho propio a reclamar lo que merecía por el intercambio de servicios.

⁵ Ibíd. Pág. 107.

⁶ Ibíd. Pág. 107.

1.2. TEORÍAS DE LA NATURALEZA DE CONTRATO

Se clasifican en civilistas y autónomas según el doctrinario Alberto López Fajardo:

CIVILISTAS	AUTONOMAS
ARRENDAMIENTO	CONTRATO DE TRABAJO COMO CONTRATO AUTÓNOMO.
<p>El jurista francés Planiol en su obra Tratado Elemental de Derecho Civil sostiene que hay una gran confusión respecto del nombre que se debe aplicar a este contrato y lo sustituyó por el de arrendamiento de trabajo, es un arrendamiento pues la cosa arrendada es la fuerza de trabajo que reside en cada persona que puede ser utilizada por otra como la de una máquina de un caballo. Esa fuerza puede ser dada en arrendamiento y entre el que presta el servicio y el que lo retribuye se concreta un contrato de arrendamiento en el que el objeto arrendado es la energía del obrero⁷.</p> <p>En la edad media se conocía como locatio y existían tres situaciones el arrendamiento de cosas, el arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios.</p> <p>Mientras el trabajador fue un esclavo u el liberto (a quien se aplica la manumissio por voluntad del señor o dueño o dominus; o por disposición de la ley o del Estado) conduce a la pérdida de sentido de la locatio rei. La locatio conductio operis era un contrato en</p>	<p>No es posible, por lo analizado, encuadrar técnicamente el contrato de trabajo en alguno de los contratos calificados por el Derecho Civil ya vistos, luego de considerar que el trabajo posee existencia per se, es decir, sui generis.</p> <p>El profesor Mariano R. Tissembaum, citado en la obra de Cabanellas, sostiene refiriéndose al contrato de trabajo, “se trata de una figura propia autónoma, que no es similar a las figuras clásicas del Derecho Civil”.</p> <p>En acertada cita, el autor Cabanellas sostiene que “el contrato de trabajo, nacido de distintos ideales, sociales y jurídicos, integra una figura que no encaja dentro de los moldes de los contratos tradicionales”, agregando que el contrato cuyo contenido es la prestación de un servicio subordinado de carácter económico, que requiere un esfuerzo físico, muscular e intelectual, “representa algo más que la compraventa, que la sociedad, que el arrendamiento o el mandato.</p> <p>Alejandro Gallart Folch participa de la idea de</p>

⁷ LOPEZ. Fajardo Alberto. Elementos de derecho del trabajo. Librería ediciones del profesional Ltda. Cuarta edición. 2010. Pág. 108.

virtud del cual una persona se comprometía a ejecutar una obra por precio total, asumiendo el riesgo derivado de dicha ejecución. Es indiferente que quien se compromete a realizar la obra lo haga o no personalmente. Su única obligación reside en la entrega de la obra terminada, al margen de que para ello haya seguido las instrucciones del locator. Lo que sí era exigible es que los materiales sean suministrados por quien encarga la obra.⁸

En el derecho Romano se denominaba arrendamiento de servicios que fue acogida por el código de Napoleon en el año de 1804, en el artículo 1710 definió el arrendamiento como "el contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer una cosa por cuenta de la otra, mediante un precio convenido entre ellas, noción que es equivalente a la locatio conductio operatu de los romanos."⁹

En 1873 en Colombia el Código Civil colombiano, definió "el contrato de trabajo al de arrendamiento, y consagrando en estas breves disposiciones el "arrendamiento de criados domésticos", "el arrendamiento para la confección de una obra material" y el "arrendamiento de servicios inmateriales"¹⁰.

Doctrina Laboral Española, va en contra de la anteriores definiciones de del contrato de trabajo como arrendamiento:

- La actividad es inseparable del hombre que la realiza y en consecuencia no cabe arrendar dicha actividad sin que

que se trata de un contrato sui generis, incluido en la categoría Facio ut des respecto del trabajador, y do ut facis respecto del patrono, y sostiene: "Esta caracterización es patente en sus elementos subjetivos, pues los sujetos de la relación han de ser precisamente patronos y trabajadores, en la causa del contrato, que para el obrero es obtener una remuneración con qué atender a sus necesidades vitales y las de su familia, y para el patrono, conseguir la aportación a la obra productora de la energía y fuerza física del trabajador, pero previa renuncia por éste a la participación que pudiera corresponderle en la propiedad del objeto producido; en la jerarquía que establece, pues, en el contrato de trabajo existe siempre una relación de dependencia o de disciplina en la labor, que es lo que ha hecho hablar a algunos escritores alemanes del elemento señorial de este contrato; en tal forma, lo que ha determinado a unos a calificarlo de contrato de adhesión, y a otros, como Scelle, les ha llevado al exagerado extremo de afirmar que en la mayor parte de los casos no había fenómeno contractual, sino, simplemente, la aplicación del estatuto jurídico contenido en las convenciones- leyes.-".

En consecuencia, para llegar a determinar su naturaleza jurídica se requiere diferenciar los elementos peculiares que lo integran e identifican, independientemente de sus analogías y semejanzas con otros contratos o figuras jurídicas similares dentro de la

⁸ Ibíd. Pág. 109.

⁹ Ibíd. Pág. 110.

¹⁰ Ibíd. Pág. 110.

<p>implícitamente quede afectado el individuo.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El arrendamiento conlleva el uso y disfrute de lo arrendado, pero la prestación que el contrato de trabajo supone se desarrolla a medida que transcurre el tiempo y son más amplios los efectos que de él se derivan. • El objeto del vínculo es diferente en uno y otro contrato: en el arrendamiento su fin inmediato se logra confiriendo la concesión de la cosa y absteniéndose el otro de realizar actos que puedan impedirlos u obstaculizarlos; en el contrato de trabajo, por el contrario su fin se hace posible en cuanto el concedente emplea personalmente las propias energías en el sentido querido por el que las utiliza. • En el arrendamiento la propiedad de lo arrendado no se transfiere; en el contrato de trabajo los productos o resultados de la actividad del trabajador pasan a ser propiedad del empresario.¹¹ 	<p>evolución general que el derecho del trabajo ha experimentado, convirtiéndose en un contrato nominado, distinto de los otros característicos del Derecho Civil como el arrendamiento, la sociedad, el mandato, etc. Sin perder la naturaleza jurídica de un contrato propio del derecho privado, tal como lo sostienen la mayoría de los autores juslaboralistas.</p> <p>A pesar de lo anterior y la invocación autonómica del contrato de trabajo, algunos autores le señalan unas características sociológicas diferentes, según se desprende de la siguiente afirmación del laboralista argentino Rodolfo A. Napoli, cuando expresa: “ el contrato de trabajo no nace por generación espontánea, sino más bien como una reacción contra el pasado histórico y determinado por una serie de circunstancias diversas, sentando la premisa- acorde con la experiencia amarga y áspera de la vida laboral cotidiana- de que uno de los contratantes- el trabajador- si bien es racionalmente libre, no se manifiesta sin embargo, por propio impulso a la hora del acuerdo, sino que lo hace acuciado por sus permanente estado de necesidad”.</p>
COMPRAVENTA	
<p>Es prohijada por los economistas clásicos (Adam Smith, Thomas Robert Malthus, David Ricardo, Stuart Mil y Jeremías Bentham), quienes ven en el trabajo una mercancía sujeta a la ley de la oferta y la demanda. Algunos juristas sostienen que el patrono compra al</p>	

¹¹ Ibíd. Pág. 110

trabajador el esfuerzo muscular o intelectual necesarios para el cumplimiento de una tarea determinada, mediante un precio.

Autores connotados sostienen la tesis anterior, pero fue Francesco Carnelutti, eximio procesalista italiano, quien manifestó que el objeto de la prestación de carácter laboral no es otro que la energía física o psíquica suministrada por el trabajador. Este no conserva su fuerza de trabajo, pues lo que le queda es únicamente la fuente de su energía, su cuerpo mismo, la energía sale de él y no entra más. Comparó el objeto del contrato con el suministro de energía eléctrica y llegó a la conclusión de que se asimilaban estas dos nociones. Así como lo que se vende no es la fuente de la energía sino la energía misma, del mismo modo en el contrato de trabajo no es la persona humana la que se vende o se contrata, sino su energía, su esfuerzo, anotaba el mencionado autor.

Encontramos en Cabanellas, la esencia del pensamiento de Carnelutti, en las siguientes palabras.” El dar consta de dos elementos: la prestación y su objeto, y lo mismo ocurre con el hacer sólo que por defecto en el análisis, de ordinario se confunden, por absorberse el objeto de la prestación. El vendedor, cuando da, se apresta a hacer, pues deja que la cosa sea tomada por el comprador, de la misma manera, el trabajador cuando hace, se dispone a dejar que su energía sea utilizada por el patrono. Aunque aquí, una es la prestación y otro su objeto, y si éste- el objeto o es el hombre, no puede ser sino una cosa”.

SOCIEDAD	
<p>Se ha querido identificar o comparar el contrato de trabajo con el concepto de empresa, entendida como una conjunción de intereses de capital y de trabajo, que lleve a sus defensores a sostener que en el fondo el contrato de trabajo no es otra cosa que un contrato de sociedad. Quienes sostuvieron esta tesis defendieron la idea de que una de las partes lleva su capital y su industria, y la otra aporta su fuerza, su habilidad su trabajo y entre las dos se reparten los beneficios. Las dos partes, en condiciones de igualdad, ponen cada uno lo suyo para producir utilidades económicas distribuidas por partes iguales o en proporción a la parte que cada uno ha puesto en la producción.</p> <p>Comparan la colaboración que prestan los trabajadores en el funcionamiento y la vida de la empresa, con lo que en el derecho comercial se denomina la <i>afectio societatis</i> o ánimo de trabajar en común para fines comunes. Pero el trabajador o colaborador no puede catalogarse como un socio de la empresa. El trabajador igualmente sólo puede participar de las utilidades o ganancias de la misma, pero no de sus pérdidas según la legislación tradicional.</p> <p>Para el profesor De la Cueva, los defensores de la tesis del contrato de sociedad, más que una explicación jurídica del contrato de trabajo, se trata de una explicación económica del fenómeno de la producción. “El contrato de trabajo, sostuvo, no puede ser nunca asimilado a un contrato de sociedad, pues en éste las</p>	

<p>partes tienen intereses similares y participan en las ganancias o en las pérdidas según la proporción establecida; en el contrato de trabajo, el trabajador tiene un interés particular, el de percibir la remuneración convenida, independientemente del estado económico o financiero de la empresa, sin participar en sus 'pérdidas'".</p> <p>El art. 2079 del Código Civil colombiano, define el contrato de sociedad como un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.</p>	
MANDATO.	
<p>Se basa en la creencia expuesta en la legislación francesa, tomada del Derecho Romano, de que el mandato podía ser gratuito, y podía ser remunerado y entonces se identificaba con el arrendamiento de servicios. Nuestro Código Civil define el contrato de mandato afirmando que es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.</p> <p>Según Babanellas, se estima que, cuando el trabajador actúa por el patrono en las relaciones de éste con terceros, existe una representación de hecho, a la cual se agrega la responsabilidad que asume el patrono por las tareas de los trabajadores a su servicio, especialmente de sus dependientes o factores de comercio".</p> <p>Los autores sólo tuvieron en cuenta el factor de</p>	

la remuneración y el de la gratuidad descuidando otros igualmente importantes que marcan la enorme diferencia existente entre los dos contratos, entre ellos el comentado por el autor en cita, como es el de la representación, ajena totalmente al contrato de trabajo.

