

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

La prueba indiciaria para la verificación de la existencia de un contrato de trabajo:

Caso del Teletrabajo.

Diego Fernando Gómez Olachica

Trabajo de grado para obtener el título de Magíster en Derecho

Director(a)

Elva Santamaría Sánchez

Mg. en Administración de Empresas

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

2017

Índice capitular

Introducción	6
Capítulo 1: Análisis de la evolución de las diferentes formas de relaciones de trabajo y su impacto en el régimen jurídico colombiano	9
Título I. Cambios sociales y de producción que conllevaron a la conformación de la relación de trabajo tradicional, el derecho laboral y su flexibilización.	10
Subtítulo I. Conformación de la relación de trabajo y producción.	10
Subtítulo II. La incidencia de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en la prestación de servicios.	18
Título II. Protección jurídica a las diferentes formas de trabajo.....	22
Subtítulo I. Protección al trabajo en Colombia desde el ámbito internacional.	23
Subtítulo II. Protección al trabajo en Colombia desde la normatividad nacional.....	28
Título III. Prestación de servicios mediante la interacción virtual y normatividad sobre el teletrabajo en Colombia	40
Subtítulo I. Características de la interacción virtual y el teletrabajo.	42
Subtítulo II. Normatividad sobre el teletrabajo en Colombia.	49
Capítulo 2. La naturaleza Jurídica de la Prueba Indiciaria y la necesidad de verificación en un contrato de trabajo.....	56
Título I. Naturaleza jurídica de la prueba	56
Subtítulo I. Concepto y necesidad de la prueba.	56
Subtítulo II. Carga dinámica de la prueba y excepción al deber de probar.	61
Título II. El principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y su prueba	68
Subtítulo I. Definición de principios jurídicos y su relevancia en el derecho laboral	69
Subtítulo II. La prueba del contrato realidad en material laboral.	78
Título III. Los hechos y la prueba indiciaria.....	83
Subtítulo I. Los hechos y la realidad.....	84
Subtítulo II. La prueba indiciaria.	87
Capítulo 3: Hechos indicadores de la prestación de servicios para la declaratoria de un contrato de trabajo con vinculación a través del teletrabajo.	97
Título I. Delimitación de las diferentes formas de relación de trabajo	97

Subtítulo I. Delimitación de la vinculación directa de personal mediante formas de relaciones de trabajo autónomas o independientes.	106
Subtítulo II. Delimitación de la vinculación indirecta de personal en las distintas figuras de tercerización.	108
Título II. Hechos indicadores en materia laboral.....	121
Subtítulo I.	122
Subtítulo II.	126
Subtítulo II. Consecuencias Procesales.....	129
Título III. Hechos indicadores del teletrabajo para la declaratoria de un contrato realidad	134
Referencias bibliográficas.....	162

Lista de Tablas

Tabla 1 *Hechos indicadores del teletrabajo para la declaratoria de un contrato realidad.* 151

Tabla 2 *Valoración de las diferentes formas de relaciones de trabajo.* 159

Lista de Figuras

<i>Figura 1</i> Evolución de la subordinación a telesubordinación	105
<i>Figura 2</i> Valoración judicial.....	160

Introducción

Para suplir las coyunturas cambiantes de la económica en un mundo globalizado, los empresarios han adoptado nuevas estrategias para el ahorro de costos de producción, mediante la flexibilización en la distribución, uso y gestión del trabajo, y la poca inversión en la infraestructura para el desarrollo del objeto social. En virtud de ello, se genera una mutación en las características tradicionales de la cadena de producción y, concretamente, en las formas de organización y desarrollo del trabajo, pues en los últimos tiempos se propende por la descentralización del puesto de trabajo de la empresa capitalista comúnmente conocida, con el objeto de externalizar los riesgos y minimizar los gastos que se producen.

Por lo anterior, el empresario ha empezado a desarrollar y organizar el trabajo de manera diferente a la tradicionalmente conocida, propia del contrato de trabajo, por diferentes formas de vinculación, directas o indirectas, mediante la contratación civil o comercial y la tercerización laboral, las cuales han debido ser aceptadas por los estados mediante la flexibilización del derecho positivo en materia laboral, con el objeto de no ver afectada la economía interna al permitir a los empresarios ser cada día más competitivos a nivel mundial. Así mismo, se ha propendido por la interacción virtual entre prestadores de servicio, beneficiarios de éste y mediadores, para la ejecución de un trabajo determinado, erigiéndose como la modalidad de desarrollo del trabajo más innovadora en los últimos tiempos (Sanguineti, 2013, 101).

Sin embargo, para nadie es un secreto que estas nuevas formas de vinculación laboral establecidas como medios para el desarrollo y ejecución del trabajo, han sido utilizadas para evadir, directa o indirectamente, el Derecho Laboral con el fin de minimizar costos, toda vez que generan un alto grado de dificultad para determinar la calidad de la persona que presta el servicio, esto es, si quien lo ejecuta se encuentra revestido de una total autonomía o independencia para la

realización de su labor, o si por el contrario esta se encuentra enmarcada por una subordinación y dependencia hacia determinada persona, lo cual trae consigo el desconocimiento de derechos laborales mediante el no pago de salarios y prestaciones sociales, la desprotección en temas de seguridad social integral, la vulneración del derecho a la estabilidad laboral, al trabajo digno y al trabajo decente, entre otros. (García, M. P. 2012, 13 y 21)

Así las cosas, la investigación pretende establecer los hechos indicadores que servirían como prueba indiciaria en un proceso para la declaratoria de un contrato de trabajo, cuando el personal vinculado ejecuta la prestación del servicio mediante la interacción virtual con el beneficiario de éste, en los términos de la ley 1221 de 2008 y sus normas modificatorias o complementarias, toda vez que allí se establecen las garantías laborales, sindicales y de seguridad social en nuestro país para los teletrabajadores, así como la forma de ejecución y desarrollo del trabajo, la cual no obstante de reconocer tales prerrogativas, puede conllevar a su omisión mediante la utilización de otras formas de vinculación laboral ajenas al contrato de trabajo, siendo importante el reconocimiento de la prueba indiciaria para evitar el desconocimiento legal.

Para tales efectos, en el primer capítulo se hace un recorrido en las formas o modalidades de trabajo que se generaron a lo largo de la historia por las distintas circunstancias sociales que se presentaron, su protección jurídica y el impacto de los cambios mundiales en la normatividad laboral en nuestro país, mediante un análisis jurídico sobre las diferentes formas de vinculación laboral y la posibilidad de ser utilizadas para la prestación de servicios, resaltando la prevalencia del derecho laboral para la protección de una serie de garantías en favor del ejecutor de la actividad personal y la trascendencia de la figura del teletrabajo como modalidad de empleo a nivel internacional.

En el segundo capítulo, se analiza la necesidad de la prueba en las diferentes relaciones cotidianas y específicamente en el derecho, su importancia en la resolución de casos concretos y particularmente en el campo del derecho laboral. Así mismo, se resalta la prueba indiciaria como un elemento de juicio indispensable para la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, destacando los elementos de juicio probatorios necesarios para la aplicación de las consecuencias jurídicas que devienen de tan importante principio que permite la materialización de la justicia social en las relaciones obrero-patronales.

Por último, en el tercer capítulo se establecen una serie de características normativas y prácticas básicas que permiten inferir desde un razonamiento lógico inductivo la existencia de un hecho cierto que conlleva a un hecho presunto, para determinar la existencia de un contrato de trabajo en la prestación de servicios mediante la interacción virtual entre el ejecutor de este y su beneficiario, desde el análisis de los elementos constitutivos del teletrabajo.

