

**Móviles para determinar si existe o no un contrato realidad en las diferentes  
figuras de tercerización laboral**

**Trabajo de Grado**

**Juan Diego Salazar Henao**

**Luís Felipe Marulanda Giraldo**

**Universidad de Manizales**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Programa de Derecho**

**Septiembre de 2014**

Asesor del escrito

Wilson Alberto Nieto Ríos. Candidato a Magister en Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Seguridad Social de la Universidad de Manizales. Abogado de la Universidad de Manizales. Docente de Derecho Laboral de la Universidad de Manizales.

Acerca de los autores

Juan Diego Salazar Henao. Aspirante al título de Abogado de la Universidad de Manizales.

Luis Felipe Marulanda Giraldo. Aspirante al título de Abogado de la Universidad de Manizales.

El presente trabajo es realizado para optar por los títulos de Abogados de la Universidad de Manizales.

Cualquier correspondencia con respecto al escrito, puede ser enviada a los correos [juansh\\_92@hotmail.com](mailto:juansh_92@hotmail.com) y [lufema00@hotmail.com](mailto:lufema00@hotmail.com)

## Presentación

Desde un completo análisis jurídico y una óptica más profunda de la problemática actual, relacionada con las modalidades de “contratación laboral”, se ha buscado abordar el tema desde varias perspectivas y fuentes del Derecho para llegar a una conclusión lógica y concienzuda del por qué se presenta el simulación de las relaciones laborales en las figuras de tercerización laboral, teniendo como objetivo primordial la protección de los derechos laborales de los trabajadores del país.

Para ello se han analizado todas las modalidades y tipos de contratos utilizados en el entorno laboral, el alcance de la subordinación en cada uno de ellos y los elementos diferenciales entre los tipos de contratos laborales, civiles y comerciales.

Con el presente se abordarán las leyes preexistentes y establecidas para las modalidades de contratos laborales, además se revisarán de una manera exhaustiva para identificar dónde están los vacíos jurídicos que permiten a los empleadores obrar de manera fraudulenta y violar las garantías constitucionales enmarcadas en los principios de la Ley Laboral.

De manera profunda se analizarán los estudios de tratadistas en el tema laboral, para llegar a conclusiones como la subordinación en los diferentes tipos de contratos y frente a los diversos pronunciamientos de la Corte sobre el tema laboral, además, cómo el Gobierno ha adoptado las medidas necesarias para evitar estos fraudes que sólo han expuesto a los trabajadores a que sean privados de sus garantías laborales y constitucionales.

## Introducción

La formalización laboral en nuestro entorno se ha ido incrementando de manera favorable para los trabajadores, pero siguen existiendo vacíos que para la ley han sido difíciles de resolver y controlar. Desde la óptica de las fuentes del derecho se busca hacer un análisis profundo a este complejo problema que está dando vía libre a la vulneración de derechos fundamentales, originando así un fraude al contrato de trabajo y privando a las personas de la tranquilidad que puede generar una estabilidad laboral.

En el presente trabajo se analizarán las diferentes formas de contratación “laboral” y se revisaran de forma puntual las leyes preexistentes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional en todo lo establecido en la contratación laboral, ubicando dentro de los diferentes tipos de contratos, tanto civiles como comerciales, los tres requisitos para que se configure una relación laboral como son la subordinación, el salario y la prestación personal del servicio, operando así el contrato realidad”.

Desde la óptica de la Constitución, el derecho al trabajo es tomado como un derecho fundamental y goza de total protección, incluyendo en éste personas en situación de discapacidad, en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta,

creando desde el ordenamiento jurídico una serie de normas, leyes, decretos y resoluciones para proteger a las personas que laboran y que no se les vulnere su derecho al trabajo y los derechos derivados de una relación laboral que debe contener todos los requisitos establecidos por el Código Sustantivo del Trabajo y proteger los derechos individuales de las personas.

Con este trabajo se pretenden proporcionar herramientas a los trabajadores y empleadores sobre los conceptos básicos en las diferentes modalidades de contratación para que puedan identificar claramente si están incurriendo en un fraude al contrato de trabajo y al mismo tiempo si están siendo vulnerados sus derechos como trabajadores, ya que este es uno de los temas más recurrentes en las consultas jurídicas laborales.

Planteamiento Descriptivo del Problema (Planteamiento del Problema de Investigación)

Posterior al estudio del Código Sustantivo de Trabajo; (C.S.T), se muestra claramente la protección que busca brindar el Estado a los derechos de los trabajadores y que no deben ser vulnerados por los empleadores.

En nuestro ordenamiento jurídico es necesario que concurren tres elementos esenciales para la constitución o conformación de una relación laboral; una continuada subordinación, remuneración a cambio del servicio prestado y la prestación personal del servicio por parte del trabajador estos dos últimos elementos se pueden evidenciar en cualquier relación laboral, pero es el primer elemento (Subordinación) el que hace que nazca a la vida jurídica ese derecho laboral y constitucional de los trabajadores a recibir todos los beneficios otorgados por la ley.

A falta de este primer elemento esencial podemos estar hablando de contratos de prestación de servicios de cualquier índole jurídica donde no surge la obligación por parte del empleador a pagar las prestaciones propias de las relaciones laborales.

No es un tema desconocido para nosotros los estudiosos del derecho que este elemento esencial (subordinación) ha proporcionado herramientas que faciliten el

fraude a las relaciones laborales en detrimento de los derechos patrimoniales, laborales y constitucionales de los trabajadores.

Este ha sido un problema constante en la legislación laboral de nuestro país y aunque se ha buscado una solución, esta no ha sido encontrada, manteniéndose el beneficio de los empleadores que en provecho del desconocimiento de los trabajadores incrementan su patrimonio al evitar el pago de las prestaciones sociales que por derecho constitucional tienen sus subordinados.

## Pregunta del Problema (Planteamiento del Problema de Investigación)

¿Cuáles son los móviles para determinar si existe o no un contrato realidad en las diferentes figuras de tercerización laboral?

Este trabajo se desarrollará en un área geográfica determinada por los distritos judiciales como son el de la ciudad de Manizales, Caldas y se basará en estudios y jurisprudencia vigente comprendida en los últimos cuatro (4) años.

## Palabras Clave

Contrato Laboral, Subordinación, Fraude, Contratista, Contratante, Empleador, Trabajador, Contrato Realidad, Contrato de Prestación de Servicios.

## Hipótesis (Categorías y Variables)

En nuestro ordenamiento jurídico es necesario que concurren tres elementos esenciales para la constitución o conformación de una relación laboral; una continuada subordinación, remuneración a cambio del servicio prestado y la prestación personal del servicio por parte del trabajador estos dos últimos elementos se pueden evidenciar en cualquier relación laboral, pero es el primer elemento (Subordinación) el que hace que nazca a la vida jurídica ese derecho laboral y constitucional de los trabajadores a recibir todos los beneficios otorgados por la ley.

Este último ítem es la principal circunstancia que permite salirse del ocultamiento de los contratos laborales, la subordinación aunque no sea ejercida por el empleador pero se conserve en la relación laboral, debe ser el pilar fundamental y el blindaje del que debe ser revestido todo tipo de contrato para obtener tal calidad.

Por tal razón es el punto a resaltar en el transcurso de la investigación y desarrollo del proyecto.

Metodología

## Tipo de Investigación

Ante la complejidad de la problemática que se pretende abordar en el presente estudio, el proceso investigativo se enmarca en el paradigma cualitativo, con el fin de examinar las relaciones sociales y describir la realidad tal como la experimentan sus correspondientes protagonistas, en este caso los trabajadores.

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto en la pregunta y en los objetivos del estudio, los niveles de producción en la investigación se sitúan en lo descriptivo explicativo. Descriptivo porque se requiere dar a conocer las características de los ocultamientos a los contratos laborales y por las cuales se vulneran derechos de carácter irrenunciable para los trabajadores.