Hoy la teoría no cuenta con defensores ante la disimilitud de fondo de las dos instituciones.

Hay que decir que, a diferencia del derecho romano, en el derecho civil actual el mandato sólo existe para la ejecución de actos jurídicos.

Fuente. Elaboración propia. Información recopilada de LOPEZ. Fajardo Alberto. Elementos de derecho del trabajo. Librería ediciones del profesional Ltda. Cuarta edición. 2010.

1.3. TRABAJO COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

El trabajo es un derecho fundamental que es reconocido a nivel mundial, en la Declaración Universal de los Derechos humanos, es un derecho también reconocido en la Constitución Política de Colombia de 1991:

El trabajo es, entonces, un valor del ser humano, del individuo, con la característica de ser un valor fundamental. De esta manera, debe conceptuarse que todas las constituciones reafirman la existencia del Estado, con base en el trabajo; y la Constitución Política colombiana confirma el principio de que Colombia es un Estado social de derecho, fundada en el trabajo, ideas que refieren lo que se ha venido llamando la constitucionalización del Derecho del Trabajo. Lo tiene además consagrado, como valor y principio fundamental, soporte institucional de muchos otros derechos personales que del trabajo dependen; alcanzando su regulación en las normas superiores como modelo de producción de bienes y servicios.

Toda idea de Estado está fundada en el derecho al trabajo, al desarrollo de las Naciones, a la cultura, educación, pero en realidad si en Colombia se ejecutara la garantía del derecho fundamental no se estaría hablando de tasas o nivel de desempleo.

Lo que importa es el reconocimiento por parte del Estado del derecho al trabajo y las garantías que tiene el mismo, por ello en los estrados judiciales a través de la acción de tutela se demanda el mínimo vital y móvil, el derecho a un trabajo digno y al desarrollo de una profesión libre.

EL profesor Mariano R. Tissembaum, recogiendo una idea laboralista expresa que la extensión de los derechos individuales en el seno social no se limita a las solas relaciones recíprocas del trabajo y del capital, del trabajo y de la propiedad, del trabajo y del patrono, sino que engloban la totalidad de la vida social, por así decir todo el conjunto de las relaciones sociales. De esta forma los derechos y garantías individuales con relación al trabajo se hacen también derechos y garantías sociales en cuanto la actividad laboral se halla ligada íntimamente a la actividad económica y social de los pueblos.¹²

Importante anotación, cuando expresa que el derecho laboral no regula las relaciones del patrono y trabajador, sino todos los aspectos sociales en el territorio, ligada al desarrollo de la actividad económica de la sociedad que genera resultados positivos al Estado.

Sin olvidar que de conformidad con los conceptos de especialistas, en los diferentes períodos históricos del trabajo, han coexistido la “degradación” y el “progreso” como características en su evolución, siempre pasando desde una concepción indigna o inhumana hacia una condición más humana en su tratamiento y de un estado inferior hacia un estado superior. Del estado de

¹² MONERO. Pérez José Luis. Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia 1996. Pág. 31.

subestimación como actividad profesional humana hasta la extensión de la jerarquía, el trabajo ha ido señalando escalas, etapas y valores de un derecho que se confunde con los derechos esenciales de la vida humana.¹³

Rodo concepto de trabajo trae una necesidad vital para la humanidad, se observa al individuo y a las personas que lo rodean, la necesidad de adquirir cosas o bienes para conseguir una mejor calidad de vida, son todos estos aquellos aspectos que encierra la vida laboral.

Toda actividad laboral proviene del cerebro o de una actividad física o simultánea, que permite la creación de nuevos productos o invenciones que pueden ser patentadas, pero que a través de ellas se ejerce una actividad laboral de la cual se benefician dos partes principales.

Según afirma Nikitin” Con la confección de los instrumentos de trabajo comenzó el trabajo del hombre. Con la confección de los más sencillos instrumentos de trabajo surgió la necesidad de relacionarse con los demás hombres en el proceso de la actividad laboral. El trabajo creó al propio hombre. Merced al trabajo apareció y comenzó a desarrollarse la sociedad humana. En la lucha contra la naturaleza tuvo mucha importancia el descubrimiento del fuego, que permitió variar los alimentos del hombre primitivo. El invento del arco y la flecha constituyó una nueva época en el desarrollo de las fuerzas productivas del hombre primitivo. Gracias a ello los hombres pudieron dedicarse a la caza de animales, a la alimentación se sumó la carne de las fieras cazadas. El desarrollo de la caza dio lugar al surgimiento de la ganadería primitiva. Los cazadores comenzaron a domesticar animales¹⁴.

¹³ MARITAIN. Jacques. Los derechos del hombre. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1943. Pág. 130.

¹⁴ NIKITIN, P. económica Política. Ediciones nacionales. Bogotá. 1959. Pág. 19.

1.4. ETAPAS EN LA HISTORIA DEL TRABAJO (ESCLAVITUD, SERVIDUMBRE, FEUDALISMO, ARTESANO, CAPITALISMO, REVOLUCION INDUSTRIAL, LIBERALISMO).

Esclavitud: en esta etapa los pueblos empiezan a organizarse por naciones, a apropiarse de territorio para su explotación, al igual que de las personas, de la fuerza física del hombre, mujeres y niños.

Es la edad de la historia que ha sido en sus inicios la más cruel, donde no se había reconocido derechos a los individuos, donde agotaban todo su esfuerzo por un pan y bebida para sí mismos o para su familia.

En el esclavismo empiezan a surgir comunidades políticas, comunidades que manejan el poder sobre la propiedad, es la manera de explotar al hombre en todos los pueblos.

“El tránsito de la sociedad primitiva al esclavismo tiene por base el crecimiento de las fuerzas productivas, el desarrollo de la división social del trabajo y el cambio: en la sociedad primitiva predominaban los instrumentos de piedra, mientras que en la del régimen esclavista, al conocerse la fundición del hierro, pasaron a predominar los instrumentos de este metal que ayudaron a ampliar el marco de la actividad laboral del hombre”¹⁵

Es el primer estadio de la evolución de la palabra trabajo, que significaba un modo de presión y subordinación del individuo por medio de la fuerza, el maltrato y la tortura, el esclavo era un prisionero de guerra, no era contratado voluntariamente, ni asalariado, era una actividad indigna, donde no había respeto por el ser humano y mucho menos de la clase baja.

La esclavitud fue una forma de guerra hacia el ser humano para protegerse de los que querían defender algún territorio de su propiedad, el esclavo no tenía ningún

¹⁵ Ibíd. Pág. 22

valor para nadie, se apreciaba más muerto, sino cumplía con su función la sentencia era la extinción de la vida.

El esclavo, prisionero de guerra, era una “cosa” y era propiedad de su amo o “dominus”, con plena potestad para ejercer la usucapión, el *lus utendi*, el *lus fruendi* y el *lus abutendi*. Dos clases de esclavos existieron entonces; a) los *servi publici* y b) Los *servi poenae*, si pertenecían al pueblo romano o a los particulares quienes gozaban del privilegio de ser propietarios y disponer por testamento de la mitad de sus bienes. Los *servi poenae*, eran esclavos sin dueño, que quedaban bajo la condición ordinaria de esclavos. No podían mezclarse en la vida civil y no tenían ni *peculio* ni posibilidad de ser libertados, según *petit*.¹⁶

- **Servidumbre**

En este tiempo la persona debía trabajar la tierra, sin que tuviera lugar a la propiedad de la misma, debía trabajarla para el imperio y pagar impuestos al mismo.

Entre el esclavo y el hombre libre existió un estado intermedio denominado “siervo de la gleba” que adquirió singular importancia en la Roma Imperial. El siervo era, jurídicamente, un “ser adscripto a la tierra” donde debía trabajar, pero no tenía derecho a poseerla, aunque el dueño de la tierra no podía separarlo de ella ni venderlo personalmente. Solo existían “restricciones” a la libertad, limitaciones concretas, sobre todo de realizar determinadas tareas en beneficio del dueño de la tierra¹⁷.

El dueño de la tierra ejercía plena libertad de los derechos de las personas que la trabajaban, todo era propiedad del imperio hasta el ser humano que enriquecía al rey sin beneficiarse el mismo.

¹⁶ Evolución Histórica del Trabajo. Pág. 7.

¹⁷ SCHULZ. Fritz. Derecho Romano Clásico. Boshc. Ed. Barcelona. 1960. Pág. 80.

Hay quienes confunden este sistema con el Imperio Romano de Occidente y se extendió sobre todo el Imperio Bizantino o de Oriente. El colono solo estaba obligado a pagar un “canon” ya fuera al Estado o al propietario de la tierra o entregar un porcentaje de lo producido, llamado “diezmo”. Tienen los dos sistemas (servidumbre y colonato) las siguientes características: a) Los siervos o colonos fueron considerados como “persona humana” que gozaba de derechos y b) Que este sistema se aplicó solamente en el campo y para las tareas rurales.¹⁸

- **El Feudalismo**

En el feudalismo también se trabajaba la tierra, el trabajador ejercía ciertos derechos de propiedad sobre la misma, también aportando impuestos al imperio, pero donde sus derechos no eran tan restringidos como en las etapas anteriores.

De la tierra sacaban el sustento para su familia, ofreciendo novedosos productos y compitiendo con otros países, generando beneficios a la Nación, debido a esto, los dueños de la tierra y los que la trabajaban la defendían revelándose al imperio.