En consecuencia, como se puede apreciar, el resultado de la presente investigación es una herramienta clara y precisa que sirve de soporte y fundamento a diferentes sectores para identificar la existencia de un contrato de trabajo en la realidad, entre los cuales podemos encontrar, el sector público, toda vez que permite a las diferentes ramas del poder estatal la resolución de casos concretos, en lo que tiene que ver con la Justicia; la creación de normas laborales, respecto al Legislativo y; la ejecución apropiada en la incentivación del teletrabajo por parte del Ejecutivo. Así mismo, permite a todos los particulares profesionales del derecho, expertos o no en temas laborales, presentar o defender un caso concreto y brindar una debida asesoría a empresarios y trabajadores, a quienes inclusive les proveerá el conocimiento básico para poner en marcha una relación virtual para la ejecución de una labor, con la cual puedan satisfacer sus necesidades y mitigar todos los riesgos expuestos, inclusive, por la Organización Internacional del Trabajo.

Capítulo 1: Análisis de la evolución de las diferentes formas de relaciones de trabajo y su impacto en el régimen jurídico colombiano

El alcance del presente objetivo se materializa con la exposición de las diferentes formas de trabajo¹ y producción² que se han generado a lo largo de la historia, como evolución por las coyunturas cambiantes del mundo globalizado, las cuales hoy en día coexisten soportadas en la normatividad jurídica aplicable a cada una de ellas, en virtud de la protección normativa internacional y constitucional, lo cual traza el camino de la prestación de servicios mediante la interacción virtual entre quien lo realiza y el beneficiario de este, las posibles formas de encubrimiento de un contrato de trabajo y la reglamentación específica del teletrabajo como una de las modalidades laborales en Colombia.

Así las cosas, a continuación se analizará cómo históricamente la prestación de servicios y de producción han sufrido múltiples modificaciones, en virtud de diferentes acontecimientos históricos que conllevaron la evolución de la relación de trabajo desde una simple ejecución de labores de forma personal y rudimentaria para la subsistencia, hasta la elaboración de productos de manera virtual alejadamente de un centro productivo o fábrica, así como el procesamiento de datos en labores administrativas.

¹ La prestación de servicios es un elemento indispensable para poder hablar de una relación de trabajo o de trabajo propiamente dicho, y esta puede ser entendida, para los efectos del trabajo de investigación, como la realización o ejecución de actividades, labores o funciones por parte de un ser humano en beneficio de una persona natural o jurídica, con el propósito de recibir a cambio una remuneración o contraprestación.

² La prestación del servicio está netamente ligada a la definición de producción, la cual proviene del latín *productio*, que hace referencia a la acción de generar, al objeto producido, al modo en que se llevó a cabo el proceso o a la suma de los productos del suelo o de la industria (RAE, 2017).

Título I. Cambios sociales y de producción que conllevaron a la conformación de la relación de trabajo tradicional, el derecho laboral y su flexibilización.

Las políticas globalizadoras tendientes a lograr la integración mundial de la sociedad, la economía, el mercado, la producción empresarial y el conocimiento, influenciadas por la constante revolución tecnológica, han permitido la generalización de la información, la comunicación, la mutación en la cadena de producción y la prestación de servicios al interior de las factorías, por una organización y desarrollo del trabajo de forma descentralizada a la empresa comúnmente conocida (García, 2012, 1), pues en el sistema capitalista, la dinámica mundial, generada por la constante revolución tecnológica, hace variar las relaciones tradicionalmente conocidas en el mundo de los mercados, con el objeto de que los intervinientes en este se mantengan presentes en la esfera comercial. Entre tanto, se hace imperioso que los empresarios se acomoden a las nuevas circunstancias comerciales que presenta la globalización del mercado actual, con el objeto de ser más competitivos en las coyunturas cambiantes del nuevo mundo globalizado.

Por lo anterior, a continuación se analizará la prestación del servicio como elemento del teletrabajo desde la evolución de las formas de producción en las distintas épocas de la historia, con el fin de contextualizar las diferentes modalidades de trabajo para delimitar el desarrollo del presente trabajo investigativo.

Subtítulo I. Conformación de la relación de trabajo y producción.

La relación de trabajo que surge entre quien ejecuta la prestación del servicio y su beneficiario conforme se evidencia hoy en día bajo el imperio del derecho laboral, inicia a partir de la forma

de producción artesanal al interior de pequeños talleres artesanales conformados por maestros en la cúspide de una organización jerárquica, compañeros en el medio y aprendices al final, pues allí se elaboraban de forma manufacturada los bienes que se comercializaban en distintos mercados, con una oferta y demanda enmarcada por clientela o a pedido, donde no se producía más de lo que se solicitaba (González, 2004, p. 3).

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina laboral reconoce la conformación del derecho laboral con el impacto de la revolución industrial (1760) a nivel mundial, pues junto con la caída de varias monarquías en Europa y de colonias en América, se produjo un cambio demográfico que conllevó a la movilización de personas del sector rural hacia grandes factorías o empresas, quienes se establecieron en sus alrededores generando la creación de grandes ciudades, lo cual propendió por la segregación de las dos clases sociales que conforman los extremos de la relación laboral, como son, la capitalista y la obrera (Ospina, E. 2013, p. 30)).

Dichas clases sociales pugnarón por sus intereses, lo cual inició con la explotación laboral por parte del empresario (capitalista) hacia el trabajador (obrero) a efectos de incrementar la producción, pues a partir de la revolución industrial la forma de producción dejó de ser de forma manufacturada por pedido, para establecerse mecánicamente en cadena o en masa, abriéndose un mercado permeado por una demanda de bienes y servicios mayor.

Ante tal explotación laboral la clase obrero se organizó, conformando grupos de lucha social que exigían el reconocimiento de derechos estatalmente, los cuales se dirigían a establecer una serie mínima de garantías, como por ejemplo, el derecho a una jornada máxima legal permitida y

a descansos; el derecho a una estabilidad laboral; a la protección física en salud en virtud del trabajo; y a una seguridad social que cubriera los riesgos de la vejez, la invalidez o la muerte. Tales luchas a lo largo del tiempo en diferentes territorios produjeron frutos, lo cual se vio en su momento y durante varias décadas como conquistas laborales o sindicales, gracias a la organización y asociación de los trabajadores, con lo cual se estructuró una de las ramas del derecho social más relevantes hoy en día, como es el derecho laboral.

Ante tales tópicos, la clase capitalista europea respondió estableciendo una forma de producción denominada Taylorismo, que implementó una forma de producción segregada por tareas y especialidades de forma eficiente, que tenía como características principal la retribución del salario en virtud de cada pieza realizada y no sobre una remuneración fija temporal, dejando atrás las labores artesanales donde el trabajador dedicaba el tiempo que consideraba necesario para la elaboración de la pieza final, estableciéndose como una reducción de costos en detrimento de los trabajadores al controlar su tiempo y exigirles mayor producción para generar ingresos adecuados para subsistir³.

En 1914 al estallar la primera guerra mundial el día 28 de julio, la creciente expansión comercial y de los mercados quedó segregada por los intereses colonizadores de las monarquías, embaucadas en los conflictos bélicos de la época y las proliferadas revoluciones socialistas que pugnan por mejores condiciones sociales a costa de un nuevo sistema político anticapitalista.