Es explicativa, en el sentido que busca exponer la ocurrencia de un fenómeno y expresar la relación causa - efecto, para el presente caso obtener los argumentos necesarios para dar las razones por las cuales la norma deja esos vacíos que permiten simular los contratos de trabajo en contratos civiles, para que los empleadores sean eximidos de cancelar las prestaciones que por derecho están en cabeza de los trabajadores.

Estará basada en la recopilación de hechos ya establecidos y de escritos nacionales o internacionales sobre los temas a tratar, haciendo un barrido

jurisprudencial y doctrinal sobre las diferentes posiciones que se tienen sobre las modalidades de contratación laboral.

## Método

Para el desarrollo de la investigación se tiene previsto:

- 1- La definición de la situación o área del problema: Para ello se realizó la revisión teórica pertinente en cuanto a los antecedentes, la definición de la pregunta problema, la definición del tipo de investigación y la estructuración del proceso metodológico.
  
- 2- Organización y revisión de la calidad de la información recolectada.
  
- 3- Interpretación y conceptualización de resultados.

En el presente trabajo también se recurrirá a la consulta, con un método interpretativo y de análisis sobre la problemática que se ha presentado durante los últimos años con relación a los temas laborales y de contratación laboral, con el fin de subsanar los vacíos existentes en la aplicación de los contratos de trabajo.

## Fuentes de Información Secundarias

Como fuentes de información se incluirán autores que han escrito diferentes artículos y libros sobre los temas del presente, como también jurisprudencia, tratados internacionales, normatividad actual y derogada colombiana, páginas de internet, y demás fuentes de información aplicables al tema.

Las fuentes de información secundarias son aquellas de donde el investigador recoge información de estudios previos, literatura, estadísticas ya existentes y previo planteamiento del objeto de estudio; para este caso la revisión de la jurisprudencia y normatividad aplicable al caso en concreto, serán una base de información fundamental para la elaboración del proyecto.

## Técnicas e Instrumentos de Recolección de Información

Las técnicas se enfocarán en consultas en diferentes bibliotecas, bases de datos o soportes escritos que sirvan de fuente de conocimiento para ahondar más en el tema de contratación laboral, jurisprudencia y normas aplicables al caso en concreto que aporten a la solución del problema jurídico objeto de la investigación.

## Depuración y Sistematización de la Información

Se espera cumplir con las metas propuestas en la investigación, las cuales son la protección de los derechos de los trabajadores que por ley son de carácter cierto e indiscutible, velar por la integridad de los mismos y sus derechos laborales que son desconocidos por algunos empleadores disfrazando las relaciones labores con contratos civiles, desnaturalizando el fin para el cual fueron creados dichos contratos; logrando así la omisión en el pago de las prestaciones sociales evidenciando de manera notoria las condiciones precarias a las que están sometidos muchos trabajadores, pasando por alto las normas consagradas, no sólo en el C.S.T sino también en la Carta Política.

## Cronograma de Trabajo

MESES	MES#1	MES #2	MES # 3	MES #4	MES #5	MES # 6	MES #7	Mes # 8	Mes # 9
ACTIVIDADES	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO
Estructuración (tema a trabajar) y aprobación del trabajo de grado	x								
Etapas (plan de proyecto)		x	x						
Aprobación del proyecto y reuniones con el director del proyecto		x	x	X	x	x			
Recopilación y revisión de información				X	x	x	x		
Capítulo N°. 1								x	
Capítulo N°. 2								x	
Capítulo N°. 3 Y entrega									x

## Marco Teórico (y conceptual)

Sobre el impacto que pueda tener el presente trabajo, está claramente definido en el contenido del mismo toda vez que sirve como guía, tanto a abogados como a empleadores, para distinguir las diferentes modalidades contractuales como se puede desarrollar una relación laboral dentro del margen legal y así no incurrir en delitos que conlleven a la violación de los derechos de los trabajadores.

Se busca tener un impacto social y económico en el entorno...al calificar el derecho al trabajo como un derecho igual de fundamental a la vida, y teniendo claro que el derecho a la vida no solo se limita a existir sino a subsistir, es necesario ejercer la profesión y los oficios que cada uno a su libertad decidió desempeñar para tener una calidad y dignidad de vida; por tal razón todos los esfuerzos tanto investigativos como prácticos en búsqueda de la protección al derecho del trabajo, deben ir a la par con el carácter de constitucional del mismo.

## Primera Parte De los Contratos Prestacionales

### 1.1. Contrato de Prestación de Servicios

Los contratos de prestación de servicios son una de las modalidades de contratación que más se utiliza en nuestro país para violar los derechos laborales y constitucionales, que tienen las personas que por medio de este tipo de

contratación realizan una actividad personal dentro de una empresa o institución de carácter público.

Donde más se evidencia esta violación es en el pago de la seguridad social que se ve alterada ya que los trabajadores asumen esos gastos, lo que trae dificultades en el tema de seguridad pensional y otra clara violación que está relacionada con las condiciones justas y el trabajo decente con una estabilidad que puede brindar otra modalidad de contratación laboral.

Los contratos de prestación de servicios están enmarcados en las normas de carácter civil y comercial y sus controversias se deben solucionar por la jurisdicción ordinaria ya que no existe -una relación laboral- sino un contrato donde una persona se obliga a hacer una cosa y otra a pagar por la actividad independiente desarrollada. Puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

En el Código Civil colombiano se establece en su Art. 1494 Fuente de las Obligaciones que: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades

de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (...)", y en sus artículos siguientes están estipulados las modalidades de contratos.

De igual forma en los requisitos para que nazcan a la vida jurídica, se debe establecer que si se vincula a una persona por esta modalidad de contrato de prestación de servicios, tendrá que ser de manera ocasional, de modo tal que no se cumpla con los requisitos contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, que no se genere una relación laboral.

El contrato de prestación de servicios en nuestra legislación, forma parte de una amplia variedad de contratos en el cual, a criterio de los interesados y con base en las disposiciones legales existentes, se acordarán aspectos como objeto, remuneración por los servicios prestados, tiempo de ejecución de las actividades contratadas y las causas de terminación del contrato, sin que entre ellos exista una relación de carácter laboral, por lo tanto no le son aplicables las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, sobre el reconocimiento y pago de la liquidación de prestaciones sociales como sucede cuando se diere la terminación de un contrato de trabajo.

En la página de internet del [www.empleo.com](http://www.empleo.com) hacen una claridad sobre el particular: "Por consiguiente, no importa la forma que se adopte o la denominación que se le dé, en el contrato lo importante es la prestación permanente del trabajo y sus carácter subordinado".

Mientras que, el Código de Comercio por su parte, define el Contrato de Suministro de Servicios en el artículo 968, así: "El Suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios". Se define también que los contratistas independientes cotizarán al sistema General de Seguridad Social en salud el porcentaje obligatorio sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensual del contrato. El contratista podrá autorizar a la entidad contratante el descuento y pago de la cotización sin que ello genere relación laboral. Y el contratante está en la obligación de solicitar los soportes de pago correspondientes al periodo por el cual se firmó el contrato.

Significa que la base de cotización para los sistemas de salud y pensiones del contratista, corresponderá exactamente al 40% del valor bruto del contrato facturado en forma mensual, porcentaje sobre el cual se calculará el monto del aparte que en salud y pensiones debe efectuarse, el cual corresponde al 12.5%

y 16% del ingreso base, respectivamente. En este caso, si el ingreso base de cotización resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente, sobre este salario deberá cotizarse, toda vez que en los sistemas de salud y pensiones no se puede cotizar sobre una base inferior a un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv) ni superior a veinticinco (25).

Los elementos más destacables del contrato de prestación de servicios y que realmente lo configuran sin que se entienda como contrato laboral son:

1. 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.
2. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
3. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado.
4. Su forma de remuneración es por honorarios.
5. No se genera en estos contratos ninguna relación laboral y por ende no hay lugar al pago de prestaciones sociales.
6. La afiliación al sistema integral de seguridad social se debe realizar como trabajador independiente, esto es, asume la totalidad de las cotizaciones.