Al mismo tiempo y en crisis el imperio romano (siglo V), los territorios de los ciudadanos más importantes fueron administrados bajo el mando de sus propietarios que las defendieron soberanamente para mantener su dominio territorial y su independencia de gobierno. Dentro de la era medieval y hasta el siglo XVII en Inglaterra, hasta el siglo XVIII en Francia y hasta la abolición de la servidumbre en 1861 en Rusia, aparecieron entonces los señores feudales que eran los detentadores de la propiedad y la tierra, y tenían bajo su dominio a unos señores denominados vasallos y siervos de la gleba, relación que se sostuvo por la necesidad de los siervos de mantener el goce y uso de los fundos o propiedades por parte de sus dueños, situación que comprendía no sólo el reconocimiento del estado de las personas hasta la libertad de disposición de cierta cantidad de productos para el consumo del ciervo de la gleba y su familia y la de desplazarse dentro de la propia colonia.¹⁹

¹⁸ BECERRA. Toro Rodrigo. El contrato individual de trabajo. Ed. Temis. Bogotá. 1983. Pág. 11

¹⁹ Ibíd. Pág. 26

En esta etapa se diferenciaban dos clases el dueño de la tierra “señor feudal” y el que la trabajaba “siervos o vasallos”, dependiendo el uno del otro y yendo en contra de toda ideología del gobierno que manipulaba la producción de sus bienes, pero aprovechándose del trabajo de los campesinos ofreciendo lo mínimo para su sustento.

Precisa el historiador Nikitin que “El tiempo de trabajo del campesino siervo se dividía en dos partes: necesario y adicional. Durante el tiempo de trabajo necesario, el campesino creaba el producto indispensable para su propia existencia y la de su familia.²⁰

En ningún momento se reconoció justamente el trabajo del hombre, no existían garantías laborales, la producción de nuevos productos era lo importante para el señor feudal, que al igual cobraba por el uso de su tierra.

Durante el tiempo de trabajo adicional creaba el plusproducto, del que se apropiaba el señor feudal en forma de renta del suelo (renta en trabajo, renta en especie y minera). La explotación de los campesinos por los señores feudales bajo la forma de renta del suelo constituyó el rasgo fundamental del feudalismo en la historia de todos los pueblos”.

- **El artesano y el taller medieval**

Producción de productos innovadores y artesanales que se exportaban a otros países cubriendo necesidades para las Naciones, el trabajo manual y la creación de máquinas que ayudaran a la producción fue innovadora.

De la misma forma los siervos de la gleba y colonos, se dedicaron a un variado tipo de ocupaciones manuales dentro de lo que se denominó posteriormente el colegio de artesanos o el taller medieval, dando paso a productores particulares con posibilidades de gobierno y a la regulación

²⁰ Ibíd. Pág. 13

de la producción; con características de libertad y preparación para los oficios, perfeccionando sus conocimientos y obteniendo beneficios económicos. La clásica distinción entre maestros, compañeros y aprendices, produjo igualmente la división de estamentos o categorías de trabajadores en el taller medieval, clasificación que distinguía al director del taller o patrono, propietario de útiles y herramientas; su colaborador inmediato que constituía lo que hoy llamamos trabajadores asalariados, que recibían un salario y trabajaban libremente y sin riesgo; y discípulo que recibía las órdenes del maestro y obtenía conocimientos generales de algún oficio, a cambio del aprendizaje.²¹

Se abrió campo a la enseñanza y aprendizaje para la producción de productos, en este caso se creó el trabajo de aprendiz que debía desarrollarlo en un tiempo determinado, y aparecía el maestro que era el que ofrecía su conocimiento para la creación en masa de bienes y servicios.

Según expresión del laboralista español Alberto José Carro Igelmo “en el sistema tripartito de modelo francés, compuesto por aprendiz, oficial y maestro, se ingresaba de aprendiz, pasando automáticamente a oficial con el transcurso del plazo fijado por las ordenanzas gremiales, durante el período en que se desarrollaba la relación de carácter mixto, personal y laboral, que el sistema significaba”.

- **El sistema capitalista**

Este sistema ha sido el más innovador e importante para el hombre se manejan los negocios de manera descentralizada por el Estado, desapareciendo la figura de artesanos.

El proceso económico se centra en la producción. Se toma en cuenta la capacidad del hombre como consumidor, se le desecha su dignidad. La utilidad y el provecho actúan como únicos estímulos de la actividad humana.²²

²¹ CARRO. Igelmo Alberto. Historia social del trabajo. Bosch Ed. Barcelona pág. 35.

²² Ibíd. Pág. 25.

La preocupación estaba concentrada en la economía de los países, pero no de las garantías que debían obtener los trabajadores, la producción era en masa, no se respetaban horarios, no se pagaba conforme a lo que se producía.

Comienzan a operarse distintas formas de concentración: a) La concentración de población, la atracción de las grandes ciudades, la migración hacia los centros urbanos, con una paulatina despoblación del campo. b) La Concentración industrial, desapareciendo los pequeños talleres artesanales y la aparición de “establecimientos” no dirigidos por maestros sino por representantes del Estado o por aportadores de capital económico que prevalecen sobre el trabajo. La nueva concepción de la vida considera fundamental lo económico, en cuyo campo se produce un gran desarrollo.²³

- **La revolución industrial**

Como su nombre lo indica la importancia fue por la creación de máquinas para la producción de productos, reemplazando el trabajo del hombre, para conseguir más beneficios por parte del empleador y del gobierno.

La revolución industrial se aplica sobre todo en Gran Bretaña para designar el período histórico y económico comprendido entre 1760 y 1830 y que originó los cambios más profundos en el mundo económico, político y social en general de toda Europa. Fue una revolución tecnológica y se caracterizó por la aplicación a la producción industrial de nuevas máquinas y herramientas movidas por la fuerza de vapor. Fue llamada la época del maquinismo o revolución industrial.

En la propia Inglaterra el auge de la industria no se limitó a la producción de tejidos sino que afectó a todas las ramas. Cuando la fuerza motriz era los animales o el agua, el sistema fabril era desconocido. Este sólo surgió con la invención de la máquina de vapor. “En la solución de este gran problema laboraba el pensamiento técnico avanzado mundial. La invención de la máquina

²³ DE LA CUEVA. Mario. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Ed. Porrúa. México. 1995 pág. 24.

de vapor dio paso a la puesta en escena de la ciencia”, sostuvo el pensador M.I. Mijailov.

Se tuvo en cuenta otro tipo de negocios como el textil dejando atrás el trabajo del hombre en los recursos naturales, fue la revolución en los mercados y la forma de trabajo del hombre.

En su impulso, el inventor inglés James Watt construyó en 1765 un modelo de máquina de vapor que marcó una nueva etapa de la revolución técnica, invento que encontró aplicación en las empresas inglesas, a la que siguieron otros como el barco de vapor inventado por Robert Fulton en 1807 en Norteamérica y la locomotora a vapor, elemento primordial en el transporte ferroviario, en 1812 por el mecánico inglés George Estephenon.²⁴

- **Las tesis del liberalismo**

Se influencia de la corriente filosófica y revolucionaria de libres pensadores que critican el manejo económicos de las naciones, donde no se reconocen derechos y no hay siquiera un mínimo de garantías para la prestación del servicio.

Niegan la intervención del Estado en los sectores económicos, ya que es el mismo que limita las garantías y libertades de los trabajadores, se organizan los sectores industriales y de comercio, para tomar posición en el manejo de la producción y beneficio de empresarios y trabajadores.

El pensamiento del mercado cambia solo produciendo lo necesario según la demanda u oferta existente, se originó la frase “libertad para todos y para todo” traducida en el principio “laissez faire laissez passer, le monde vade lui- même”,

²⁴ Mijailov. la revolución Industrial. Panamericana. Bogotá. 1987. Pág. 43.

Lo recuerda el profesor Guillermo González Charry en su obra “Derecho del Trabajo”, expresando que el origen de esta disciplina surgió “como consecuencia de la división de clases aparecida del nacimiento y auge del capitalismo industrial, de las tesis individuales sobre la libertad, y específicamente sobre la libertad, y específicamente sobre la libertad en el terreno económico ya señalada. La aparición en la vida social, política y económica de los pueblos, particularmente en Europa, de una clase burguesa que apoyada en las tesis de la libertad económica irrestricta, tomó para sí no sólo los instrumentos del mando, sino los bienes y elementos de la producción y fue creando una vasta clase social desposeída no solo de tales bienes, sino de la posibilidad de obtenerlos y reducida a la necesidad de comprometer su fuerza de trabajo para subsistir, Esta clase es el proletariado y se forma, se levanta y progresa en un ambiente de franca hostilidad hacia las clases económicas fuertes. La demanda cada vez mayor de mano de obra a medida que aumentaba el número de empresas y el poder industrial de ellas; el abandono de los campos por los trabajadores atraídos por la posibilidad de mejores salarios, va haciendo que aquella masa adquiriera dimensiones gigantescas ante el desamparo o la indiferencia oficiales”, anota González Charry.²⁵

De esta forma y a través del desarrollo del industrialismo y las ideas liberales, es fácil explicar, como lo sostienen muchos autores, que los colegios de artesanos o “collegia opificum” provinieron de la antigua Roma, formaron las corporaciones posteriores y estas dan origen a los elementos conocidos en el actual derecho del trabajo: la subordinación como sustento del contrato individual y el sindicato como célula de la lucha por el mejoramiento económico de los trabajadores.²⁶

1.5. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo se define como aquel que se celebra voluntariamente con otra persona, una llamada empleador y otra empleado, que determinan unas funciones determinadas, es subordinada, tiene un horario de trabajo que cumplir y es remunerada.

²⁵ GONZALEZ. Charry Guillermo. Derecho laboral colombiano. Vol. I. Ed. Doctrina y Ley. Bogotá. 1994. Pág. 1.

²⁶ *Ibíd.* Pág. 5

El contrato individual de trabajo, como lo establece y desarrolla la legislación nacional, es un acto celebrado entre persona natural, el trabajador, y una persona natural o jurídica, el patrono, para que el primero preste determinados servicios personales bajo continua subordinación del segundo, y reciba de él, a cambio una remuneración genéricamente se llama salario. La puesta en práctica de este convenio se conoce con el nombre de relación de trabajo.²⁷

El Contrato de trabajo es una figura donde se reconocen algunas garantías a diferencia de los demás contratos de trabajo creados por el legislador, en este se reconocen prestaciones sociales, liquidación de las mismas, derecho a una estabilidad laboral, etc.