³ Camaño, E (2005), mencionó al respecto: A lo anterior, se debe agregar el modelo de organización científica del trabajo planteado por Frederick Taylor, quien postuló la racionalización de los procesos productivos, buscando mayor regularidad y rentabilidad del trabajo asalariado. De esta manera, Taylor introdujo los conceptos de "justo salario" para un "justo trabajo", para lo cual, el "justo trabajo" era determinado por un estudio científico de los movimientos del trabajador que indicaba el método de producir en el menor tiempo posible. La consecuencia sería que el mayor esfuerzo del trabajador se traduciría en un aumento del salario.¹² Taylor buscó así la optimización del tiempo de trabajo; tiempos precisos y definidos, ritmos de trabajo constantes y repeticiones cada vez más rápidas.

Dicha situación, conllevó una vez terminada la guerra a que se estableciera en el tratado de Versalles la creación de una organización mundial que propulsara el reconocimiento y materialización de la justicia social entre la clase capitalista y obrera, como requisito esencial para alcanzar una paz universal y permanente. Esta entidad vigente hoy en día está compuesta por representantes de los estados, de los empresarios y de los trabajadores a nivel mundial, la cual fue denominada como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que estableció en su constitución la necesidad de mejorar áreas como la jornada máxima de trabajo, la contratación laboral, el desempleo, el salario digno, la protección de enfermedades, la enseñanza profesional y la libertad sindical, entre otras,⁴ lo cual conllevó a la positivización internacional del derecho laboral, permeando en la legislación colombiana conforme se desarrollará más adelante.

Ahora bien, para el reconocimiento de la relación de trabajo tradicional que se pretende resaltar en el presente escrito, a efectos de evidenciar la transformación de esta relación mediante el teletrabajo y su paso por otras formas de producción, es indispensable hacer una breve referencia a la proliferación del modelo de producción implementado en los Estados Unidos de Norteamérica a partir del año 1914, por parte del empresario automovilístico Henry Ford, denominado *fordismo*, lo cual se extendió a nivel mundial durante los años 30 y hasta 1970, el cual se estableció como un modelo de producción estandarizado, donde el trabajador le correspondía una etapa específica en la cadena de ensamblaje, al interior de una gran factoría.

⁴ La OIT (2017) informa que fue creada en 1919, “como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente. Su Constitución fue elaborada entre enero y abril de 1919 por una Comisión del Trabajo establecida por la Conferencia de Paz, que se reunió por primera vez en París y luego en Versalles. La Comisión, presidida por Samuel Gompers, presidente de la Federación Estadounidense del Trabajo (AFL), estaba compuesta por representantes de nueve países: Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido y Estados Unidos. El resultado fue una organización tripartita, la única en su género con representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores en sus órganos ejecutivos”. (p. 1)

Según Neffa & De la Garza Toledo (2010) (citados por Zuccarino, 2012), el fordismo se erige como una nueva forma de producción caracterizado por la mecanización de las cadenas de montaje y las nuevas demandas de consumo masivo, debido al acceso a bienes de consumo durables por parte de los asalariados, en virtud de las nuevas formas de vida de los trabajadores urbanos.

En tal sentido, como lo sostiene Dematias (2012):

El *fordismo* apareció en el siglo XX promoviendo la especialización, la transformación del esquema industrial y la reducción de costos. Esto último, a diferencia del *taylorismo*, se logró no a costa del trabajador sino que a través de una estrategia de expansión del mercado. La razón es que si hay mayor volumen de unidades (debido a la tecnología de ensamblaje) y su costo es reducido (por la razón tiempo/ejecución) habrá un excedente que superaría numéricamente a la élite, tradicional y única consumidora de tecnologías en la modernidad. Aparece un obrero especializado con un status mayor al proletariado de la industrialización y también surge la clase media del modelo norteamericano que se transformará en la cara visible del arquetipo del *american way*.

La idea de sumar la producción en cadena a la producción de mercancías no sólo significó las transformaciones sociales antes mencionadas, sino también transformaciones culturales que podemos resumir en la idea de *cultura de masas* o *mass media*. Como prototipo se puede hablar de la creación de automóviles en serie, luego esto giraría al aumento de las ciudades, autopistas y bienes como televisores, lavadoras, etc. Esto se entiende a través de la expansión interclasista del

consumo que deviene en nuevos estímulos y códigos culturales mediados por el capital. También hay que advertir que el modelo madura bajo esquema económico del *keynesianismo* (que lleva al Estado de bienestar) lo que promueve un protagonismo histórico de las clases subordinadas y el amarre del capital a consideraciones sociales y de clase. Influido todo esto por el ascenso de los socialismos reales y el miedo a su expansión global por parte del liberalismo capitalista.

Dichas circunstancias no fueron ajenas a Colombia, pues el impacto social y económico del norte de américa y las conquistas sindicales internas conllevo a que en nuestro país se estableciera una serie de reconocimientos legales a favor de la clase obrera, gracias al predominio consumista de la clase media en los estados unidos, pues la demanda en los mercados conllevo a la posibilidad de establecer garantías laborales para los trabajadores a efectos de estabilizar y permitir ingresos adecuados para la compra de los bienes que se producían en masa, situación que produjo en nuestro país, a través de la voluntad política de la época, la codificación de normas del trabajo mediante el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, lo cual se realizó con el fin brindar claridad al pueblo, mayoritariamente trabajador, sobre sus derechos laborales.

Así mismo, más adelante se profiere el Decreto 2351 de 1965, el cual dispuso en el artículo 4, que modificó el texto original del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo sobre contrato a término fijo, hoy derogado, que pese a reconocerse una modalidad contractual por duración definida, ésta no podía ser inferior a un año, salvo ciertas circunstancias. Igualmente el artículo 8 del mencionado decreto estableció la posibilidad de reintegro para un trabajador que llevase más de 10 años continuos de trabajo en la empresa, cuando el empleador lo despide sin justa causa o

cuando opera el denominado despido indirecto⁵, como modificación del artículo 64 original de la codificación laboral, derogado en la actualidad, lo cual se evidenció en su momento como normas que permitían una estabilidad en el empleo mayor a la que existía en la época y actualmente.

Ahora bien, con la crisis económica mundial producida por la caída del petróleo en el año de 1970, se expandió una nueva forma de producción instaurada desde el Japón por la marca de automóviles Toyota, denominada Toyotismo. Esta forma de producción se caracteriza por la flexibilización y la especialización de la producción, pues deja atrás la producción en masa debido a la gran demanda en el mercado que conllevaba a la creación de vastas cantidades de unidades para que fuesen adquiridas en algún momento, de conformidad con el modelo fordista, por la realización de estas piezas en tiempo determinado para un cliente con necesidades específicas.

Al respecto Álvarez (2012) (citado por Zuccarino, 2012), menciona que:

El Sistema Toyota de Producción (STP), en tanto tecnología de gestión del trabajo, es un sistema complejo de racionalización que interviene mediante sofisticados dispositivos sobre el espacio fabril y su organización técnica, sobre los trabajadores y sobre las prácticas sindicales.