Sobre la presunción del contrato o de la relación laboral, el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo reza lo siguiente: "Presunción. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. No obstante, quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada".

La violación de los derechos fundamentales que se ve por consecuencia de la suscripción de un contrato de prestación de servicios y la concurrencia, si así se puede decir, en un -delito penal- por la falta de garantías constitucionales y el enmascarar una relación laboral donde se dan los elementos esenciales del contrato de trabajo, es a lo que las personas sujetas de estos derechos que son ciertos e indiscutibles, renuncia en un momento determinado. La mayoría de empresas y las entidades del estado acuden a este tipo de contratación con el fin de evadir de una forma legal el pago de parafiscales y por el contrario les exigen a sus contratistas que cumplan un horario y realicen unas tareas determinadas con indicaciones propias de sus superiores.

"...La Carta Política establece en cabeza de todos los trabajadores, sin discriminación alguna, una especial protección del Estado, y les garantiza el ejercicio pleno y efectivo de un trabajo en condiciones dignas y justas, así como un trato igual. Por lo tanto, cuando a un reducido sector de trabajadores que prestan sus servicios personales remunerados en forma habitual, en desarrollo de un contrato civil o comercial, y pretenden alegar la subordinación jurídica, al trasladársele la carga de la prueba de la subordinación, se produce ciertamente, dentro del criterio de la prevalencia de la realidad sobre la forma, una discriminación en relación con el resto de los trabajadores, colocando a aquellos, en una situación más desfavorable frente al empleador, no obstante que la Constitución exige para todos un trato igual (artículo 13 CP).

## 1.2. Cooperativos de Trabajo Asociado

En Colombia hay varias formas de asociación para el desarrollo de actividades propias de trabajadores, con el fin de enmascarar las relaciones laborales. Una de estas modalidades son las C.T.A (Cooperativas de Trabajo Asociado) que fueron creadas bajo la primicia de organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de

actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

El Decreto 4588 de 2006 en su Artículo 13 indica: “Naturaleza especial y regulación de la relación entre los asociados y la cooperativa. Las relaciones entre la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza cooperativa y solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones”.

No se regularán por las normas laborales vigentes y aplicables a la materia, de igual forma no se percibirán salarios sino compensaciones que están enmarcadas en el Artículo 25 del decreto 4588 de 2006 donde se afirma: “Régimen de Compensaciones. Compensaciones son todas las sumas de dinero que recibe el asociado, pactadas como tales, por la ejecución de su actividad material o inmaterial, las cuales no constituyen salario (...)”.

El vínculo que hay entre los trabajadores es de asociación y están vinculados -laboralmente- como asociados, relaciones que no están estipuladas en el Código

Sustantivo de Trabajo. Por tratarse de una relación entre asociados es un vínculo de naturaleza cooperativa y solidaria donde sus socios se reúnen libremente para ejercer sus actividades físicas, materiales, intelectuales o científicas con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general, y son los mismos trabajadores quienes organizan las actividades de trabajo.

Desde ese enfoque no hay una subordinación teniendo en cuenta que buscan es un bien común. En este sentido, el Decreto 4588 de 2006 establece en el Artículo 25 que: “Las compensaciones son todas las sumas de dinero que recibe el asociado, pactadas como tales, por la ejecución de su actividad material o inmaterial, las cuales no constituyen salario o compensación ordinaria mensual”, y según el Artículo 3 de la Ley 1233 de 2008: “No podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, salvo que la actividad se realice en tiempos inferiores, en cuyo caso será proporcional a la labor desempeñada, a la cantidad y a la calidad, según se establezca en el correspondiente régimen interno”.

Dada la inexistencia del vínculo laboral entre la Cooperativa de Trabajo y los trabajadores asociados, no se genera el pago de las prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, dotación de calzado y vestido de labor), vacaciones y demás prerrogativas laborales propias del contrato

de trabajo. Pero dichas cooperativas deben pagar la seguridad social de sus asociados como son salud, pensión y riesgos laborales aplicando toda la normatividad en materia de trabajo independiente.

Es irracional pensar que no hay una subordinación ya que en el entendido de una relación cooperativa y asociados que desempeñan un trabajo, debe existir de una u otra forma unas laborales que deben desarrollarse con un lleno de requisitos, y para ello es necesario que alguien dirija e indique las funciones diarias a realizar o la misma organización dé las labores por las cuales se está pagando una suma de dinero determinada y de igual forma si se aplican principios básicos estipulados en el C.S.T como la misma estabilidad laboral reforzada, entonces no se podría hablar de la inexistencia de una relación laboral real donde no se apliquen normas de carácter laboral.

Al existir una subordinación y un salario por una función determinada, estamos frente a un contrato realidad que tiene inmersos los elementos que configuran el contrato laboral y es ahí donde se ve una vulneración de los derechos fundamentales de los asociados toda vez que no cuenta con las prestaciones sociales que por ley tienen derecho al desarrollar una actividad propia de una relación laboral y tal como lo expone (Isaza) en su libro Derecho Laboral Aplicado:

“Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo”  
(p. 88).

El inciso 2° del Art. 24 de C.S.T., modificado por el Art 2° de la ley 50 de 1990, había señalado que: “No obstante, quien habitualmente presente sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación (...)”. Esta presunción como la de su estirpe, parte de la base de un hecho cierto, la relación de trabajo personal.

La sentencia T-195 de 2007 establece: “Cooperativas de Trabajo Asociado - Relaciones con sus Asociados. La vinculación formal a una cooperativa de trabajo asociado no excluye que en la práctica, entre ésta y el trabajador asociado, surja una relación laboral. Esto sucede cuando a pesar de las formalidades, la cooperativa establece una relación de subordinación con el supuesto trabajador asociado, dictándole órdenes para el cumplimiento de sus labores, estableciendo un horario para desempeñarlas y pagándole una remuneración en contraprestación a los servicios prestados. (...)”.

Es de esta forma que no se puede disfrazar una relación laboral comprendida por una obligación de realizar una actividad personal para la cual se va a percibir una suma de dinero, integrando así los tres elementos de un contrato de trabajo o hecho cierto para lo cual en la práctica ha sido violentado de forma directa por diferentes empleadores que utilizando la figura de C.T.A. abusan de un grupo de personas y les pagan sumas irrisorias sin el lleno de las garantías legales y constitucional a que tienen derecho.

No obstante las controversias surgidas por una relación de asociado y cooperativa se deben resolver por tribunales de arbitramento dentro de las normas del derecho civil o su aplicación analógica en el derecho laboral. Es allí donde encontramos un gran vacío de ley ya que al no estipularse como relaciones laborales, tienen toda la connotación de una y de igual forma se determinan las vías legales para la solución de conflictos. Pero de estipularse una relación laboral, el asociado, o en este caso el trabajador, tiene todos los derechos enmarcados en la jurisdicción laboral para la solución de sus controversias y el reconocimiento de sus derechos adquiridos como trabajador.

### 1.3. Empresas de Servicios Temporales (EST)

En nuestro país, las Empresas de Servicios Temporales empezaron a funcionar en la década del 60, y lo hacían sin una regulación específica, tanto que se

confundían con las agencias de colocación o empleo, reglamentadas por el Decreto 2676 de 1971. Posteriormente, mediante el decreto 1433 de 1983, se estableció la naturaleza y características de la prestación del servicio temporal en Colombia, adquiriendo status legal con la Ley 50 de 1990 de reforma laboral.

La temporalidad se refiere al servicio contratado por la empresa usuaria y no al contrato laboral de la Empresa de Servicios Temporales con sus trabajadores, de los cuales es su verdadero empleador, y por lo mismo, responde no sólo del pago de sus salarios sino de todas sus prestaciones, proporcional al tiempo laborado cualquiera que éste sea, y demás prerrogativas que concede la legislación laboral a cualquier trabajador. En este sentido, la normatividad establecida no permite que la temporalidad se utilice como una constante ni como estrategia de sustitución de empleados a término indefinido por temporales, toda vez que el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 es claro en definir los casos en que las empresas usuarias pueden contratar con las temporales.