Según la Corte Constitucional en sentencia C-614 del año 2009, definió el contrato de trabajo así:

*El contrato laboral está definido como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. El contrato de trabajo tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario.*²⁸

Se identifican los elementos esenciales del contrato de trabajo por el legislador y son tres:

a) actividad laboral que desempeña el trabajador dentro o fuera del establecimiento donde se desarrolla la función pactada, ininterrumpidamente:

²⁷ ISAZA. Cadavid Germán. Derecho laboral aplicado. Derecho laboral general, individual y colectivo. Seguridad social y pensiones. Procedimiento laboral. Decima quinta edición. Leyer. 2011.

²⁸ corte constitucional. Sentencia c-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [Http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm)

Esta actividad debe ser lícita y debe estar regulada como una actividad permitida, puede ser profesional, técnica o informal pero reconocida dentro de una actividad económica en la sociedad.

b) existe subordinación por parte del empleador para el cumplimiento de las funciones asignadas:

Este es un elemento fundamental que permite diferenciar el contrato de trabajo con el de prestación de servicios, ya que hay una orden del jefe inmediato o empleador constantemente, una vigilancia que se ejerce para controlar el ejercicio de la función asignada en el contrato de trabajo.

c) remuneración pactada mensual, quincenal o por días por la prestación del servicio. Esta se identifica como salario, este mismo que se encuentra definido por el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 127:

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990. **El nuevo texto es el siguiente:** Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.²⁹

Estos elementos una vez comprobados no cabrá la idea que existe algún otro tipo de contrato laboral, sino que se constituye un contrato de trabajo donde el empleador y así mismo el trabajador debe cumplir con unas obligaciones y derechos en específico.

²⁹ COLOMBIA. Congreso de la Republica. Código Sustantivo de Trabajo. Artículo 127. Legis. Edición. 2013.

Es importante determinar que las condiciones del trabajo pueden variar “IUS VARIANDI” determinando que hay cierta subordinación y limitantes a la misma, pero donde no se pueden agravar las condiciones del trabajador por respeto a los principios constitucionales que protege el Estado Social de Derecho conforme a los tratados internacionales sujetos a la Organización Internacional de Trabajo (OIT).

1.6. PRIMACIA DE LA REALIDAD EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Es uno de los principios fundamentales en el derecho laboral, para comprobar la relación que existe entre el trabajador y empleador verdaderamente en la sociedad y lo que se está ejecutando a parte de la relación contractual.

“Según el principio de la primacía de la realidad uno de los fundamentales en el derecho del trabajo, en caso de discordancia ente lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdo, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

MARIO DE LA CUEVA- desarrollando el pensamiento de MOLITOR y DE SCELLE- indica que según ese principio “la existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia no de lo que las parte hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice SCELLE, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes

hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor”³⁰

Este principio de la primacía de la realidad contiene para el derecho laboral una importancia que va más allá de toda formalidad de los contratos, desde que se pueda comprobar un contrato realidad “contrato de trabajo” y contenga los elementos descritos en la ley, debe protegerse este derecho por encima de cualquier otro pacto que hay realizado pero que no se practique.

Cualquier decisión que vaya en contra de la comprobación de esta relación jurídica y personal iría en contravía de los derechos al mínimo vital y móvil, la dignidad humana, el derecho a un trabajo digno y demás derecho adquiridos dentro de una relación laboral.

El Tribunal demandado estaba en la obligación de declarar que existía un contrato realidad, si advertía que estaban dados los elementos esenciales indispensables de todo contrato realidad. Estos elementos, según lo han entendido la legislación y la jurisprudencia colombianas, son tres: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación o dependencia y la remuneración periódica. El fallo demandado afectó el derecho fundamental del tutelante al salario mínimo vital y móvil (art. 53, C.P.). Porque se abstuvo no sólo de reconocer la realidad del vínculo formado entre el Municipio y el accionante, sino también de condenar a aquél al pago de las prestaciones con carácter salarial a las que tiene derecho toda persona que le preste a otra sus servicios de manera personal y subordinada. Y, en vista de que había una relación de prestación de servicios bajo subordinación, su obligación constitucional era en principio librar esa condena. La cual, por cierto, no podía reducirse al pago de una remuneración periódica, sino que debía extenderse hacia todas las prestaciones constitutivas de salario (primas, vacaciones, cesantías y horas extras).³¹

³⁰ ISAZA. Cadavid Germán. Derecho laboral aplicado. Derecho laboral general, individual y colectivo. Seguridad social y pensiones. Procedimiento laboral. Decima quinta edición. Leyer. 2011. Pág. 85

³¹ Colombia. Corte constitucional. Sentencia t-556 de 2011. MP. María victoria calle correa. [Http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-556-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-556-11.htm)

La realidad de los hechos prevalece sobre toda realidad contractual, siempre y cuando sea demostrada o demostrable ya sea por la parte interesada o por el inspector del trabajo en caso de solicitarlo al momento de un reconocimiento por medio de conciliación, sin embargo es menester identificar que se está defendiendo con esta figura los principios rectores del derechos laboral y del Estado Social de Derecho, donde debe imperar el interés general y el sostenimiento de las mismas en la sociedad sin que se violenten derechos al mínimo vital y móvil.

Para Cabanellas, “muchas veces se trata de dar a un trabajador subordinado la apariencia de un trabajador autónomo. Esta situación es tan frecuente que obliga a los Tribunales a determinar no que el conjunto sea simulado, y si simplemente establecer la verdadera naturaleza de la prestación. En esta forma, las disposiciones del Código Civil sobre la simulación de contratos se borran para penetrar el contrato realidad, esto es, en la ejecución de la prestación de un trabajo, deduciendo de ello sus caracteres esenciales para llegar a la determinación de la naturaleza del vínculo que liga a las partes”³²

Lo que interesa al derecho laboral es la comprobación de la naturaleza de las relaciones laborales en la realidad, el respeto por los derecho adquiridos de las personas que se encuentran inmersas en cualquier tipo de contrato laboral, pero donde se respete su esencia real.

Para algunos en la contratación laboral se quieren burlar de algunas obligaciones, como la de prestaciones sociales a los trabajadores, para evitar gastos adicionales al salario, pero aun así exigen de parte del trabajador el cumplimiento de un horario de trabajo, se subordina y se cumple una función que es ininterrumpida, pro donde los derechos adquiridos por esta actividad no quieren

³² ISAZA. Cadavid Germán. Derecho laboral aplicado. Derecho laboral general, individual y colectivo. Seguridad social y pensiones. Procedimiento laboral. Decima quinta edición. Leyer. 2011. Pág. 86

ser reconocidos debido a la falta de vigilancia por la autoridad que regula las relaciones laborales, por ello toda persona, debe conocer y asesorarse sobre esta figura que protege la realidad que impera en la sociedad y reconocer los derechos que no son motivo de negociación.

Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar subordinación jurídica.³³

El empleador presume que con la firma de algún otro tipo de contrato laboral puede evadir ciertas responsabilidades que la ley atribuye, pero se comporta como una persona que ha firmado un contrato de trabajo individual haciendo que las condiciones para el trabajador sean menos beneficiosas, se engañe de las garantías que por derecho le pertenecen y se aprovechen de la calidad de empleador debido a la falta de condiciones necesarias en la sociedad.

“En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge en documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”³⁴

En estos términos se consagro “el principio de supremacía de la realidad, uno de los fundamentales en el derecho del trabajo”³⁵

Analizando el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, puede colegirse que es

³³ CHAVEZ. Ávila Marceliano. (2011). El estatuto del trabajo contenido en el artículo 53 de la constitución política de Colombia. Ediciones nueva jurídica.

³⁴ PÉREZ. Huertas Freddy. El principio de la primacía de la realidad en el contrato individual de trabajo. Pontificia universidad javeriana. Bogotá. 1989. Pág. 60.

³⁵ ibíd. Pág. 61

aquel contrato que no se formalizo, pero se tienen en cuenta los hechos y circunstancias que se presenten en las actividades laborales desarrolladas por el trabajador, sin darle importancia a lo estipulado de forma verbal o a lo que se haya convenido en un contrato no laboral. Se ha determinado que existe otra modalidad de contrato de trabajo, y este es el contrato realidad, que hace parte de los contratos de trabajo según la forma, entonces se puede afirmar que los contratos de trabajo según la forma son: verbal, escrito y el contrato realidad. El contrato realidad tiene su sustento en la Constitución Nacional, en la jurisprudencia, en la ley laboral y en la doctrina.³⁶

Conforme el razonamiento anterior, se podría deducir que el contrato realidad se comprueba con los requisitos del contrato de trabajo, pero tampoco quiere decir que sea otro contrato de trabajo sino que se reconoce como un contrato que se deriva de la realidad de los hechos entre la relación de empleador y trabajador y que son reconocidos por el juez laboral competente.

Criterio Objetivo:

Existe un criterio objetivo según el profesor Mario de la Cueva, señala que la existencia de una relación laboral de trabajo, depende en consecuencia no de lo que las partes hubieren pactado sino de la situación real que el trabajador se encuentre colocado, y es que, como dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una realización de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las

³⁶ MUÑOZ. Osorio Alcira. Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo. Pensamiento americano. 2012. File:///c:/users/4y3qa/downloads/105-101-1-pb.pdf

estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor.³⁷

La situación objetiva va acorde con los hechos en los que se encuentre el trabajador en el negocio pactado con el empleador, de allí nace el contrato de trabajo de la realidad del comportamiento del trabajador.

Criterio Subjetivo:

Para el pensador Pere Botija, define “de la conducta de dos personas, puede deducirse la existencia de un contrato de trabajo, aun cuando los propios interesados tuvieren interés en negarlo (para burla, por ejemplo seguros sociales, ley de jornada, etc.)(...)”³⁸

Es cuando se tiene conocimiento que existe un contrato de trabajo pero que alguna de las partes quiere evadir obligaciones que de la ley derivan. No hay una relación formal de trabajo ni definida, pero se puede comprobar por el comportamiento de las mismas en el territorio que desarrolla la actividad económica.

1.7. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Es aquel que se firma para que se alcance un objetivo o una tarea especial pactada en un contrato, donde se fija un monto para el desarrollo de la función, sin estar subordinado, ni cumplir con un horario completo.

El contrato de prestación de servicios es temporal, contrata una labor determinada, tiene calidad de contratista y goza de autonomía, puede celebrarse

³⁷ COLOMBIA. Corte suprema de justicia. Sala de casación civil. Primero de diciembre de 1981.