Dicha forma de producción modernizó la cadena de ensamblaje que predominó durante el fordismo, por un armado en cadena sofisticado por su vasta tecnología, lo cual conlleva a que el

⁵ Al respecto establecía el Decreto 2351 (1965) que “cuándo el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el Juez del Trabajo podrá mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir.

trabajador se especializara en otras áreas ajenas para él en épocas anteriores, donde se encontraba etiquetado a una sola etapa de la cadena productiva, por lo cual pasó a ser un trabajador poli funcional. Así mismo, las grandes fábricas ubicadas en una sola localidad, mutaron por establecimientos satelitales en diferentes lugares (no siempre de propiedad de una matriz) que confluyeron en la construcción del bien que se ofertaba en el mercado, lo cual conllevó al constante movimiento de personal.

Al igual que el fordismo, el toyotismo impactó a nivel mundial y en Colombia, flexibilizando o quitando rigidez a la estabilidad en los empleos, pues con la crisis económica mundial a raíz de la caída del petróleo la economía empresarial debió acomodarse a los nuevos mercados, pues la bonanza financiera cambió por la incertidumbre mercantil generando reducción de costos en la producción, lo cual conllevó a la movilidad en los puestos de trabajo, pues de estos se prescindían atendiendo la necesidades de producción.

Como ejemplo de ello, se puede evidenciar que la normatividad colombiana propendió en su momento por la creación de nuevas formas de trabajo para permitir al empresario acomodarse a las nuevas circunstancias mercantiles, mediante la creación de formas atípicas de empleo, como el cooperativismo, con la ley 79 de 1988 y la intermediación laboral, con la expedición de la ley 50 de 1990, en lo que tiene que ver con la contratación con empresas de servicios temporales para enviar trabajadores en misión a la luz de sus artículo 71 a 96, las cuales serán analizadas más adelante. A su vez, esta última normatividad derogó las disposiciones sobre el contrato a término fijo respecto a que no podía ser inferior a un año, y la posibilidad del reintegro al presentarse un despido sin justa causa establecidas en el Decreto 2351 de 1965 citado con antelación, consagrando

la posibilidad de suscribir acuerdos por tiempo definido a menor tiempo y la indemnización como única opción para los futuros trabajadores, de llegarse a presentar un despido injusto, lo cual ha sido la generalidad en la contratación hasta estos días.

Subtítulo II. La incidencia de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en la prestación de servicios.

En la actualidad y desde hace varias décadas, los diferentes desarrollos informáticos establecidos por la Internet, han permitido la generación de diferentes relaciones jurídicas que se configuran sin ser indispensable la presencia física de las partes involucradas. A partir de allí, surge el concepto de Intercambio Electrónico de Datos (IED), con el objeto de satisfacer necesidades de capital y reducción de costos de producción. (Rincón, 2006, p. 25). Esta modalidad de interacción permite que las relaciones jurídicas se desarrollen de manera ágil y rápida, toda vez que facilita la recepción de información instantáneamente. Conforme a ello, se tiene que la Internet y el Intercambio Electrónico de Datos (IED), generaron la transformación en el mundo de los mercados, establecido para el tráfico de bienes o servicios entre oferentes y demandantes, el cual según García, et al. (2012):

Es en el mercado donde concurrirán ofertas y demandas, donde estarán presentes los sujetos y objetos de la contratación. Mercados personalizados unas veces, despersonalizados o impersonales otras en los que concurren bilateral y multilateralmente ofertas y demandas, perfecciones y nacimientos de obligaciones para las partes. Mercados de base y localización física, como ocurre en las plazas de abastos, las ferias, mercados semanales,

etcétera, en los que el comerciante empresario ofrece personal y directamente sus productos al consumidor final. Otras veces serán mercados impersonales, en los que impera el anonimato, donde las órdenes de compra y venta se cruzan telemática o electrónicamente. Mercados de bienes, de productos, de trabajo, financieros, monetarios, etcétera, en los que se contraponen intereses opuesto, animados por el ánimo de lucro en los oferentes, y por la necesidad o satisfacción propia del demandante a través del precio. El mercado es además de concepto económico, un sistema, una organización. Un punto de partida para analizar el proceso de contratación, un proceso racional. (p.41)

Por su parte, el mercado laboral no ha sido ajeno al impacto generado por la Internet, el Intercambio Electrónico de Datos (IED) y la Globalización, pues éste se encuentra compuesto por oferentes de trabajo y demandantes de él, quienes se ven en la necesidad de estar al margen de las nuevas modalidades de desarrollo del trabajo generadas por las tecnologías de la información y de la comunicación. En este sentido García. M. P. (2012) afirma que:

Para nadie es un secreto que los diversos cambios que se han venido dando desde el siglo pasado –avances tecnológicos en áreas tan sensibles como las comunicaciones, aspectos integracionistas mediante los mercados comunes y la llamada globalización que involucra el ámbito económico y cultural, el conocimiento y el trabajo, entre otros-, han dado lugar a profundos cambios en la percepción del entorno, los valores e incluso en la comprensión de la vida misma.

Esta nueva percepción, que se acentúa con sus manifestaciones de cercanía y simultaneidad, y en la cual los sistemas, la tecnología y las comunicaciones están marcando la pauta, ha venido originando una ruptura paulatina con las estructuras empresariales y productivas tradicionales. Esto, a su vez ha generado nuevos enfoques y concepciones que han venido abriendo camino a novedosas formas de organización definidas que en no pocos casos riñen con las visiones tradicionales. (p.1)⁶

En consecuencia, es evidente que las formas de producción al interior de una empresa han variado permitiendo la evolución de las relaciones de trabajo, recordando por ésta la ejecución de un servicio por parte de una persona y en beneficio de otra, toda vez que estas buscan nuevas alternativas que respondan a mercados móviles, inciertos e impredecibles, en un mundo cada día más integrado (García. M. P, 2012).

Al respecto, García. M. P. (2012), sostiene que:

Estas circunstancias unidas, en el caso colombiano, a la intensificación de la firma de tratados de libre comercio con diferentes países, y especialmente con nuestro principal socio comercial, los Estados Unidos de Norteamérica, han presionado la importancia de armonizar la dinámica y variabilidad de los mercados con la formalidad del recurso humano que se requiere para atender las necesidades de unos mercados altamente competitivos y tecnificados que cuentan con todas las garantías laborales, especialmente en aquel porcentaje de empleo flexible que exige la nueva situación (p. 3).

García, (2012), Contratación Laboral, Intermediación y Servicios. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Legis.

Ante tales tópicos, la flexibilización laboral, referida a “mecanismos que dinamicen la relación de trabajo para responder a las nuevas exigencias de la realidad económica” (García. M. P, 2012, p. 3), ha sido la llamada a contrarrestar los cambios culturales, sociales y de producción al interior de la empresa.

Para Palacio y Álvarez (Citados por Rodríguez, 2012):

La condición de flexibilidad en el mercado de trabajo se puede definir como la capacidad de realizar, con escasas o casi nulas restricciones normativas, cambios en la cantidad, estructura, funciones y/o costos del factor trabajo utilizado en el proceso productivo. Se trata de facilitar adaptaciones relativamente rápidas del empleo y los salarios frente a alteraciones coyunturales o estructurales de la economía. Flexibilizar el mercado de trabajo es flexibilizar la oferta y demanda de trabajadores, facilitando la contratación y despido e individualizando formas de pago de acuerdo con la productividad marginal (p. 11).