Efectivamente, debe resaltarse que la Corte señala que el exceso en la contratación por contrato a término fijo, superando la prórroga adicional de seis meses, convierte el usuario de la empresa en patrón y a la empresa de servicios temporales en solidario de una relación laboral a término indefinido. Es ahí donde vemos un abuso en la contratación a través de una empresa temporal ya que el contrato lo renuevan indefinidamente por términos iguales a los seis meses. Y darle al trabajador una estabilidad y una garantía de protección de sus derechos.

Hay que tener en cuenta que toda empresa de servicios temporales debe estar debidamente autorizada por el Ministerio de Trabajo para no caer en actividades ilícitas e incurrir en vulneración de derecho de los trabajadores.

Es el Estado el encargado de vigilar e inspeccionar el correcto funcionamiento y los lineamientos claros con los cuales debe funcionar una empresa dedicada al suministro de personal por esta modalidad de contratación.

Como lo define el Decreto 4369 de 2006 por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones en su Artículo 12. "Afiliación de trabajadores al Sistema de Seguridad Social Integral. Las Empresas de Servicios Temporales están obligadas a afiliar y a pagar los aportes parafiscales y los aportes a los Sistemas de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, de acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia".

Los trabajadores vinculados a este tipo de empresas tienen seguridad social mientras estén cumpliendo con el contrato, en el momento de que se acabe el

mismo no, y tienen derecho a su respectiva liquidación ni vacaciones las cuales deberían ser liquidadas de forma porcentual al tiempo laborado, pero es de aclarar que es una práctica que estas empresas ejecutan con el ánimo de asegurar una mayor rentabilidad vulnerando los derechos de estos trabajadores. Es de anotar que los trabajadores no tienen una garantía real que para un nuevo contrato van a ser vinculados y sus prestaciones pagadas.

La Ley 50 DE 1990 (diciembre 28) por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones en su Artículo 74 establece lo siguiente: “Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) Categorías, Trabajadores de Planta y Trabajadores en Misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos”.

Se puede observar que una (EST) que vincule a una persona con contratos sucesivos, se puede establecer una relación laboral ya que la modalidad de contrato a término definido o fijo como lo establece el C.S.T. en su Artículo 46: “Contrato a termino fijo. Subrogado por el Art. 3, Ley 50 de 1990, el nuevo texto es el siguiente: El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por

escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente”.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

Paragrafo. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea”.

La naturaleza jurídica de este tipo de contratación se establece en la base de generar un suministro de personal para un tercero y por un término determinado la vulneración se estipula en la falta de garantías y derechos laborales a que se ven expuestas las personas que ejecutan estos contratos, que no pueden acceder a productos crediticios porque su estabilidad laboral es incierta, y por otro lado los fondos de trabajadores o de ahorro no les prestan dinero por el mismo hecho de que sus contratos no tienen continuidad, sin dejar pasar por alto el que quieran aspirar a un mejor salario o a un ascenso dentro de las empresas donde trabajan.

#### 1.4. Outsourcing

Esta modalidad de subcontratación o tercerización puede llegar a ser la más usada en el campo laboral en nuestro país, teniendo en cuenta que no significa que un tercero haga todo, simplemente se debe ver en ciertas actividades donde la empresa no tenga esa función dentro de su objeto social o para lo cual se debe contratar a un tercero con el fin de que realice una función determinada y considerando que la subcontratación es el proceso económico en el cual una empresa determinada, mueve o destina los recursos orientados a cumplir ciertas tareas, a una empresa externa, por medio de un contrato.

Es así como se complementa una cadena productiva buscando siempre una economía en la elaboración de productos o en la realización de tareas determinadas con empresas especializadas y se encarga de hacer una parte del proceso, con autonomía, personal y trabajadores. No existe ningún tipo de subordinación entre los trabajadores del tercero y la empresa la cual está desarrollando esa labor específica, ósea que actúa bajo su propia cuenta y riesgo.

Se puede hablar de una intermediación laboral o que se pierda el concepto de tercerización y es castigado en nuestro país cuando la empresa a quien se le desarrolla la labor o se contrata bajo la figura Outsourcing es dueña de los medios de producción (maquinaria e instalaciones), en los que deben operar los

trabajadores del tercero especializado o cuando el jefe de esta empresa da órdenes o ejerce mando sobre estos trabajadores del tercero, así mismo si determina cuando se finalice un contrato o se vincula algún trabajador.

Si la tercerización u Outsourcing, en el fondo no lo es, sino que simplemente es una contratación indirecta de los trabajadores, pero en realidad se tiene el mando sobre éstos a pesar de estar en nómina de la empresa especializada, la legislación nacional castiga severamente esto.

Tal y como está establecido por la Ley 1429 de 2010: “Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo”, hay una serie de incentivos tributarios para las empresas que vinculen laboralmente a sus empleados y lo hagan de forma directa y también la implementación del Outsourcing según los especialistas del tema, logra que a mediano plazo, los costos se reduzcan ya que los generados por las innovaciones tecnológicas en las áreas que han sido contratadas externamente serán asumidos por el contratista.

Sin embargo esto anticipa desde ahora la necesidad de elaborar un contrato con un buen nivel de flexibilidad que permita irse adaptando a las necesidades cambiantes del mercado y de la nueva tecnología.

Por su parte Manrique Nieto, Carlos Eduardo; Gómez Estrada, César y Madriñán de la Torre, Ramón Eduardo (1999) indican: “Teniendo en cuenta la búsqueda de

una mayor eficiencia y menores costos, provoca con ellos una mejor racionalización de los riesgos propios de su gestión empresarial, aprovechando la especialización de una fuente externa que le permite concentrar sus recursos en aquello que es de la esencia de la empresa y que han recibido entre nosotros la denominación anglosajona de Outsourcing. Constituye la delegación de actividades no esenciales o propias de una empresa, en otras empresas independientes que poseen su propia organización y su propio establecimiento especializado en la prestación de un servicio particular... ”.

La tercerización se puede llegar a convertir en una tendencia importante dentro de las empresas, pero su mal uso puede conllevar a un fraude en las relaciones laborales puesto que no es de negar que los trabajadores que están expuestos a que la empresa para la cual se está prestando la tercerización sean de algún modo subordinados por éstas y así se puede configurar una relación laboral que tendría como consecuencias una solidaridad entre las dos empresas contratantes y todas las indemnización o pagos a que tengan derecho los trabajadores podrían representar un perjuicio económico para ambas.

Si bien es cierto que la tercerización laboral se ha vuelto una herramienta para las empresas de nuestro país, y donde las hacen más competitivas a nivel global porque centra su mayor esfuerzo en el objeto social de la empresa, haciendo contratos de tercerización y buscando otros medios de producción, como también

hay empresas que para reducir costos tanto administrativos como tributarios disfrazan su contratación con esta modalidad de tercerización.

Este tipo de contrato tiene unas características especiales de tipo civil y comercial como se enuncian a continuación:

- Es un contrato atípico.
- Es un contrato de organización.
- Es un contrato de duración.
- Es un contrato de resultados.
- Es un contrato principal.
- Es un contrato consensual.
- Es un contrato con prestaciones recíprocas.
- Es un contrato oneroso.
- Es un contrato de vinculación.

No tiene ninguna connotación, ni elementos estructurales de los contratos laborales y se rige por las normas del derecho civil y comercial, más no por las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T), motivo por el cual es un error y si se quiere tomar como un fraude a las relaciones labores cuando se enmascaran en los contratos de tercerización un vínculo obligatorio con unos elementos claros de un contrato laboral.

Otras de las ventajas claras en la contratación directa y el vínculo laboral bajo la modalidad de un contrato de trabajo, es que los trabajadores no deben preocuparse por la vulneración de sus derechos o por una inestabilidad laboral generada por un término incierto, sino que por el contrario toda su capacidad y buen desempeño estará destinado para el mejoramiento de sus tareas diarias y así fomentar una relación de confraternidad entre el empleador y sus trabajadores, relación que se verá reflejada en óptimo desempeño y mejores ganancias dentro de la organización.