³⁸ ibíd.

con personas jurídicas o naturales. Es una modalidad que prefieren los empleadores para evadir obligaciones conforme la ley.

El contrato de prestación de servicios tiene por finalidad realizar actividades relacionadas con la administración de la entidad o el cumplimiento de sus funciones; su carácter es temporal; el contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones y puede celebrarse tanto con personas jurídicas como naturales, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no pueden cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exigen conocimientos especializados de los que no disponen los servidores de la entidad. (...) Si bien una interpretación preliminar del numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 permitiría concluir que es posible la celebración de este contrato para la ejecución de cualquier objeto que tenga relación con la administración o funcionamiento del organismo, lo cierto es que el contenido obligacional se circunscribe a una prestación de hacer, esto es, la realización de actividades o el despliegue de alguna acción o conducta. (...) La delimitación del objeto del contrato proviene no sólo de las normas positivas que lo definen y que se acaban de analizar, sino también de disposiciones prohibitivas o restrictivas que indican que el contrato de prestación de servicios no es un medio para suplir la vinculación de personas naturales en el desempeño de la función pública, ni constituye un instrumento para el cumplimiento propiamente dicho de ella. (...) Los servicios de apoyo para la organización logística de eventos de capacitación corresponden al objeto del contrato de prestación de servicios, siempre que tal actividad esté comprendida dentro del ámbito funcional de la entidad³⁹.

La Corte Constitucional ha encontrado que muchos empleadores ya sean privados o públicos como el Estado, pretende hacer invisible realmente una relación laboral que constituya un “contrato de trabajo”.

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo

³⁹ COLOMBIA. Consejo de estado. Sala de consulta y servicio civil. Radicación numero: 11001-03-06-000-2005-01693-00(1693). CP. Flavio Augusto Rodríguez Arce. [Http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=39804](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=39804)

*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.*⁴⁰

Toda relación laboral que identifica los tres elementos esenciales de un contrato laboral, debe ser entendida como un contrato de trabajo y no como en este caso lo quieren hacer ver como un contrato de prestación de servicios que no obliga al empleador a reconocer el pago de prestaciones sociales, ni aportes a salud, pensión, riesgos profesionales, etc.

CARACTERISTICAS:

- 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.
- La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
- La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado.
- Su forma de remuneración es por honorarios.
- No se genera en estos contratos ninguna relación laboral y por ende no hay lugar al pago de prestaciones sociales.

⁴⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia c-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [Http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm)

- La afiliación al sistema integral de seguridad social se debe realizar como trabajador independiente, esto es, asume la totalidad de las cotizaciones.⁴¹

En este caso la empresa únicamente paga el valor acordado por el servicio. No paga ni licencias de maternidad, ni incapacidades, ni primas, ni cesantías, ni pensiones, ni parafiscales, ni salud, ni vacaciones. Además, el contrato de servicios al no estar regulado por el código del trabajo no está sometido al salario mínimo, motivo por el que puede hacerse por el monto que se desee.

Al contratista le hacen una retención del 11%, y éste debe pagar en su totalidad pensión y salud. Por pensión debe pagar el 16,5% sobre el 40% del valor del contrato, es decir el 6,6% sobre el valor total del contrato sin descontar la retención y por salud, el 12% sobre el 40%, el 4,8% sobre el total del contrato. Sin embargo, este tipo de vinculación tiene la enorme ventaja de que no implica el cumplimiento de un horario y por lo tanto el trabajador puede administrar su tiempo como desee y tener tantos contratos como su capacidad y su tiempo lo permitan.⁴²

1.8. PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

OBLIGATORIEDAD: El trabajo es socialmente obligatorio. “el derecho al trabajo consiste en la facultad que tiene toda persona de emplear su fuerza de trabajo en una ocupación lícita por medio de la cual pueda adquirir los medios necesarios para vivir ella y su familia decorosamente. El derecho al trabajo a conseguir empleo u oficio; toda persona tiene derecho a que no se le impida trabajar.”⁴³

Es un principio fundamental que todo ciudadano supla sus obligaciones por medio del trabajo lícito, que fundamente su fuerza de trabajo en una actividad

⁴¹ Cuál es la diferencia de un contrato de prestación de servicios y un contrato de trabajo. [Http://www.lared.com.co/kitdeherramientas/casoslaborales/diferenciasentrecontratos.asp?clave=](http://www.lared.com.co/kitdeherramientas/casoslaborales/diferenciasentrecontratos.asp?clave=)

⁴² Finanzas personales. Contrato laboral vs prestación de servicios. [Http://www.finanzaspersonales.com.co/trabajo-y-educacion/articulo/contrato-laboral-vs-prestacion-servicios/38009](http://www.finanzaspersonales.com.co/trabajo-y-educacion/articulo/contrato-laboral-vs-prestacion-servicios/38009)

⁴³ ISAZA. Cadavid Germán. Derecho laboral aplicado. Derecho laboral general, individual y colectivo. Seguridad social y pensiones. Procedimiento laboral. Decima quinta edición. Leyer. 2011. Pág. 86

económica, que supla el mínimo vital y móvil que sirva de sustento para el individuo y el de su familia.

Es también obligatorio que su empleo lo conserve, cumpliendo con sus obligaciones descritas en la ley, sin dejar de lado a los empleadores que tiene la obligación de brindar y generar empleo para el desarrollo económico de las personas y de la sociedad.

En este principio se encuentra la responsabilidad social que debe tener cada ciudadano con su laboral o la tarea que desempeña en la sociedad, partiendo por el respeto del derecho del otro y el cumplimiento de obligaciones en este caso de tipo laboral y constitucional.

El trabajo es un derecho y a la vez una obligación que debe garantizar el Estado en crear nuevas formas de empleo que disminuyan las tasas de desempleo en la sociedad, con el resultado de la generación de una mejor calidad de vida y el logro del mínimo vital y móvil.

Existe una obligación social en la conservación de las garantías laborales, a la estabilidad, a mantener un trabajo digno que conserve las condiciones necesarias para el logro de las tareas asignadas para así mismo conseguir el sustento diario.

Encontramos como antecedentes del derecho al trabajo las siguientes manifestaciones: en Francia, 1776, al dictarse el Edicto de Turgot que le dio el golpe mortal y definitivo a las corporaciones de oficio, se dijo lo siguiente: "Dios, al dar al hombre necesidades, al hacerle ineludible el recurso del trabajo, ha hecho del derecho de trabajar la propiedad de cada hombre; y esta propiedad es la primera, la más sagrada y la más imprescindible de todas". El proyecto de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, presentado por Maximiliano Robespierre ante la sociedad de los jacobinos el 21 de abril de 1793, consignaba en el artículo 11 que "la sociedad está obligada a subvenir a la subsistencia de todos sus miembros, ya procurándole trabajo, ya asegurándole medidas de existencia a quienes no estén en condiciones de trabajar."⁴⁴

⁴⁴ ibíd. Pág. 11.

La obligatoriedad es un antecedente y es un principio que surge del reconocimiento de los derechos del hombre en la sociedad, para sacar el sustento para su convivencia, es un derecho que viene desde hace siglos, donde existe fuerza física o mental, pero que se ejerce para conseguir un provecho propio o para un tercero.

En los países con esquema corporativo, el trabajo ha sido reputado como un deber (Carta del Lavoro, Art. 2); en incluso, derivado del derecho natural – “el derecho de trabajar – indicaba el Fuero del Trabajo de España es consecuencia del deber impuesto al hombre por Dios, para el cumplimiento de sus fines individuales y la prosperidad y grandeza de la patria. El trabajo, como deber social, será exigido inexcusablemente, en cualquier de sus formas, a todos los españoles no impedidos, estimándolo tributo obligado patrimonial nacional” /Artículo 1, incs 3 y 5)⁴⁵

LIBERTAD: La libertad es un valor o un tributo a desarrollo de una actividad libre, que sea lícita, pero que sea ejercida con voluntad. Cualquier persona puede realizar una actividad económica profesional, técnica, comercial e industrial.

Para el diccionario de la Real Academia Española libertad es: “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”⁴⁶

Nadie puede impedir el trabajo a los demás, ni que se dediquen a la profesión, industrial o comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio, sino mediante

⁴⁵ Ibíd. Pág. 12

⁴⁶ RAE. Significado de libertad. [Http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=bcyexuxudxx2qttxand](http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=bcyexuxudxx2qttxand)

resolución de autoridad competente en caminata a tutelar los derechos de los trabajadores o de la sociedad, en los casos legalmente establecidos.⁴⁷

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.⁴⁸

PROTECCIÓN: esta misma es la que deriva de garantizar los derechos fundamentales de las personas, y quien es el principal para la protección de los mismos es el Estado a través de sus funcionarios que tiene el deber de desarrollar los fines esenciales del derecho.

IGUALDAD: el principio que garantiza que la ley debe ser ejecutada para todos de la misma manera, sin discriminación alguna, siendo proporcional al actuar de cada individuo. Todos los trabajadores deben ser tratados igual ante la ley.

Es un derecho fundamental que se encuentra definido en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

⁴⁷ ISAZA. Cadavid Germán. Derecho laboral aplicado. Derecho laboral general, individual y colectivo. Seguridad social y pensiones. Procedimiento laboral. Decima quinta edición. Leyer. 2011. Pág. 12.

⁴⁸ NACIONES UNIDAS. Declaración universal de derechos humanos. [Http://www.un.org/es/documents/udhr/](http://www.un.org/es/documents/udhr/)

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.⁴⁹

Este principio que la ley es igual para todos, tiene algunas excepciones, ya que entre iguales hay desiguales, pero entre la generalidad si se debe ejecutar la ley sin diferenciación.

DERECHO: Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio. “toda persona tiene pues el derecho a trabajar y obtener un empleo que le permita satisfacer sus necesidades fundamentales, obtener un mínimo de seguridad social y vivir bajo condiciones de bienestar acordes con la dignidad humana.”⁵⁰

El derecho es un atributo de la persona que puede ejercer con el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la ley si no las cumple sus derechos pueden ser restringidos.

La declaración universal de los derechos humanos sostiene que toda persona tiene el derecho de ejercer una actividad económica, ejercer todos sus derechos que han sido reconocidos por las Naciones y que son inherentes al ser humano.

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio

⁴⁹ COLOMBIA. Constitución política de 1991. Artículo 13. Legis. Edición 2012.