Entonces, la producción en cadena al interior de una factoría dirigida directamente por el empresario en cumplimiento de su objeto social al lado de la rigurosidad de normas laborales protectoras de los trabajadores dependientes, conforme lo irradió el fordismo, se ven segregadas por las distintas formas de vinculación laboral llamadas a contrarrestar la globalización de los mercados, la internacionalización de la sociedad y la economía, con el fin de hacer sostenible a la empresa, situación que se presenta a partir de la proliferación del toyotismo y se acentúa en estos días, mediante la reglamentación de diferentes modalidades de trabajo, la flexibilización de la

normatividad laboral en razón a las modificaciones actuales del artículo 64 del Código Sustantivo de trabajo al disminuir el monto indemnizatorio de los despidos sin justa causa y al incluirse nuevas formas de retribución no salariales, en virtud de la introducción efectuada por el artículo 15 de la ley 50 de 1990 al artículo 128 del mencionado Código.

Además de lo anterior, se han implementado diferentes modalidades de organización y desarrollo del trabajo que modificaron la forma de producción tradicional arraigada a la empresa capitalista comúnmente conocida. Para tal efecto, los empresarios han migrado en la aplicación del iuslaboralismo, mediante la suscripción de acuerdos formales, civiles o comerciales, para la vinculación de personal. Así mismo, se generó la tercerización, que desde el punto de vista de la vinculación laboral se puede entender como la modalidad de vincular fuerza de trabajo indirectamente, al realizar la formalización contractual un tercero, y respecto a las actividades que una empresa realiza, lo cual según García. M. P. (2012), se puede entender como la transmisión a un tercero de la realización de una o varias funciones para que éste las realice con plena autonomía e independencia, lo cual facilita la mejor optimización de los costos operativos y una mayor flexibilidad en la estructura organizacional de la empresa, a partir de las figuras de cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales, mencionadas en líneas anteriores.

Título II. Protección jurídica a las diferentes formas de trabajo

El anterior recorrido histórico permite vislumbrar la conformación del trabajo y producción a nivel mundial y local, así como la necesidad de intervención estatal para regular las coyunturas cambiantes del mundo, con el objeto de establecer los derroteros normativos sobre los cuales se

puede prestar un servicio, dependiendo de su forma de ejecución, pues estas circunstancias han sido reconocidas mediante la positivización de normas que permiten el reconocimiento de derechos, deberes y responsabilidades que permean el ordenamiento jurídico colombiano como se detalla a continuación.

Subtítulo I. Protección al trabajo en Colombia desde el ámbito internacional.

Para el análisis jurídico de los elementos constitutivos del teletrabajo es indispensable realizar un recorrido a través de las normas que protegen el derecho al trabajo como presupuesto necesario en una sociedad. Para ello se debe iniciar exaltando la forma en que se integra la normatividad internacional sobre la materia en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual se efectúa mediante el Bloque de Constitucionalidad⁷, el cual ha sido denominado por la Corte Constitucional (1995), como una unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, p. 95).

Entonces, según el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia (1991) “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”; a su vez, el artículo 93 ibídem establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de

⁷ Ver, entre otras, las sentencias C-067 de 2003, C-271 de 2007 y C750 de 2008 de la Corte Constitucional.

excepción, prevalecen en el orden interno”, por lo tanto, para la interpretación y aplicación de nuestra legislación nacional es indispensable tener presente la normatividad internacional, la cual puede ser clasificada en 2 grandes grupos, como son, aquellos convenios o tratados internacionales que versan sobre derechos humanos en general y, los que desarrollan específicamente el derecho al trabajo como derecho humano.

Así las cosas, dentro del primer grupo igualmente es prudente hacer una sub clasificación desde la perspectiva territorial, esto es, el ámbito de aplicación de determinado convenio en virtud del órgano que lo profirió. Para ello, es importante reconocer que la protección de los derechos humanos internacionalmente está encabezada por la Organización Mundial de las Naciones Unidas⁸, la cual se erige como una organización conformada por estados de diferentes continentes. Por otro lado, existen organizaciones internacionales conformadas para la protección de dichos derechos en un ámbito más específico o regional, como son la Organización de Estados Americanos⁹, El Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana. En tal sentido, se tiene que existen 4 sistemas de protección de derechos humanos, siendo el primero de los mencionados un sistema universal, direccionado por las Naciones Unidas, y existiendo 3 sistemas regionales, como son los sistemas americano, Europeo y Africano.

⁸ Para ilustrar su origen, véase que la ONU (2017), da a conocer que “Las Naciones Unidas nacieron oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la mayoría de los 51 Estados Miembros signatarios del documento fundacional de la Organización, la Carta de la ONU, la ratificaran. En la actualidad, 193 Estados son miembros de las Naciones Unidas, que están representados en el órgano deliberante, la Asamblea General”.

⁹ Así mismo, véase que la OEA (2017) informa sobre su conformación que “La OEA fue creada en 1948 cuando se subscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente, la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, que entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, que entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, que entró en vigencia en enero de 1996, y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997.

Entonces, circunscritos en el primer grupo, correspondiente al sistema de protección universal, como punto de partida del recorrido normativo a efectuar, se tiene que la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), establece en el artículo 23, numeral 1, que toda persona tiene derecho al trabajo y a su libre elección en condiciones equitativas y satisfactorias. Así mismo, el numeral 2 y 3, establece que todos tenemos derecho a igual salario por trabajo igual que asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada por cualesquiera otros medios de protección social. Por su parte el artículo 24 y 25 de dicha normatividad, consagran el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas. Igualmente toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado junto a su familia, a la salud y al bienestar, así como a la alimentación, el vestido, la vivienda, la salud, los servicios sociales necesarios, los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia, prerrogativas internacionales que sirven de soporte para reivindicar derechos laborales de la parte débil de la relación laboral, la cual puede surgir en virtud del teletrabajo.

Por su parte, dentro de este primer grupo igualmente se incluye el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el cual consagra en el artículo 8, que nadie estará sometido a esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso u obligatorio, ni siquiera cuando esté condenado a pena de prisión.

Para finalizar la presente clasificación, es indispensable hacer mención a lo establecido en el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), adoptado y ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la misma resolución 2200 A del 16 de

diciembre de 1966, mencionada con antelación, el cual establece en la Parte III, artículos del 6 al 10 que se reconoce “el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, asegurando una remuneración mínima, un salario equitativo, mediante condiciones laborales dignas, con protección, seguridad social e higiene, igualdad de oportunidades, con derecho al descanso, a la sindicación, la huelga, y protegiendo a la familia, la mujer y los niños. Así mismo, dentro de la presente clasificación resulta importante resaltar la protección internacional de los trabajadores migratorios mediante la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptado por las Naciones Unidas.

Ahora bien, dentro de la primera clasificación, correspondiente a la protección de los derechos humanos en general, pero descendiendo a un ámbito regional, se debe incluir como postulados que se integran dentro de nuestra legislación Colombiana, lo establecido en los artículos 14 y 37 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá Colombia, en donde se reconoce al trabajo como un derecho y un deber inherente a todas las personas. A su vez la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, llevada a cabo entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969, más conocida como el Pacto de San José, desarrolla dicho derecho prohibiendo la esclavitud y el trabajo forzoso que afecte la dignidad y a la capacidad física e intelectual de las personas.

Así las cosas, el anterior marco normativo se erige como una serie de postulados de ámbito internacional que establecen el derecho al trabajo como un derecho humano, el cual se integra a nuestra legislación a través del artículo 93 de la Constitución Política y en virtud a la ratificación de los mismos, mediante la ley 74 de 1968.