#### 1.5. Contratos Sindicales

En muchas empresas de Colombia hay sindicatos que se han fortalecido a través del tiempo por su buen manejo, dirección con ideas claras y luchando siempre por el bien de sus asociados, con una defensa de sus intereses tanto laborales como económicos.

Los sindicatos se fortalecen con una estructura interna sólida y con la creación de estrategias claras para el favorecimiento económico de sus asociados. Es así como en sus pliegos de condiciones y convenciones colectivas se introduce el tema de contratos sindicales, si está claro y tal como lo dicta el Art. 355 del C.S.T: “Los sindicatos no pueden tener por objeto la explotación de negocios o

actividades con fines de lucro” y la Corte Constitucional declaró exequible este artículo mediante sentencia C-797 del 29 de Junio de 2000, momento desde que los sindicatos en Colombia se volvieron una fuerza económica grande y con poder.

La ley les permite hacer contratos sindicales con otros sindicatos o con empresas, con el Decreto 1429 de 2010 se reguló esta modalidad de contratación y le dio la facultad a los sindicatos de celebrar contratos con fines de lucro para sus asociados y tiene como consideración lo siguiente: “Que el contrato sindical es una institución jurídica del derecho colectivo del trabajo, a través de la cual los sindicatos pueden participar en la gestión de las empresas y en la promoción del trabajo colectivo.

Que de conformidad con el numeral 3 del artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo, los sindicatos tienen entre sus funciones celebrar contratos sindicales, garantizar su cumplimiento por parte de sus afiliados y ejercer los derechos y acciones que de ellos nazcan.

Que en virtud de lo anterior y conforme a lo previsto en los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo, es pertinente reglamentar aspectos atinentes al contrato sindical.

Que además del Pacto Colectivo y de la Convención Colectiva, el Contrato Sindical es otra forma de contratación colectiva”.

La claridad que hay que tener sobre el tema en particular radica en que no se tienen los elementos de un contrato de trabajo si no que se entiende como un contrato de prestación de servicios donde se obligan hacer algo así mismo. En el Artículo 1 del Decreto 1429 de 2010 dice lo siguiente: “El contrato sindical como un acuerdo de voluntades, de naturaleza colectivo-laboral, tiene las características de un contrato solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo”.

Es claro que quienes no aceptan la figura del contrato sindical, argumentan que el sindicato asume una posición de patrono, y que así se desvirtuaría la razón de ser del derecho de asociación; es decir, afirman que los sindicatos pasan de ser un grupo de trabajadores que buscan la reivindicación de sus derechos laborales a ser, por medio de esta figura, sólo empleadores, se podría ver como un punto en contra de esta modalidad de contratación y se contrapone a un punto a favor como

el contrato sindical como mecanismo que, con un estricto manejo ético y transparente por parte del sindicato, puede representar una forma de promover el derecho a la negociación colectiva, a la promoción del derecho de asociación sindical y a generar empleos más dignos; además puede ser una muy buena herramienta contra la política antisindical que ejercen el gobierno en sus instituciones y las empresas.

Este tipo de contrato como parte integrante de un derecho en la negociación, tiene gran importancia como alternativa para el movimiento sindical, en la medida que posibilita la utilización de esta figura que está establecida en la ley, con la cual se puede mantener la contratación colectiva y evitar la desnaturalización de la relación de trabajo, o que el empleador acuda a otras formas de subcontratación para solucionar determinadas necesidades de servicios, como las cooperativas de trabajo asociado, el outsourcing, empresas de servicios temporales, los contratos de prestación de servicios, la intermediación y otros contratos civiles y comerciales; con los que se vulneran derechos fundamentales y laborales de los trabajadores.

Se puede utilizar además, para extender y promover el derecho de asociación sindical. En la legislación colombiana donde sólo los trabajadores con contrato a término indefinido y algunos servidores públicos, gozan plenamente de todas las

garantías del derecho de asociación sindical, cobra relevancia el contrato sindical, como una forma para que personas que no son trabajadores de la empresa tengan la oportunidad de afiliarse a una organización sindical. En contratos de prestación de servicios, contratos temporales, contratos a término fijo, cooperativas de trabajo asociado y otras modalidades de subcontratación que se ingenuan día a día los empleadores, no opera efectivamente el derecho de asociación sindical y mucho menos las garantías laborales que se tienen en una relación laboral establecida por medio de un contrato laboral.

Con el contrato sindical, sin que sea la mejor opción, se generan empleos más dignos, en la medida que los afiliados al sindicato, quienes ejecutan el contrato sindical, pueden gozar de los beneficios que logre pactar el sindicato con la empresa, y así mejorar la calidad de vida de estos trabajadores y su núcleo familiar.

En Colombia no todas las empresas asumen una cultura donde sus trabajadores se puedan asociar y fundar sindicatos como medio de protección a sus derechos laborales y así una figura como el contrato sindical este establecida en la ley para ayudar un poco en la protección de esos derechos, no todos los trabajadores aprovechan esto para su beneficio.

## 1.6. Contratos de Aprendizaje

Esta modalidad de contratación es aplicada en el sector privado y ayuda a que los aprendices en las diferentes áreas, profundicen sobre las actitudes y conocimientos adquiridos en sus estudios durante su etapa de formación teórica a cambio de un patrocinio por parte de la empresa, bien sea en una remuneración como subsidio por la actividad a realizar o durante la etapa de formación.

Caso específico del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), donde los estudiantes en su etapa de práctica realizan actividades específicas acorde a sus conocimientos, percibiendo por esta razón el 75% de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (S.M.L.M.V), pero son ellos quienes debe asumir todo lo referente a su seguridad social y es ahí donde la empresa también percibe un beneficio al no considerar esto entre sus gastos.

Es importante resaltar que en ningún caso, el apoyo económico será considerado como salario, excepto para efectos de la deducción tributaria que trata la Ley 115 de 1994 (Artículo 189), afirmando que es aconsejable que las actividades que realicen los aprendices y estudiantes universitarios estén acordes con la formación recibida y correspondan al proceso empresarial en que se ocuparán. Esta modalidad de contrato en ningún caso puede ser superior a los dos (2) años continuos o discontinuos.

Las empresas pueden hacer este tipo de contratación de forma voluntaria u obligatoria dependiendo de la cantidad de empleados que tengan, la Ley exige que tengan una cuota de aprendices incluidos en su nómina para el desempeño de una labor específica.

La Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-457/04 habla claramente sobre el particular: “Encuentra que esta limitación es constitucional no sólo porque a través de la misma se pueden evitar contrataciones en las que se contraría el principio de primacía de las realidades sobre las formas, sino porque se hace efectiva la finalidad del contrato de aprendizaje la cual no consiste solamente en brindar formación académica, sino en dar oportunidades laborales a los sectores jóvenes que aún no se han podido ubicar en el mercado de trabajo”. En este sentido se puede ver una clara vulneración de los derechos laborales que se derivan de un contrato de trabajo.

Los elementos de un contrato de aprendizaje son:

- a) Facilitar la formación de los estudiantes en la fase práctica, como lectiva de sus conocimientos técnicos, tecnológicos o científicos.
- b) Si bien existe subordinación, está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje.

c) La formación se recibe a título estrictamente personal.

d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de la etapa lectiva y la etapa práctica, en esta última se ven vulnerados estos derechos laborales, muchas empresas no proporcionan a sus aprendices la oportunidad de estar vinculados con todas las prestaciones sociales y seguridad social que por Ley tienen derecho, como es el caso de la obligación de pagar Salud y ARL, teniendo que ser pagada por los mismos aprendices.

La Ley 789 de 2002 define: “El contrato de aprendizaje es un forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica-práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero, propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario (...)”.

La ventaja de esta modalidad de contratación es que a futuro y según criterio del empleador determine, que por la competencias adquiridas por el aprendiz, pueda quedar vinculado laboralmente a la empresa con el lleno de requisitos de un

contrato laboral y donde goce de todas las garantías y prestaciones sociales a las que tiene derecho por el desempeño de su función.