⁵⁰ ISAZA. Cadavid Germán. Derecho laboral aplicado. Derecho laboral general, individual y colectivo. Seguridad social y pensiones. Procedimiento laboral. Decima quinta edición. Leyer. 2011. Pág. 14.

bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.⁵¹

⁵¹ ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS. Declaración universal de derechos humanos.
[Http://www.un.org/es/documents/udhr/](http://www.un.org/es/documents/udhr/)

CAPITULO II

ANALISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA PRIMACIA DEL CONTRATO REALIDAD

2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

Desde el preámbulo de la Constitución Política de Colombia se puede identificar que el trabajo es un objetivo esencial del Estado Social de Derecho, “en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente”⁵²

La primacía de la realidad es un principio laboral que se ejecuta a todos los ciudadanos en la sociedad siempre y cuando cumplan con los requisitos que se han establecido para un contrato de trabajo.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan⁵³.

⁵² COLOMBIA. Constitución política de 1991. Preámbulo. Legis. Edición. 2013.

⁵³ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 13.

Para el derecho es importante la voluntad que todo ciudadano puede adoptar para la realización de una tarea laboral que está inmersa en una relación laboral, debe ser ejercida conforme a los valores que deben imperar en la sociedad y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley y en el contrato de trabajo.

ARTICULO 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.⁵⁴

Es importante que se reconozcan los derechos que derivan de un contrato de trabajo para que así mismo se proteja la familia que es núcleo fundamental en la sociedad, así mimos las personas más vulnerables como los niños, niñas y ancianos que están a cargo de un trabajador que ejerce una actividad laboral, pero que ha sido contratada por medio del contrato de prestación de servicios, pero se adecua a los elementos del contrato de trabajo.

ARTICULO 42. Desarrollado parcialmente por la Ley 25 de 1992. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

⁵⁴Ibíd. Artículo 26.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.⁵⁵

Los derechos fundamentales de las personas están protegidos por el derecho laboral, ya que sobre esta actividad se puede conseguir el mínimo vital y móvil para sí mismo y la familia, garantizando en especial la vida y protección de los niños, obligación del Estado, la sociedad y la familia.

⁵⁵ ibíd. Artículo 42.

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.⁵⁶

Unos de los derechos que se reconocen en el contrato de trabajo individual son el derecho a la seguridad social, donde el empleador debe responder por un porcentaje determinado y el trabajador con otro, para asegurar la salud, el bienestar, la protección, etc.

ARTICULO 48. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.⁵⁷

⁵⁶ ibíd. Artículo 44

Otro de los derechos es el mínimo vital y móvil, el derecho a una vivienda digna, dignidad humana, etc., son derechos que se desarrollan consiguiendo un sustento que provenga de una actividad económica lícita, que se desarrollan por medio de un contrato laboral o independientemente.

Uno de los artículos que más atiende al estudio de la presente investigación es el que menciona la primacía de la realidad sobre cualquier negocio que en la vida jurídica haya tenido lugar, siempre y cuando no cumpla con los requisitos formales que enuncie la ley.

Ya que no puede versar ningún tipo de simulación en la contratación de una persona, porque pueden lesionarse derechos adquiridos y reconocidos por la ley.

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

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

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

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

⁵⁷ ibíd. Artículo 48

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.⁵⁸

2.2. LEYES

- **CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO:**

El artículo 13 defiende el mínimo de derechos y garantías que dispone el presente Código para los trabajadores, con el fin que no se desconozca el mínimo de derechos constitucionales y laborales.

ARTICULO 13. MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.⁵⁹

Artículo 23 enuncia los elementos constitutivos de un contrato de trabajo y pone consigo el reflejo de un contrato realidad cuando ha sido puesto en duda con otro, especialmente con un contrato de prestación de servicios para evitar las obligaciones que derivan de la ley por parte del empleador.

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. Subrogado por el art. 1, Ley 50 de 1990. **El nuevo texto es el siguiente:**

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

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

⁵⁸ ibíd. Artículo 53.

⁵⁹ COLOMBIA. Congreso de la república. Código sustantivo del trabajo. Artículo 13. [Http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=33104](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=33104)

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

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-686 de 2000, bajo los condicionamientos señalados en el numeral 2.4 de la parte motiva de esta sentencia.

c. 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.⁶⁰

2.3. JURISPRUDENCIA

- CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-614/09:

La presente sentencia demanda la inconstitucionalidad de la norma: I artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968. **“Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”**. Porque viola según la actora el artículo 2, 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia, ya que se prohibió la celebración de contratos

⁶⁰ COLOMBIA. Congreso de la república. Código sustantivo del trabajo. Artículo 23. [Http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=33104](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=33104)

de prestación de servicios para las funciones que son permanentes limitando el legislador las formas de acceso al trabajo en entidades públicas, porque en la firma de un contrato de prestación de servicios se está impidiendo que se agoten menos requisitos para acceder a cargos públicos, restringe la celebración de contratos de prestación de servicios para laborar en entidades públicas.

En este caso demandado se observa la prohibición a la administración pública en la celebración de contratos de prestación de servicios, cuando el fin de ese cargo es permanente y esencial para el desarrollo de los fines esenciales del Estado.

El ente público es el que debe dar ejemplo de estabilidad laboral y seguridad en las relaciones mismas que tiene por objetivo disminuir la tasa de desempleo y así mismo desarrollar las tareas esenciales del Estado, por ello se deben brindar todas las garantías que envuelven el contrato de trabajo y no poner al empleo en desventaja con la firma de un contrato de prestación de servicios que no permite el cumplimiento por parte del patrono en el pago de prestaciones sociales.

Los trabajos que se consideran permanentes dentro de la administración pública, se caracterizan por el cumplimiento de un horario, la esencia de cumplir con unas tareas diarias específicas y la remuneración por la prestación de la labor encomendada tal y como se señala con la definición de los elementos del contrato de trabajo.

El tipo de contrato de prestación de servicios es excepcional en el tipo de contratación estatal, que tiene como fundamento el cumplimiento de funciones ocasionales que no hacen parte del cumplimiento diario en tareas con el Estado, sino que pueden desarrollarse en un tiempo establecido sin que se cumpla un horario sino la tarea asignada.

Toda relación laboral debe constituir una protección a la misma, por ello el Estado debe procurar que sus funciones se realizan en medio de la contratación

planteada para las entidades públicas por concurso de méritos para que pertenezcan como personal de planta, siendo de manera excepcional la contratación por prestación de servicios.

- **SENTENCIA T-556/11:**

Esta sentencia deja claros los conceptos de la primacía de la realidad, la comprobación del contrato realidad para la protección de los derecho al mínimo vital y la vivienda digna.

La acción de tutela fue interpuesta por Carlos Alberto Altahona Noguera contra la Alcaldía Municipal de Galapa (Atlántico), la Rectora del Colegio María Auxiliadora de ese Municipio y la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, demandado a la Alcaldía para que le pagaran las prestaciones sociales a las cuales se había hecho acreedora por la configuración de un contrato de trabajo.

Se destaca que en materia de contratación en municipios del territorio colombiano, no se han tenido en cuenta las prestaciones jurídicas a los que los trabajadores se hacen acreedores por el cumplimiento de tareas que se hacen a diario y se aprovecha la administración pública para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

En diferentes casos demandados para el pago de prestaciones sociales y demás obligaciones que deben ser satisfechas por el empleador (Estado), no han sido resueltas en su mayoría por el juez competente cuando no se acredita la investidura de trabajador oficial, pero es donde se deben tomar en cuenta las características de un contrato de trabajo y otro de carácter temporal como la prestación de servicios que se desvirtúa al probar los elementos esenciales del contrato de trabajo, haciéndole mención al principio de supremacía de la realidad

sobre el tecnicismo que desafortunadamente pone en jaque a los trabajadores que desarrollan funciones por un tiempo indeterminado para satisfacer sus necesidades mínimas.

No se puede colocar por encima normas técnicas que pueden desconocer derechos constitucionales, sino que por regla general debe primar la realidad sobre las formas, sin otorgarle por derecho lo que es del individuo como las garantías a la seguridad social y prestaciones sociales que por ley son otorgadas a un trabajador cuando se comprueba que se está inmerso en un contrato laboral.

En el estudio de los hechos que pretenden demostrar la relación laboral por medio de un contrato de trabajo la Corte encontró que se cumplió con los requisitos y debe imperar la supremacía de la Constitución Política, ya que debe dársele prevalencia a lo sustancial sobre lo adjetivo y garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores

Conforme lo anterior, fue reconocido los derechos económicos, sociales culturales de las personas y que debe procurar la guarda de los mismos el Estado como garante de los derechos.

- **CONSEJO DE ESTADO.**

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A.
Expediente No. 68001- 23-15-000-2003- 00909-01. No. Interno: 2630-08 P3. CP.
Luis Rafael Vergara Quintero:

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los

derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria. (...) ⁶¹

Las personas que están vinculadas por prestación de servicios con entidades territoriales están en capacidad de demandar el pago de las prestaciones sociales cuando se ha declarado la existencia de un contrato realidad, contando desde allí tres años cuando se ha hecho exigible el derecho, cuando la sentencia esta ejecutoriada.

El principio de realidad frente a la formalidad en la firma de un contrato debe satisfacer los derechos adquiridos del trabajador y la prescripción para que se ejerza la acción para el pago de las prestaciones adeudadas por el patrono cuando se ha reconocido el derecho debe hacerse dentro de los tres años cuando se obtiene sentencia ejecutoriada, teniendo en cuenta que en ningún caso las formalidades pueden atentar contra los derechos al mínimo vital, la salud, la vida, el bienestar, etc.

En tal sentido se venía aplicando el fenómeno de la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, argumentando que dicho fenómeno se

⁶¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda. Subsección a. Expediente no. 68001- 23-15-000-2003- 00909-01. No. Interno: 2630-08 p3. CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la accionada de conformidad con el artículo 41⁶² del Decreto 3135 de 1968.⁶³

- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, del (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05):

“Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”⁶⁴

El derecho que constituye la relación laboral configura una indemnización, ya que deben restablecerse los derechos del trabajador, así mismo, tener en cuenta que es solamente al momento del nacimiento del derecho que se establecen los plazos y se sanciona al titular del derecho que no ha sido reclamado.