Ahora bien, por otro lado, en cuanto a la segunda clasificación, concerniente al desarrollo del derecho al trabajo específicamente, vale la pena recordar que esta regulación se consideró necesaria una vez terminada la primera guerra mundial, como presupuesto indispensable para el reconocimiento y materialización de la justicia social entre la clase capitalista y obrera, para alcanzar una paz universal y permanente.

En efecto, como se mencionó en el acápite anterior, para los anteriores fines se creó la organización internacional del trabajo, compuestas por representantes de los estados, trabajadores y empleadores a nivel mundial, que ha proferido un total de 189 convenios internacionales de trabajo, los cuales se erigen, según dicha organización, como normas internacionales del trabajo que se desarrollaron con el fin de constituir un sistema global de instrumentos relativos al trabajo y a la política social, sostenido a su vez por un sistema de control que permite abordar todos los tipos de problemas que plantea su aplicación a escala nacional.

De los anteriores convenios internacionales de trabajo el estado Colombiano ha ratificado 61 de ellos, clasificados así: 8 convenios denominados como fundamentales, 3 de los 4 convenios correspondientes a gobernanza y 50 de los 177 convenios clasificados como técnicos, entre los cuales vale la pena resaltar los Convenios fundamentales sobre libertad sindical y negociación

colectiva No 87 y 98, los Convenios No 29 y 105 correspondiente al trabajo forzoso, Convenios No 138 y 182 sobre trabajo infantil y, Convenios 100 y 111 sobre igualdad de oportunidades y trato.

Entonces, el anterior recorrido normativo permite encaminar el análisis del teletrabajo en el régimen jurídico colombiano, pues la normatividad internacional adquiere gran relevancia en el cauce del presente trabajo investigativo, como quiera que se erige en fuente de derechos directa al ser incluida en nuestra legislación por los artículos 53 y 93 de la Constitución Política, permeando todo el derecho positivo legal y reglamentario sobre la materia de estudio, como es el teletrabajo, teniendo en cuenta que las Declaraciones, Pactos y Convenios internacionales descritos permiten esta modalidad laboral independientemente de su forma de contratación, conforme se desarrolla a continuación.

Subtítulo II. Protección al trabajo en Colombia desde la normatividad nacional.

Desde el preámbulo de la Constitución Política (1991), se establece que el estado Colombiano pretende asegurar a sus integrantes en todo el territorio nacional el trabajo, pues se funda en este, el respeto de la dignidad humana y en la solidaridad de las personas que lo integran¹⁰. A partir de allí, se reconoció al trabajo como un derecho y una obligación social, el cual goza de la especial protección estatal en todas sus modalidades¹¹ y permite que las personas puedan escoger una profesión u oficio de forma libre¹².

¹⁰ Ver artículo 1 de la Constitución Política de 1991.

¹¹ Ver artículo 25 de la Constitución Política de 1991.

¹² Ver artículo 26 de la Constitución Política de 1991.

De conformidad con lo anterior, es indispensable para el análisis jurídico en el presente capítulo, describir cómo opera la protección del trabajo en todas sus modalidades. Para ello, vale la pena resaltar que la Real Academia de la Lengua Española ha definido al trabajo desde varias perspectivas, las cuales para el objetivo trazado se sintetizan en la acción y efecto de trabajar como resultado de la actividad humana, mediante, por ejemplo, la realización de una obra, la operación de la máquina, pieza, herramienta o utensilio que se utiliza para un fin, lo cual puede ser retribuido.

Así las cosas, lo anterior permite sostener que el trabajo como concepto está netamente ligado a la noción de prestación de servicio, la cual fue definida en la introducción del presente estudio como la realización o ejecución de actividades, labores o funciones por parte de un ser humano en beneficio de una persona natural o jurídica. A partir de ello, se puede establecer una clasificación del trabajo y/o de la prestación del servicio, como se expuso en acápites anteriores, en virtud de la relación que surge entre la persona que realiza una labor en beneficio de otra, pues de allí se puede advertir que se producen relaciones de trabajo dependientes, en donde quien realiza el trabajo se somete a la subordinación del beneficiario de este al interior de una vinculación laboral, y relaciones de trabajo independientes, en donde quien ejecuta la actividad lo hace de manera autónoma, propia de acuerdos civiles y/o comerciales.

Al respecto, la Corte Constitucional (2009), decantó que:

Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones: La primera, no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral. La segunda, aunque la fijación de las políticas de empleo, en principio, le corresponde a los órganos políticos señalados en la Constitución y, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, el legislador debe expedir un nuevo Estatuto del Trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros, eso no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la protección a la relación laboral se impone. Dicho en otros términos, el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales (Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009, p. 25).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional (2014) unos años más adelante informó que:

De otra parte, la jurisprudencia ha considerado que el marco de la protección estatal al trabajo no se agota con la protección al empleo dependiente sino también en la efectividad de su ejercicio independiente. En este, dijo la Sentencia C-614 de 2009 que si la fuerza laboral se considera como un instrumento para obtener los recursos necesarios para lograr una vida digna y como un mecanismo de realización personal y profesional, es lógico concluir que son objeto de garantía superior tanto el empleo como todas las modalidades de

trabajo lícito. De hecho, la Constitución de 1991 protege las diversas formas de ejercer tales actividades. A modo ilustrativo ello puede inferirse de la protección de la constitución de empresa (artículo 333) como herramienta de trabajo base del desarrollo económico, con función social; el establecimiento de una salvaguarda los derechos de los trabajadores vinculados a la empresa con un mínimo de derechos irrenunciables e intransferibles (artículos 53 y 54) y la determinación de un mínimo de condiciones laborales para los trabajadores al servicio del Estado (artículos 122 a 125).

De lo anterior puede deducirse que la ley no está obligada a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa, siempre y cuando respete los límites previstos directamente en la Constitución.

Bajo este presupuesto y con el fin de incentivar la oferta de puestos de trabajo, el legislador ha creado figuras que flexibilizan el clásico contrato laboral y crea nuevas modalidades de contratación y de asociación para fines productivos. Estas figuras han sido analizadas por la Corte Constitucional, quien ha admitido la creación de estas nuevas tipologías, pero ha impuesto límites encaminados a evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el desarrollo del mismo. En este orden de ideas, la Corporación ha propendido por la garantía de todas las prestaciones laborales y ha buscado evitar la suplantación de un verdadero contrato laboral.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha adoptado correctivos que permiten evitar que estas nuevas formas de contratación desconozcan los derechos de los trabajadores. Esto se ha desarrollado en los casos de las Cooperativas de Trabajo Asociado, en las empresas de servicios temporales y en aquellos contratos de prestación de servicios que, en realidad esconden un verdadero contrato laboral (Corte Constitucional, Sentencia C-593 de 2014, p. 30).

De lo anterior, se puede concluir que el legislador ha reconocido la posibilidad de suscribir diferentes formas de trabajo, entre las cuales podemos encontrar, la dependiente, propia del contrato de trabajo, y la independiente, en virtud de acuerdos civiles o comerciales. Así mismo, la legislación ha establecido diferentes formas de vinculación laboral que conllevan a la suscripción de los anteriores acuerdos y/o relaciones de trabajo, las cuales se clasifican en la vinculación directa, cuando el beneficiario del servicio contrata a la persona que lo va a ejecutar y, la vinculación indirecta, cuando la contratación la realiza un tercero quien propiamente no es quien se beneficia de dicha ejecución, lo cual ha sido mencionado superficialmente con antelación y será tema de análisis más adelante.