Es de anotar que en la historia reciente del país la transformación más importante introducida en materia laboral, se condensa en la Ley 50 de 1990 o Reforma Laboral. La Ley es una respuesta a las críticas planteadas a la legislación vigente y se afirmaba que los altos costos laborales obstaculizaban la generación de empleo, y es por esta razón que las empresas acuden a otros tipos de contratación enmarcados en el derecho civil y el derecho comercial, para reducir los altos costos que se generan en la contratación laboral, vulnerando derechos fundamentales y constitucionales de los trabajadores y sin la posibilidad de garantizar una estabilidad laboral y económica que les ayude a alcanzar unas mínimas metas propuestas como son derecho a acceder a créditos para una vivienda digna o el mejoramiento de su calidad de vida.

Segunda Parte: Relevancia del elemento esencial: Subordinación en los Contratos de Prestación de Servicios

Es importante definir y tener en cuenta la subordinación como el elemento esencial para que se constituya una relación laboral, pues basta con que se pruebe éste para que sea demostrada.

La subordinación es esa facultad que tiene el empleador, patrono o contratante para disponer de la capacidad y fuerza de trabajo de sus empleados, darles ordenes que se ajusten a sus necesidades o conveniencias; el trabajador al estar sometido a los lineamientos del empleador, se convierte inmediatamente en un subordinado, cumpliendo aquí con el requisito necesario para la existencia de un contrato de trabajo (empleador- subordinado). Pero esta no puede ser absoluta pues es necesario que esté ajustada a normas constitucionales, de tal forma que no afecte la dignidad del trabajador sometido.

Desde un concepto legal, la subordinación está enmarcada en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo:

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.

La Corte Constitucional igualmente enmarca las reglas en las que debe estar la subordinación en la sentencia C-3896 de 2009:

Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales. Estos, por consiguiente, constituyen esferas de protección que no pueden verse afectadas en forma alguna por la acción de aquél, porque como lo anotó la Corte en la sentencia SU-342/9, los empleadores se encuentran sometidos a la Constitución, sumisión que "...No sólo se origina y fundamenta en los Arts. 1, 4, inciso 2 y 95 de la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores...".

Igualmente dichos poderes, se encuentran limitados por las normas contenidas en los convenios y tratados internacionales relativos a los derechos humanos en materia laboral, de conformidad con los Arts. 53, inciso 4, 93 y 94 de la Constitución, que prevalecen en el orden interno e integran, como lo observó la Corte en la sentencia T-568/9, el bloque de constitucionalidad.

En las circunstancias anotadas, es evidente que los referidos poderes no son absolutos y tienen como límites: i) la Constitución; ii) los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos; iii) la ley, los contratos, los acuerdos y

convenios de trabajo, los cuales "no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

### La Subordinación en las Cooperativas de Trabajo Asociado

Las cooperativas de trabajo asociado son las cooperativas en las cuales los asociados llevan a cabo de manera personal las actividades propias enmarcadas en su objeto social, con el propósito de desarrollar las obligaciones comerciales de estas cooperativas con sus clientes, generando trabajo constante y permanente.

La autogestión debe ser la manera en la que se desarrollan las actividades, buscando un ingreso justo, digno y enfocado en el beneficio de los asociados, como lo resaltó la Corte Constitucional en la Sentencia C-645 de 2011: “El mandato constitucional de brindar especial protección al trabajo implica dos tipos de responsabilidades para el Estado. Por un lado, el deber de promover las condiciones que permitan a todas las personas que lo requieran acceder a un trabajo para generar los ingresos necesarios y, por otro, velar porque el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad, particularmente cuando se realiza bajo subordinación y dependencia, dado que, en ese escenario, se presenta una contraposición de intereses, dentro de la cual el trabajador es el extremo más débil (...)”.

Definidas así por el Artículo 3° Decreto 4588 de 2006: Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

Legalmente no se puede determinar el fraude que este contrato pueda hacerle a los trabajadores que bajo esta figura se encuentren, pero jurisprudencialmente la corte ha hecho mención en que independientemente de que los trabajadores figuren como socios de las cooperativas no se les puede desconocer el carácter de lo que son, “trabajadores” y que se podría estar dentro de la figura de la concurrencia de contratos, teniendo en cuenta este ítem cabría la opción de contrato realidad operando el pago de las prestaciones sociales que deben pagarse a los trabajadores.

## La Subordinación en los Contrato de Prestación de Servicios

El contrato de prestación de servicios es un contrato civil y no laboral, por ende no supone las mismas condiciones ni requisitos de un contrato laboral, puesto que en el caso de un contrato de prestación de servicios no existe vinculo laboral al no existir una relación directa entre las partes (empleador – trabajador) , la obligación es de hacer algo, más no de cumplir un horario ni de tener una subordinación permanente, siendo así, no cuenta con periodo de prueba ni la obligación a cargo del contratante de pagar las prestaciones sociales.

Sobre el “contrato de prestación de servicios”, la Corte Constitucional se pronunció por medio de la Sentencia C-154/97. El Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, señaló que: “Un contrato de prestación de servicios era la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una *persona jurídica* con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada”.

De igual forma en sentencia del 16 de mayo de 1991, proferida por el Consejo de Estado, sección primera, expediente 1323, Magistrado Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez, se aclaró que a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse como contrato de Prestación de

Servicios, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y la concepción tradicional que se ha tenido de aquel, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto y que han sido reconocidas por el Estado.

Esta modalidad de contrato es la que más se presta en la vida práctica para la vulneración de los derechos de los trabajadores pues los empleadores enmascaran las relaciones laborales que cumplen los tres elementos esenciales para que estas se constituyan como lo son la subordinación, la prestación personal del servicio, y la remuneración por el servicio prestado; en contratos de prestación de servicios sacando provecho de la ignorancia o falta de información de los trabajadores para evadir el pago de las prestaciones sociales que por ley están obligados a pagar cuando se configure una relación laboral independiente de lo que se haya pactado o esté escrito en el contrato.

Es aquí donde el análisis de los elementos esenciales juega un papel crucial para la identificación del contrato civil o si por el contrario y bajo el presupuesto de la realidad laboral trasciende a una relación laboral, en primera medida es necesario que el contrato de prestación de servicios conste por escrito y la total dependencia del contratista para realizar las actividades determinadas dentro del contrato, también se torna indispensable que se pacte un término en el cual deba ser

entregada la labor encomendada ya sea el tiempo que se dure en la ejecución de la misma o la necesidad del contratante, haciendo posible énfasis en la entrega de adelantos semanales o mensuales de la misma labor encomendada; es aquí donde el contratante debe ser muy cuidadoso en la manera en cómo y cuando esas solicitudes, llamados de atención, o exigencia en el cumplimiento de un horario predefinido, muta este contrato civil en una relación laboral.

En el derecho laboral, según Wikipedia [http://es.wikipedia.org/wiki/Principio de primac% C3% ADa de la realidad](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_primac%C3%ADa_de_la_realidad) “Se le denomina principio de la primacía de la realidad al principio que dicta que, para la interpretación de las relaciones entre empleadores y trabajadores, se debe tomar en cuenta lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han contratado formalmente (...)”.

En cabeza de este principio no se tiene en cuenta la autonomía de la voluntad, sino lo que evidencia la realidad, que reina sobre la relación entre trabajador y empleador. Así, ambos pueden expresar sus voluntades en un contrato, pero si la realidad es otra, es esta última la que tiene efectos jurídicos.

La Subordinación en las Empresas de Servicios Temporales (EST)

Las empresas de servicios temporales son las empresas que pactan la prestación de unos servicios con terceros, que son los beneficiados para auxiliar de manera temporal con el desarrollo de las actividades propias de la empresa, esta labor debe ser desarrollada por personas naturales que son contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene la calidad de empleador frente a estas personas naturales; en esta modalidad de contrato no se crea un vínculo laboral directo entre quien proporciona el servicio y quien es el beneficiario de éste; contrariamente este lazo se adjudica a la empresa de servicios temporales que es la encargada del suministro de personal.