⁶² Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁶³ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia sala de lo contencioso administrativo. CP. Víctor Hernando Alvarado. 2012. Expedientes: 08001-23-31-000-2004-00540-01(0776-09)

⁶⁴ COLOMBIA. Consejo de estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda. Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez, del (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

-Sala de casación laboral en sentencia de Noviembre de 27 de 1957 menciona:

“Dada la multiplicidad de los aspectos y 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 las mismas respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato.”⁶⁵

La primacía de la realidad es el reconocimiento de los principios generales del derecho, es el reconocimiento al derecho al trabajo y las garantías que el contrato de trabajo contiene, la obligación que el empleador reconozca las prestaciones adeudadas al trabajador por la fuerza de trabajo ejecutada.

Para toda demanda que pretenda se le declare un contrato realidad debe ser probado, pruebas que además deben ser practicadas en el lugar y tiempo determinados por el juez competente, haciendo que la decisión sea tomada con seriedad sin extralimitarse en lo pretendido dentro del proceso. Es importante que a partir de testimonios que refuercen los elementos esenciales del contrato, como la subordinación, donde la tarea no contaba con tal independencia, ni autonomía sino que en caso de llegar tarde al lugar donde se desarrollaba el servicio tendría como consecuencia una sanción, pero su pago se consideraba como honorarios, ya puede ser refutada por el trabajador simplemente por la subordinación y el cumplimiento de un horario de trabajo, teniendo derecho a el pago de prestaciones sociales y seguridad social.

⁶⁵ COLOMBIA. Corte suprema de justicia. Sala de casación laboral en sentencia de noviembre de 27 de 1957

CAPITULO III

CRITICA Y MECANISMOS PARA QUE PREVALEZCA LA REALIDAD SOBRE LA SIMULACION A LA FIRMA DE UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

3.1. PRESUNCIONES

Las presunciones es un mecanismo con el cual cuenta la ley para tener en cuenta una posición, a partir de la buena fe las personas o de los indicios de su actuar, sin que exista alguna prueba en contrario.

Es un hecho que se da por cierto sin que sea probado, sino que se tienen en cuenta los principios constitucionales que rigen en una nación, que no deben ir en contra vía de los intereses de los individuos de la sociedad, ni agravar su situación.

Para el derecho laboral es una herramienta que protege los derechos del individuo, y más al trabajador que está en desventaja frente al empleador para conseguir el mínimo vital y móvil, el derecho al trabajo y la dignidad humana.

Las presunciones legales parten de fuertes indicios y principios generales del derecho, un ejemplo de ello es lo que se expresa en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando menciona que cuando existan los tres elementos constitutivos de un contrato de trabajo se presumirá que no se ha celebrado ningún otro tipo de contrato a si allá existido.

La presunción es un juicio lógico a partir de premisas que logren poner en cierta protección los derechos constitucionales de las personas, teniendo en cuenta la buena fe.

Ese juicio lógico surge de la inferencia y de la observación de que casi siempre la relación laboral deviene a la vida jurídica a través de un contrato de trabajo. En consecuencia, por ese juicio lógico, basta tan solo probar el hecho indicador, habida cuenta de la libertad de la prueba, para que opere la consecuencia, o sea, la producción de plena convicción en la mente del juez, por lo tanto solo se probara la actividad personal, para crear en el juez la convicción de que se está en presencia de un contrato de trabajo.⁶⁶

En el ámbito laboral se prescinde del contrato de trabajo para demostrar una relación laboral que se defina como un contrato de trabajo, esta figura formal no impide que se pueda demostrar la relación contractual.

La presunción viene acompañada de la carga de la prueba, que en la demostración de la figura del contrato realidad se deja a cargo del interesado, por ende del trabajador, que quiere que se reconozca las garantías que otorga el contrato de trabajo.

En la presunción se parte de un hecho conocido, un hecho desconocido y un nexo causal, donde la carga de la prueba no es tan importante ya que el juez laboral tiene el poder de pedir las pruebas a quien las conserve o pedir al inspector del trabajo verifique las condiciones de trabajo en las que se encuentra el demandante.

⁶⁶ PRECIADO. Agudelo. Darío. Presunción de paternidad legítima. Editorial Astrea Buenos Aires. 2004. Pág. 2.

3.2. PRINCIPIOS DERECHOS ADQUIRIDOS

Los derechos adquiridos hicieron su presencia en la Constitución de 1991, en el artículo 58, donde garantizan la propiedad privada y demás derechos adquiridos, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por ninguna ley posterior.

Estos derechos adquiridos tienen relación con el paso del tiempo y el cumplimiento de requisitos tal y como lo expone la ley, y hasta el momento los requisitos del contrato de trabajo no han sido modificados sino que pretende defenderé y proteger al trabajador de los empleadores que contratan por otro tipo de contrato y que no reconocen beneficios que le otorga el mismo.

Os derechos adquiridos han sido motivo de polémica por tratadistas y doctrinarios, es por ello que se trata de propiciar un concepto propio según conceptos que se han reflejado en la presente investigación con respecto al contrato realidad.

Es por ello que solo con la necesidad de probar que existen los elementos esenciales del contrato y sin importar que exista alguna ley que lo contrarié prima la Constitución Política de Colombia con la protección a los trabajadores con respecto a las garantías, el derecho al mínimo vital y móvil.

“Decir que la ley debe respetar los derecho adquiridos, es decir que no debe traicionar la confianza que colocamos en ella y que las situaciones creadas, los actos realizados najo su protección continuaran intactos, ocurra lo que ocurra; fuera de esto, no hay sino simples esperanzas más o menos fundadas y que el legislador puede destruir a su voluntad... las simples esperanzas no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; corresponden a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas: son intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los castillos en el aire: tales como las esperanzas que funda un heredero presunto en el patrimonio de un pariente, cuya sucesión espeta ha de concederle algún día. En general, las simple expectativas no autorizan a quienes son presa de ellas a realizar actos conservatorios; no son transmisibles; y como ya lo hemos visto, pueden ser destruidas por

un cambio de legislación sin que la ley que las disipe pueda ser tachada de retroactividad⁶⁷”

En sentencia de la Corte Constitucional C-177 de 2005, definió que los derechos adquiridos es el no menoscabo de los derechos del trabajador en una relación contractual con el empleador, o con alguna entidad que deba reconocer garantías para conseguir lo que ya se ha ganado.

Los derechos adquiridos son aquellos que se han logrado a partir del cumplimiento de requisitos legales y contractuales, que persiguen la justicia y la proporción al desarrollo de una actividad laboral y económica.

En algunas ocasiones los derechos de los trabajadores pueden ser afectados por algunas disposiciones legales o contractuales, pero donde siempre debe imperar la suprema norma y proteger las garantías que tienen en cuenta derechos constitucionales de las personas.

En el caso de la búsqueda de probar un contrato realidad, debe ceñirse a reconocer los derechos adquiridos por medio de una prestación de un servicio laboral y que está considerado desarrollado dentro de un contrato de trabajo y no por el que se haya acordado al inicio, perdiendo beneficios por interés de una parte que quiere evadir responsabilidades contractuales que están inmersas en la ley.

El inciso primero del artículo 16 el Código Sustantivo del Trabajo no vulnera la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores, por cuanto él prohíbe la aplicación retroactiva de la ley laboral, estos es su aplicación para las situaciones ya definidas o consumadas de acuerdo con leyes anteriores, sobre las cuales operan los derechos adquiridos.⁶⁸

Es claro que el primer inciso del artículo 16 prohíbe la aplicación retroactiva de las nuevas normas laborales, al expresar que “[l]as normas

⁶⁷ JOSEERAND. Louis. Derecho Civil. Tomo I. Vol. I. PAG. 77.

⁶⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2005. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-177-05.htm>

sobre trabajo (...) no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores. Con ello cual se protegen los derechos que ya han pasado a formar parte del patrimonio de las personas, es decir los derechos adquiridos. De otra parte, el artículo permite la retrospectividad de la ley laboral cuando dispone que “[l]as normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir...” Esta autorización se ajusta a lo señalado por la jurisprudencia acerca de que las nuevas leyes laborales pueden afectar las expectativas legítimas de los trabajadores, incluso cuando consagran condiciones más desfavorables para el trabajador⁶⁹

3.3. PODERES DEL JUEZ

El juez a partir de factores de proporcionalidad y razonabilidad puede fundar su criterio y su decisión del contrato realidad con plena libertad, fundándose en la presunción, la libre apreciación de pruebas que sin ser aportadas por el interesado pueden ser pedidas por el juez competente para salir de toda duda.

El juez laboral puede determinar con facilidad la realidad de la situación del empleador y del empleado teniendo en cuenta las verdaderas situaciones que está enfrentando y si se están vulnerando garantías que el empleador debe contraer por parte de la ley será sancionado y condenado a pagar lo que por derecho le pertenece al trabajador.

El juez laboral, es el principal juez garantista de los derechos constitucionales en las relaciones labores, es por ello importante el desarrollo del criterio de los checos de la demanda y las pretensiones sin que se vaya más allá de debidamente otorgado.

⁶⁹ Ibíd.

La libre convicción no tiene por qué apoyarse en hechos probados: puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aun por su saber privado; no es el menester tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori, basta en esos casos con que el magistrado firme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sí que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida.⁷⁰

El poder del juez para avocar el conocimiento de una demanda donde se pretende el reconocimiento de una relación laboral por medio de un contrato realidad, para que se asuman responsabilidades que de ella derivan conforme al contrato de trabajo y no por la forma como verdaderamente o formalmente se está contratando, tiene por fin la justicia y la verdad en la realidad de las situaciones en las que se encuentra un trabajador en la empresa o en el desarrollo de determinadas funciones, que atienden al cumplimiento de derechos constitucionales como la vida digna, la salud, pensión, trabajo, estabilidad, el mínimo vital y demás que pueden ser analizados no por el juez ordinario laboral sino que también por el juez constitucional, que pueden atender a reconocer estos derechos y dejar sin efecto algunas decisiones que no toman en cuenta diversos modos de prueba en el derecho.

En la realidad contractual en el área del derecho laboral se han tomado diversos mecanismos de manipulación para evitar el cumplimiento de responsabilidades derivada del contrato de trabajo, es por ello importante determinar las cualidades de los diferentes mecanismos de contratación y lo que caracteriza a cada uno, donde se asuman las cargas correctamente.

⁷⁰ PEREZ, Huertas Freddy. El principio de primacía de la realidad en el contrato individual de trabajo. Universidad Pontificia Javeriana. 1990. Pág. 76.

Es aquí, donde la figura de simulación en el contrato de prestación de servicios se hace presente, cuando no se cumple con lo establecido dentro de un documento o se pretende hacer creer otro tipo de situaciones que no están conforme a la realidad vivida por el trabajador dentro del desarrollo de la tarea asignada.