Entonces, continuando con el recorrido normativo interno sobre la protección del trabajo desde la perspectiva constitucional, es importante resaltar, que además del anterior reconocimiento general, la carta superior se ocupó del derecho al trabajo de manera particular, respecto a la vinculación laboral dependiente, pues estableció en su artículo 53 una serie de principios laborales que irradian a todo el ordenamiento jurídico colombiano y protegen a toda clase de trabajadores, como son, la igualdad de oportunidades para los trabajadores; el derecho a una remuneración

mínima vital y móvil; la estabilidad en el empleo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; la facultad para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; la protección a la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; la garantía al pago oportuno, al reajuste de la pensión, a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; así como la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Así mismo, reconoció derechos particulares a la clase obrera, como el derecho de sindicación en el artículo 39, la posibilidad de efectuar negociaciones colectivas, según lo establece el artículo 55 y a la posibilidad de realizar una huelga, conforme al artículo 56 superior.

Por otra parte, también el constituyente se ocupó en reconocer de manera particular la protección del trabajo realizado de forma independiente, al establecer en el artículo 60 el acceso a la propiedad accionaria por parte de la clase obrera y, en el artículo 64, al regular el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios. Por su parte, en el artículo 333 incentiva la creación de empresa y en el artículo 334 establece la obligación estatal de, “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”.

Ahora bien, descendiendo a la regulación legal, el Código Sustantivo del Trabajo se establece como la normatividad que acopia las garantías mínimas que no pueden ser desconocidas por el

estado ni los empleadores dentro del territorio colombiano en favor de los trabajadores particulares vinculados mediante contrato de trabajo.¹³

Dentro de la mencionada codificación se dispone que el trabajo que se regula corresponde “a la actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra”.¹⁴ Allí se establecen unos principios generales¹⁵ y se divide en dos la normatividad, correspondiendo la primera parte al derecho individual del trabajo, que establece las modalidades y vicisitudes del contrato de trabajo, la regulación del salario, la jornada de trabajo y el descanso, las prestaciones sociales, entre otros derechos laborales.¹⁶ La segunda parte consagra el derecho colectivo del trabajo de los trabajadores dependientes de una persona particular y del estado, mediante la reglamentación de 3 instituciones jurídicas, como son, el derecho de asociación sindical, la negociación colectiva y la contratación colectiva.¹⁷

En el año 2015 se profiere el Decreto 1072, como una compilación de normas del sector trabajo en desarrollo de una política pública gubernamental de simplificación reglamentaria, en el cual se recogen diferentes decretos que reglamentaban situaciones y derechos laborales, como la contratación a término fijo y las actividades recreativas en la empresa (Decreto 1127 de 1991); la terminación del contrato por ciertas causales y el derecho a las cesantías (Decreto 1373 de 1966 y 2076 de 1967); el trabajo suplementario y las vacaciones (Decreto 995 de 1968); normas

¹³ De conformidad con los artículos 2, 3, 4, 13, 14 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo.

¹⁴ Artículo 5 del Código Sustantivo del Trabajo.

¹⁵ Título Preliminar, Artículos 1 a 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

¹⁶ Artículos 22 a 352 del Código Sustantivo del Trabajo

¹⁷ Artículos 353 a 484 del Código Sustantivo del Trabajo

específicas para ciertas labores (Decretos 1015 de 1995, 2616 de 2013 y 289 , 1047, 2089 de 2014); relaciones laborales colectivas respecto al derecho de sindicación y negociación (Decretos 1469 de 1978, 2519 de 1993, 1194 de 1994, 2813 del 2000, 89 y 160 de 2014); así como normatividad referente a riesgos laborales (Decreto 1772 de 1994, 1530 de 1996, 2923 de 2011, 1443 de 2014, 472 de 2015)

Por su parte, el legislador también ha desarrollado el trabajo autónomo e independiente, en virtud de las posibilidades otorgadas desde la constitución, las cuales se pueden sintetizar en el contrato de prestación de servicios y la agencia comercial, que se encuentran definidas en nuestra normatividad privada, de la siguiente manera:

El contrato de prestación de servicios, según el Código civil, es el acuerdo al que llega un contratante y contratista para la prestación de un servicio remunerado, autónomo e independiente en favor del primero y desarrollado por el segundo de los mencionados, quienes tienen el deber de afiliarse a seguridad social en los términos de los Decretos 723 de 2013 y 1563 de 2016, entre otras normas reglamentarias, contrato que se puede materializar mediante la realización de una obra civil, según lo dispuesto a partir del artículo 2053 de la codificación privada, el arrendamiento de servicios inmateriales consagrado en los artículos 2063 y siguientes de dicha normatividad y el mandato, dispuesto en el título XXVII, capítulo 1 ibídem. Por su parte, la agencia comercial, según el artículo 1317 del Código de Comercio, debe ser vista como, la forma en que un comerciante asume de manera independiente y de manera estable el encargo de promover y explotar los negocios de una persona en una determinada zona, en calidad de representante o agente de ésta. A su vez, el artículo 1340 de dicha normatividad comercial refiere al contrato de corretaje como

aquel por medio del cual una persona por su especial conocimiento pone en relación o contacto a dos personas a efectos de que celebren un negocio sin estar vinculado a ellas por relación de colaboración, mandato, dependencia o representación.

Así las cosas, la anterior normatividad se erige como la regulación que desarrolla la vinculación directa de personal, siendo esta la que se establece para la suscripción de un acuerdo laboral dependiente y, la correspondiente a la prestación de servicios de forma autónoma e independiente.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la vinculación de personal indirectamente o tercerización, se tiene que ésta se puede presentar de manera propia o impropia. Al respecto, la tercerización propia, es una modalidad de tercerización que surge de la posibilidad que tienen las empresas de delegar funciones propias de su objeto social, mediante la figura del Contratista Independiente establecida en el Código Sustantivo de Trabajo en su artículo 34, toda vez que esta norma dispone, una responsabilidad solidaria entre el contratista independiente y la empresa beneficiaria del servicio, en razón de los derechos laborales de los trabajadores que se vinculen, cuando la prestación del servicio realizado por estos sea similar a las actividades propias u objeto social de la compañía. Por su parte la Tercerización impropia, “En esencia, es la delegación a terceros de aquellas áreas que no se tienen como centrales o claves para un determinado negocio, de manera que les sea posible dedicarse en exclusiva a lo que constituye su objeto social, y no se distraigan en actividades complementarias del mismo” (García, M. P. 2012, p.207).

Ahora, para Dahrendorf (citado por Rodríguez, 2012) la flexibilización o flexibilidad o tercerización del trabajo, se puede entender como la capacidad de los individuos en la economía y

en particular en el mercado de trabajo, de renunciar a sus costumbres y adaptarse a nuevas circunstancias, por lo tanto, la necesidad de establecer límites a estas relaciones tan ambiguas se torna imperiosa.