Es importante determinar en lo que refiere a los trabajadores que son vinculados a las empresas de servicios temporales, pues estos se clasifican en dos tipos: los trabajadores de planta y los que tienen la denominación de trabajadores en misión.

Los primeros son los que desenvuelven sus actividades dentro de las instalaciones de la Empresa de Servicios Temporales que los contrató, y en segundo lugar se encuentran aquellos que son enviados a las dependencias de sus usuarios para llevar a cabo las actividades o servicios contratados.

El precepto legal que enmarca la definición de las empresas de servicios temporales, se encuentra consignado en el Artículo 2° del Decreto 4369 de 2006: “Empresa de Servicios Temporales ‘EST’ es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”.

En esta modalidad de contrato podemos encontrar que el fraude que se puede ocasionar a la ley laboral, está consagrado en el artículo 77 de la Ley 50 del año 1990.

Artículo 77: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación

de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

En este sentido el Decreto 24 de 1998, que reglamentó la Ley 50 de 1990, estableció en el parágrafo del artículo 3°, lo siguiente:

Parágrafo: si cumplió el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.

Por consiguiente se considera que posterior a la prórroga del contrato de servicios temporales que consta de seis (6) meses, el trabajador continua realizando las funciones encomendadas, mutaría a un contrato de trabajo en cabeza de la empresa beneficiaria y deberá ésta reconocer las prestaciones sociales que se deriven de la mencionada relación laboral.

Otra modalidad de fraude que puede presentar este contrato es en lo referente al objeto social que desarrolle la empresa beneficiada; puesto que si esta empresa desarrolla el mismo objeto social que la empresa de servicios temporales y la contrata con el fin de evitar el pago de la seguridad social y demás rubros que

genere la relación directa con los trabajadores se estaría en un evidente fraude a la responsabilidad que como empleador se posee.

### La Subordinación en los Contratos Sindicales

Los contratos sindicales son como una forma de contrato colectivo que hace parte de las tres formas de negociación que consagra el Código Sustantivo de Trabajo, está regulado y definido en el Artículo 482 de la siguiente manera: Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios patronos o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados...”.

Es claro que no se evidencia en ningún momento el contrato laboral individual de los trabajadores como figura principal, si no un contrato sindical por la ejecución de una obra o prestación de servicios, y que en base a las líneas jurisprudenciales, es un contrato de carácter civil, ya que la subordinación no está como elemento conformante del contrato, no hay vínculo laboral entre los trabajadores y la empresa usuaria y donde el patrono, sin ánimo de lucro, es el sindicato.

Adicional a esto, está claro que la figura de la remuneración como (salario) ni las prestaciones sociales se encuentran presentes en el contrato sindical: reduciéndose estrictamente a lo que se reglamente en materia de compensación del trabajo y si se tiene en cuenta que a la vez se regula el retiro, el ingreso, estamos frente a una relación muy diferente a la laboral, o ante una relación laboral completamente disfrazada, en la que no pueden ser aplicables los derechos laborales individuales del Código Sustantivo del Trabajo.

Este es un contrato de naturaleza civil pero haciendo una salvedad de que disfraza las relaciones y las instituciones laborales, a los trabajadores que se encuentran asociados mediante este tipo de contrato, la corte ha llegado a tutelar sus derechos como trabajadores amparándose en el contrato realidad, pues en el fondo se está frente a una relación laboral pero disfrazada.

<http://www.ens.org.co/index.shtml?apc=ba--;1;-;-&x=20166821>

## La Subordinación en los contratos de Outsourcing

El contrato de Outsourcing es también conocido como subcontratación, es la necesidad de solicitar los servicios de una agencia exterior para realizar una actividad o función que con anterioridad se desarrollaba dentro de una empresa o compañía. Uno de los objetivos principales de la empresa contratante es la reducción de gastos directos, buscando apoyo en una subcontratación o tercerización de servicios donde no se puede ver afectada la actividad principal de la empresa. Significa una extensión de los negocios de la misma, donde ésta es la responsable de su administración.

La búsqueda de la tercerización de ciertas actividades o asuntos dentro de la producción de cada empresa, siendo el tercero más especializado en determinada actividad, por ende más eficiente y más económico que si se realizara directamente por el contratante o beneficiario del servicio, además de esto la liberación y descarga de responsabilidades pues es el tercero contratado quien realiza su labor en sus propias dependencias y bajo su propio riesgo y autonomía.

En el caso que nos atañe y en pro de buscar la protección a los derechos de los trabajadores, es necesario tener claro lo que significa una verdadera tercerización y con ello podríamos decir todo lo contrario, encontrado aquí el fraude a la relación

laboral, llevándonos a pisar en el terreno de la relación laboral, lo cual y según la legislación Colombiana sería aplicable el contrato realidad.

Podríamos pues determinar que el contrato de Outsourcing muta a una relación laboral en los siguientes casos:

- a) Cuando el contratante o beneficiario del contrato es dueño de los medios utilizados para la producción, por ejemplo, las instalaciones o la maquinaria en los que deben operar los trabajadores del tercero contratado.
- b) Cuando el beneficiario ejerce mando y ejecuta órdenes sobre los trabajadores de la empresa que hace la tercerización.
- c) Cuando el beneficiario incide y determina a qué trabajador en particular se contrata o se desvincula, siendo “presuntamente” empleados del tercero contratado.
- d) Cuando el tercero contratado no tiene una independencia económica, y depende del beneficiario o contratante.

<http://actualicese.com/actualidad/2011/10/25/tercerizacion-outsourcing-que-es-y-cuando-su-mal-uso-se-convierte-en-una-intermediacion-laboral/>

## La Subordinación en los Contratos de Aprendizaje

El contrato de aprendizaje se define como aquel mediante el cual una persona natural se obliga a prestar servicio a otra persona ya sea natural o jurídica, a cambio de que se le enseñe ya sea de manera directa o por medio de otra persona, una profesión, arte u oficio, por un tiempo determinado y que se le pague el salario convenido por las partes. Este salario puede consistir en dinero o en especie (alimentación, alojamiento, vestido), o en ambas cosas a la vez.

El código sustantivo del trabajo lo define en el Artículo 81 del Código Sustantivo del Trabajo: Artículo modificado por el Artículo 1o. de la Ley 188 de 1959. Contrato de aprendizaje es aquel por el cual un empleado se obliga a prestar servicio a un empleador, a cambio de que éste le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado, por un tiempo determinado, y le pague el salario convenido”.

El contrato de aprendizaje puede mutar a un contrato de trabajo cuando cambian las condiciones y estipulaciones del contrato firmado, en la realidad si el fin del contrato de aprendizaje es un tema y el contratado mediante esta modalidad debe desempeñar funciones diferentes a las estipuladas en el contrato, puede tutelarse

el derecho al trabajo mediante la figura de contrato realidad creando este vínculo laboral entre el trabajador contratado mediante contrato de aprendizaje y quien es el directamente responsable de la emisión de las nuevas órdenes.

Es de suma importancia anotar que aunque en el contrato de aprendizaje existen los tres elementos esenciales para que se configure una relación laboral (subordinación – remuneración – prestación personal del servicio) pero este contrato es una excepción a esta regla pues no está considerado como un contrato de trabajo, así pues no basta solo con probar la subordinación dentro de la relación laboral, sino que debe probarse esta subordinación fuera de las esfera de las funciones estipuladas dentro del mismo contrato de aprendizaje.

Otra modalidad para que se configure la relación laboral es que como lo estipula el Artículo 84 el contrato de aprendizaje debe celebrarse por escrito, de lo contrario se entenderá como una relación laboral que genera un vínculo entre el trabajador y el empleador; y por ultimo cuando se excede del término de dos años y se continúa con el contrato.