3.4. SIMULACIÓN EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

Otro mecanismo para evitar que se vulneren los derechos de los trabajadores por la contratación por medio de un contrato de prestación de servicios y se configure como un contrato realidad, es la comprobación de la simulación a través de los hechos que configuran el contrato de trabajo según el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo.

A través de esta figura se quiere engañar a la persona que firma el contrato y después encargar o delegar horario y funciones que no le corresponden según el contrato de trabajo, se tenga una actitud de subordinación aprovechando la necesidad del trabajador.

Cuando se altera el sistema de contratación se está alterando la ley porque no se están respetando las garantías del trabajador, ni mucho menos el reconocimiento de los pagos conforme a las necesidades del trabajador, a prestaciones sociales, mínimo vital, dignidad, etc.

Mediante el fraude de la ley, o sea gracia a la combinación de medios legales rigurosamente ordenados y ceñidos al texto de la ley, se realiza lo que la ley prohíbe; es la evicción de la ley por la ley, es la violación de la ley por la ley, pero de modo indirecto, se le viola no en su aspecto literal, sino en su espíritu, por eso, “el que defrauda no contradice las palabras de la ley: al contrario, se atiene

respetuosamente a su letra, pero en realidad va en contra el sentido de la disposición, viene a frustrar el fin a que tendía el principio jurídico.⁷¹

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se debatió una simulación en dos contratos existentes uno por prestación de servicios y otro contrato de trabajo, donde se alegaba lo que había sido definido como salario y lo que no constituía para el demandado, donde reprochaban que el Tribunal hubiera decretado un salario mayor al pactado, razonando la Corte expresa lo siguiente:

*“A pesar de que la demandada simuló la existencia de la única relación, al haber pactado con el demandante órdenes de prestación de servicios en el mismo intervalo de tiempo en que celebró el contrato de trabajo, ello con el único propósito de evadir las prestaciones laborales”.*⁷²

Es decir, para el tribunal, el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes fue un verdadero contrato de trabajo a término fijo, (aspecto no refutado en casación), naturaleza que conlleva, en forma ineluctable, que la remuneración pactada como retribución a la prestación del servicio no tenga otro carácter distinto al de la remuneración propia del contrato de trabajo, pues uno de los elementos del contrato de trabajo es el salario (art. 23 CST)⁷³.

⁷¹ FERRARA. Francisco. La simulación de los negocios jurídicos. Ed. Revistas de derecho privado. Madrid. 1960. Pág. 98

⁷² COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 37037. 25 de Enero de 2011. MP. Magistrado Ponente: JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

⁷³ Ibíd.

CONCLUSIONES

En el derecho laboral se han tomado en cuenta principios que van ligados a la constitución política de Colombia, donde deben prevalecer las garantías que la misma carta magna ha otorgado al individuo para que conviva en sociedad y pueda cumplir con el mínimo vital garantizado desde el propio esfuerzo representando en una actividad laboral.

Para el derecho laboral es importante tener en cuenta la realidad de las cosas sobre la formalidad y tecnicismo que encierran la manera de contratar, ya que a través del tiempo estas mismas pueden variar.

De estas relaciones laborales se deriva el cumplimiento de derechos y obligaciones inmersas en un contrato laboral tipificado en el Código Sustantivo del trabajo, ya que este mismo es el que se encarga de regular los comportamientos de las partes para que no encuentren litigio alguna en la práctica idónea, igualitaria, legal y justa.

El tratamiento doctrinario y jurisprudencial que se ha manejado en Colombia con respecto al contrato realidad que se constituye como un contrato de trabajo que comprende los elementos que exige el Código Sustantivo del Trabajo frente a la firma de un contrato de prestación de servicios, es la primacía del principio de la realidad para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores, teniendo en cuenta que es un principio que emana de la Constitución Política de 1991.

La realidad de las cosas, de las situaciones que pasan los trabajadores en el desempeño de una tarea asignada por el empleador, puede llegar a constituir

garantías adicionales a las acordadas con el patrono, una de ellas es cuando se firma un contrato de prestación de servicios pero se exceden en lo pactado, constituyéndose un contrato de trabajo donde los beneficios son las prestaciones sociales, el reconocimiento de la liquidación laboral y un sinfín que obliga la ley a cumplir.

El tipo de contrato de trabajo y su formalidad no impide que se reconozca una relación que ha surgido a partir de los hechos que constituyen el desempeño de la tarea laboral, en este caso el cumplimiento de los tres elementos esenciales de un contrato de trabajo.

Los derechos adquiridos frente al contrato realidad se han constituido desde el desarrollo de los tres elementos constitutivos de un contrato de trabajo, que son presumidos por el juez partiendo de la buena fe, de las pruebas aportadas por el interesados o con el decreto de pruebas por parte del competente para sanear los derechos que han sido violentados por el empleador.

BIBLIOGRAFIA

BECERRA. Toro Rodrigo. El contrato individual de trabajo. Ed. Temis. Bogotá. 1983

CARRO. Igelmo Alberto. Historia social del trabajo. Bosch Ed. Barcelona

CHAVEZ. Ávila Marceliano. (2011). El estatuto del trabajo contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. Ediciones nueva jurídica.

DE LA CUEVA. Mario. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Ed. Porrúa. México. 1995

FERRARA. Francisco. La simulación de los negocios jurídicos. Ed. Revistas de derecho privado. Madrid. 1960.

GONZALEZ. Charry Guillermo. Derecho laboral colombiano. Vol. I. Ed. Doctrina y Ley. Bogotá. 1994.

ISAZA. Cadavid Germán. Derecho laboral aplicado. Derecho laboral general, individual y colectivo. Seguridad social y pensiones. Procedimiento laboral. Decima quinta edición. Leyer. 2011.

JOSEERAND. Louis. Derecho Civil. Tomo I. Vol. I.

LOPEZ. Fajardo Alberto. Elementos de derecho del trabajo. Librería ediciones del profesional Ltda. Cuarta edición. 2010.

MARITAIN. Jacques. Los derechos del hombre. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1943.

Mijailov. La revolución Industrial. Panamericana. Bogotá. 1987.

MINISTERIO DE HACIENDA. (2013). concepto sobre prescripción de prestaciones sociales derivadas del reconocimiento del contrato realidad. RADICADO 003824-08-02-2013

MONERO. Pérez José Luis. Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Tirant Lo Blanch. Vlencia 1996.

MUÑOZ. Osorio Alcira. Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo. Pensamiento americano. 2012. File:///c:/users/4y3qa/downloads/105-101-1-pb.pdf

NIKITIN, P. económica Política. Ediciones nacionales. Bogotá. 1959

PÉREZ. Huertas Freddy. El principio de la primacía de la realidad en el contrato individual de trabajo. Pontificia universidad javeriana. Bogotá. 1990.

PEREZ, Huertas Freddy. El principio de primacía de la realidad en el contrato individual de trabajo. Universidad Pontífica Javeriana. 1990

PRECIADO. Agudelo. Darío. Presunción de paternidad legitima. Editorial Astrea Buenos Aires. 2004

SCHULZ. Fritz. Derecho Romano Clásico. Boshc. Ed. Barcelona. 1960.

NORMATIVIDAD.

COLOMBIA. Congreso de la Republica. Código Sustantivo del Trabajo. Legis. Edición 2012.

COLOMBIA. Congreso de la Republica. Código de Procedimiento Laboral. Legis. Edición 2012.

COLOMBIA. DECRETO 1848 DE 1969. Por el cual se reglamenta el decreto 3135 de 1968.

JURISPRUDENCIA.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia c-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [Http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm)

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia t-556 de 2011. MP. María Victoria Calle Correa. [Http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-556-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-556-11.htm)

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda – Subsección A. Consejero Ponente: DR. Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente No. 68001- 23-15-000-2003- 00909-01. No. Interno: (2630-08)

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil diez (2010). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-05650-01(0924-09)

COLOMBIA. (Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda Subsección B. Consejera ponente Berta Lucia Ramírez. Radicación número 47001-23-31-000-2005-01031-01(1562-08)

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón. Expediente número 08001-23-31-000-2001-02100-01(1078-09)

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", auto de 13 de junio de 2003, Expediente: 3703-02, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-556 de 2011. MP. María Victoria Calle Correa. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-556-11.htm>

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T- 286 de 1994. MP. José Gregorio Hernández. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-286-94.htm>

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T- 903 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-903-10.htm>

COLOMBIA. Tribunal Superior Distrito Judicial de Neiva Sala Primera Laboral. Sentencia 41001-31-05-002-2009-00844-01. MP. María Amanda Noguera de Viteri

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia c-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [Http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm)

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación 32735. MP. Luis Javier Osorio López.

COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia c-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [Http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm)

COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia t-556 de 2011. MP. María victoria calle correa. [Http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-556-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-556-11.htm)

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral en sentencia de noviembre de 27 de 1957

COLOMBIA. Corte suprema de justicia. Sala de casación civil. Primero de diciembre de 1981.

PAGINAS CON ACCESO A WWW.

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA. Centro de investigaciones. Líneas de investigación.

[Http://www.unilibre.edu.co/centroinvestigaciones/images/stories/pdfs/2014/lineas2014.pdf](http://www.unilibre.edu.co/centroinvestigaciones/images/stories/pdfs/2014/lineas2014.pdf)

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA. Josué Otto de Quesada Varona. Guía 1. Aplicación del método teórico de inducción – deducción. Pág. 72.

Cuál es la diferencia de un contrato de prestación de servicios y un contrato de trabajo.

[Http://www.lared.com.co/kitdeherramientas/casoslaborales/diferenciasentrecontratos.asp?clave=](http://www.lared.com.co/kitdeherramientas/casoslaborales/diferenciasentrecontratos.asp?clave=)

Finanzas personales. Contrato laboral vs prestación de servicios. [Http://www.finanzaspersonales.com.co/trabajo-y-educacion/articulo/contrato-laboral-vs-prestacion-servicios/38009](http://www.finanzaspersonales.com.co/trabajo-y-educacion/articulo/contrato-laboral-vs-prestacion-servicios/38009)

RAE. Significado de libertad.
[Http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=bcyexuxxudxx2qtxand](http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=bcyexuxxudxx2qtxand)

NACIONES UNIDAS. Declaración universal de derechos humanos.
[Http://www.un.org/es/documents/udhr/](http://www.un.org/es/documents/udhr/)