Características esenciales de las relaciones laborales y modalidades de trabajo no subordinado:

Para establecer los elementos diferenciadores de los contratos laborales a los contratos de prestación de servicios, es necesario precisar cuáles son los que están inmersos en el C.S.T. y si bien, ambas formas contractuales presentan características, finalidades y objetos diversos y autónomos, cuando el contratista de una prestación de servicios al ejecutar el objeto contractual acordado lo hace en las condiciones propias y esenciales de una relación laboral, se produce una desfiguración en la estructura de las mismas, con consecuencias jurídicas dentro del ordenamiento jurídico, con abuso en las formas jurídicas contractuales, amenazando los derechos y garantías laborales que puedan deducirse de esa relación, así como la vigencia de principios constitucionales.

La corte en la Sentencia C-960/07 argumenta: “El contrato laboral ha sido definido por el Código Sustantivo del Trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo determina que la relación laboral consta de tres elementos determinantes para que ésta exista (relación personal, subordinación o dependencia continuada y salario) y advierte que la relación laboral no deja de serlo por razón del nombre que se le dé (...)”. El

querer disfrazar estos elementos en un contrato de prestación de servicios es una clara vulneración a los derechos tanto constitucionales como laborales, que tienen los trabajadores y puede ser un fraude a la ley toda vez que se está enmarcando una relación laboral que debe regularse por los principios rectores de la legislación laboral y no por normas de carácter civil o comercial como es el caso de los contratos de prestación de servicios, en el mismo sentido las personas que se ven involucradas o que sus derechos están siendo vulnerados pueden acudir a los medios de defensa judicial para que se determine la legalidad de la relación laboral.

La sentencia T-214 de 2005 cita que: “La acción de tutela puede constituir, excepcionalmente, el mecanismo indicado para satisfacer aquellas pretensiones encaminadas al pago de acreencias laborales, cuando quiera que el medio judicial de defensa ordinario, es decir, distinto al de la tutela, resulte ineficaz para la protección de los derechos afectados, o medie un perjuicio irremediable que viabilice el amparo en forma transitoria, o se afecte el mínimo vital del peticionario o de su familia, o se trate de los derechos de las personas de la tercera edad; circunstancias que deben ser analizadas en concreto por los jueces de tutela (...)”.

Tanto la Ley como la jurisprudencia han establecido la presunción de existencia de una relación laboral al margen del nombre asignado al contrato, lo que ha sido

denominado como contrato realidad, es decir, aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

Y por otro lado se puede afirmar que los contratos civiles o comerciales de prestación de servicios son aquellos donde de manera independiente una persona se obliga a hacer o realizar una actividad de acuerdo al objeto del contrato para con otra persona. Por tanto, el elemento diferenciador determinante entre las relaciones laborales y los contratos de prestación de servicios es la dependencia o subordinación. Pues en las primeras, dicho elemento se encuentra presente mientras que en los segundos no.

Siendo la subordinación el elemento más diferenciador de los diferentes tipos contractuales y a raíz de la implementación de nuevos modelos económicos, han operado cambios en las formas de trabajo del hombre, los cuáles han permitido el incremento de las relaciones de trabajo no sustentados formalmente en la subordinación como pueden configurarse las empresas de trabajo temporal, las cooperativas de trabajo asociado y demás tipos contractuales que hemos venido estudiando en el presente ensayo, es por tanto que siendo la subordinación el elemento más diferenciador se pretende estudiar a partir de diversas teorías la expliquen como elemento distintivo de contratos de trabajo frente a las otras formas de contratación no laboral.

Se habla de dos tipos de dependencia: la jurídica y la económica. La primera se halla presente en la relación de trabajo subordinado, en la medida que el servicio prestado tiene como fin una remuneración por parte del empleador sin que ello configure una subordinación jurídica, y la segunda es la dependencia jurídica, es la potestad que tiene el empleador sobre el trabajador para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento y la obligación del trabajador para realizarlas y acatarlas.

La subordinación en la legislación Colombiana constituye un elemento esencial del contrato de trabajo, que admite que el empleador haga uso del poder de dirección, disciplina, autoridad y reglamentación cuando sea necesario durante la relación laboral constituida por un contrato de trabajo.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice: “Elementos esenciales.

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;
- b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del

trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y,

c) Un salario como retribución del servicio.

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”. Por consiguiente si en los contratos de naturaleza civil o comercial que establecen contratos de prestación de servicios concurren alguno o algunos de los anteriores elementos, estamos frente a un contrato laboral el cual debe estar protegido por las garantías constitucionales y legales derivadas de la relación laboral y regulados por la legislación sobre el particular.

## Conclusiones

- En las relaciones laborales de carácter prestacional no se ven claramente enmarcadas las garantías constitucionales y los derechos laborales que por un vínculo laboral real sí tienen los contratos laborales, que de cierta manera le dan al trabajador una estabilidad tanto económica como psicológica al no estar preocupado por factores externos más que al óptimo desempeño de sus labores, si los empleadores dejaran de enmascarar los vínculos laborales con otros tipos de contratos como son los expuestos en este ensayo podrían tener trabajadores contentos y por ende mayor rendimiento en sus centros de producción y trabajo, creando un sentimiento de pertenencia entre el trabajador y la empresa y afianzando un vínculo laboral que a futuro se verá reflejado en mayor crecimiento tanto personal como empresarial.
- El fraude a las relaciones laborales se presenta cuando los empleadores utilizan ciertas prácticas que no son éticas para obtener mano de obra económica, pero vulnerando los derechos de los trabajadores, no es sano pensar que una economía que está en constante crecimiento y con el Derecho del Trabajo que surge como respuesta a los intentos políticos por equilibrar una situación de desventaja económica y social en que se hallaba el trabajador frente al empleador. En este contexto de labilidad, la normativa

tiende a establecer mínimos de protección social y laboral, consagrando derechos irrenunciables, normas sobre seguridad social y estabilidad relativa en el empleo, entre otros.

- Es importante poder conocer y determinar cuáles son las principales características estructurales de cada uno de los contratos que aunque no son de carácter laboral ocupan esa delgada línea entre el contrato civil y la relación laboral, pues es la única manera en la que tal vez no se elimine el fraude a las relaciones laborales pero sí se pueda hacer un juicio de valor objetivo y reconocer esos límites que impone la ley laboral y que busca la protección a los derechos de todos los trabajadores y de esta manera invocar el principio constitucional plasmado en el artículo 53 de nuestra Carta Política, donde la realidad debe sobreponerse siempre a las formalidades, es decir, independientemente de que se haya firmado un contrato de trabajo con unas condiciones y características éste no será aplicado si en la realidad y en el desarrollo de sus funciones desempeña otras total o parcialmente distintas.
- Como concepto personal es muy importante recalcar las diferentes formas de contratación utilizadas en las relaciones laborales y conocer de fondo su normatividad para evitar caer en un fraude a la Ley Laboral al vulnerar derechos constitucionales derivados de los vínculos laborales, en el

desempeño profesional se está en la obligación de defender justamente los derechos de los trabajadores, al igual que optar por implementar unos mecanismos que puedan favorecer a los empleadores, todo en el marco de una ética legal basada en unos principios e ideales justos, encaminados siempre al respeto del ser humano como persona en toda su integridad.

- Los ocultamientos de los contratos laborales no son más una forma de enmascarar las relaciones labores con el fin de burlar, por así decirlo, los deberes derivados de las relaciones laborales, como estudiantes y próximos a obtener el título de Abogados se referirá al particular diciendo que no se está de acuerdo con estas prácticas, donde se ve una clara vulneración de los derechos fundamentales y constitucionales de las personas, desde el derecho laboral se puede dar solución a este problema con una legislación más acorde a las necesidades de los empleadores y por qué no decirlo castigando penalmente a quien concurren con estas prácticas que claramente son un fraude a la ley.

## Referencias

Código Sustantivo del Trabajo de Colombia Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949. Artículos: 13, 14, 23, 24, 46, 74, 373 (...).

## Anexos

- Carta de aprobación del trabajo por parte del director.
- Carta para solicitar jurado para la evaluación del trabajo de grado.