En efecto, figuras de tercerización tales como, Contratista Independiente, Cooperativas y Pre-cooperativas de Trabajo Asociado y Empresas de Servicios Temporales, deben ser identificadas y definidas con el objeto de establecer los horizontes legales sobre los cuales se permite efectuar estas formas de vinculación laboral, con el fin de que no se transgredan los derechos laborales del personal que lleguen a vincular. Por lo tanto, téngase en cuenta para todos los efectos las siguientes definiciones, establecidos en uno u otro caso por la Judicatura y la Doctrina Laboral Nacional, sin que existan al respecto definiciones contrapuestas, lo cual se expone paralelamente de la normatividad que las regula, de la siguiente manera:

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1997) el contratista independiente es:

...una persona natural o jurídica que mediante un contrato civil o mercantil se compromete, a cambio de determinada remuneración o precio, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de la persona natural o jurídica con quien contrate. El contratista asume los riesgos propios de la función a su cargo, debe ejecutarla con sus propios medios y goza de libertad y autonomía técnica y directiva. Para poder cumplir su obligación requiere contratar trabajadores, cuya fuerza de trabajo ha de encauzar y dirigir en desarrollo del poder de subordinación, pues se trata de un verdadero empleador y no de un mero representante o intermediario respecto del contratante o beneficiario de la obra o del

servicio. Es que con este no se compromete a llevar trabajadores, sino a lograr por su cuenta y riesgo a cambio de un precio, el objetivo propuesto, de forma que en este orden de ideas su actividad económica no es la intermediación laboral, sino la especialidad que les permite construir la determinada obra o lograr la prestación del servicio (p. 15).¹⁸

Por su parte, las Cooperativas y Pre-cooperativas de Trabajo Asociado, como modalidad de tercerización han sido establecidas por las leyes 79 de 1988 y 1233 de 2008 y reguladas por los Decretos 4588 de 2006, 3553 de 2008, 1429 de 2010 y 2025 de 2011, y pueden ser entendidas según el Decreto 4588 (2006), como:

...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 (p. 1).

En cuanto a las Empresas de Servicios Temporales, la ley 50 (1990) a partir de su artículo 71 la definió como “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”, siendo éstas destinadas a prestar un servicio de

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral (1997), Radicado 9435 del 24 de abril. M.P. Francisco Escobar Enriquez

apoyo y colaboración, enviando trabajadores por tiempo determinado a su sede para que desarrollen labores, ordinarias, inherentes o conexas al objeto social de quien se beneficia (García, 2009), lo cual ha sido reglamentado por los Decretos 1530 de 1996, 3769 de 2004 y 4369 de 2006.

En consecuencia, se tiene que nuestro ordenamiento jurídico protege diferentes formas de trabajo, blindando jurídicamente la relación de trabajo dependiente al establecer una serie de normas mínimas en favor de los trabajadores y de obligatorio cumplimiento para el empleador y el estado, lo cual corresponde al derecho laboral, el cual debe ser reconocido en cada relación donde quien preste un servicio sea una persona natural, con el objeto de no incurrir en el desconocimiento de derechos que conlleven a la reivindicación de estos por vía judicial, el pago de indemnizaciones y la imposición de sanciones, por lo tanto, en el tercer capítulo se efectuará un análisis sobre la delimitación de los linderos que existen entre una relación dependiente y una independiente, así como en una vinculación directa y una indirecta, desde la perspectiva jurisprudencial, para delimitar el campo de acción de estas formas de trabajo a efectos de no difuminar su naturaleza al presentarse el elemento de la subordinación hacia el trabajador cuando exista una interacción virtual entre los extremos de dicha relación, lo cual conllevaría a la declaratoria de un contrato de trabajo en la realidad.

Para lo anterior, una vez establecidos los derroteros normativos sobre los cuales se puede suscribir y ejecutar una prestación de servicios, a continuación se procederá al análisis de la forma de realización de labores mediante la interacción virtual entre quien lo realiza y su beneficiario, desde la perspectiva jurídica nacional y su reconociendo en otros países como tópico ilustrativo de

las formas que se puede presentar en Colombia, no obstante la regulación específica del teletrabajo en nuestro país.

Título III. Prestación de servicios mediante la interacción virtual y normatividad sobre el teletrabajo en Colombia

Como quedó descrito con antelación, los conceptos de prestación de servicios, trabajo y producción se alinean en virtud de las diferentes modalidades laborales que existen para la transformación, distribución, comercialización de bienes o servicios. En tal sentido, a continuación se analizará la figura del teletrabajo como modalidad laboral, iniciando con la definición de dicha figura, sus características prácticas y su delimitación legal en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para tales efectos es importante recordar, que del recorrido efectuado hasta ahora se puede sustraer, que la ejecución de la prestación del servicio y de producción de bienes a la fecha ha mutado, pues además de la modalidad artesanal propia de la realización manufacturada de un producto en un sitio específico de labores, se generó la fabricación mecanizada y la confección del bien tecnológicamente de forma descentralizada de un centro de producción, para inclusive hoy en día subsistir con el diseño del producto y el tráfico de información mediante la interacción virtual en cualquier lugar del mundo, como se detallara más adelante. Ante esta situación, el derecho positivo laboral ha regulado las relaciones que se generan entre quien desarrolla la prestación del servicio y el beneficiario de este, reconociendo la posibilidad de formalizar la relación de trabajo de la forma que mejor convenga para las partes, con respeto a los límites que

establecen las garantías mínimas que se deben tener en cuenta a favor de la clase obrera que desarrolla funciones de forma dependiente bajo la subordinación de un empleador.

Es importante resaltar, recurriendo a la incidencia de la evolución histórica de la relación de trabajo y su impacto en la legislación actual, que sobre la interacción virtual propia del teletrabajo es posible reconocer tres aspectos que conllevaron su materialización, conforme lo mencionó Camacho e Higuita (2013), de la siguiente manera:

Cuando se habla de teletrabajo se identifican tres etapas. La primera se remonta a la década de los setenta, cuando la crisis energética del petróleo permitió la emergencia de esta modalidad de trabajo, como mecanismo de ahorro de combustible y reducción de emisiones contaminantes a la atmósfera (*connotación económica y ambiental*). La segunda, en la década de los ochenta, en la que fue retomado este concepto como elemento de inserción laboral para personas discapacitadas (*connotación social*). La última etapa, desde finales del siglo XX, mantiene vigente el concepto como elemento de flexibilización laboral.

Ahora bien, sobre el teletrabajo vale mencionar, que esta es una modalidad laboral que pese a estar en auge aún no ha llegado a impactar como se espera a grupos menos favorecidos, pues con lo concluyeron González-Zabala, M. P, Galvis Lista, E. A, y Vera Salazar, P. H. (2016), al encontrar que:

Específicamente, se mostró que la población no está utilizando el Internet como un medio para generar ingresos, sino como un medio que permite acceder a oportunidades de trabajo

en un contexto tradicional, con lo cual se ve la necesidad de fortalecer la divulgación y funcionamiento del teletrabajo, dado que no toda la población conoce de esta modalidad de trabajo y sus beneficios. Es importante tener en cuenta que estas posibilidades permitirían que población con condiciones tales como ser madre cabeza de familia o con limitaciones físicas pudieran generar ingresos (p. 83).

Ante tales tópicos y para llegar al objetivo trazado, surge imperioso delimitar la modalidad de realización de labores de forma virtual y el concepto de teletrabajo, para establecer su reconocimiento legal en la normatividad Colombiana, por lo tanto, a continuación se expondrá las características de la interacción virtual y los diferentes conceptos en los que esta se puede encontrar.

Subtítulo I. Características de la interacción virtual y el teletrabajo.

Conforme se mencionó en acápites anteriores, en la actualidad las relaciones laborales no solamente se realizan materialmente con las manos, elaborando una pieza u operando una máquina tecnificada o tecnologizada, sino de forma intelectual procesando datos, lo cual puede realizarse de forma presencial en un sitio de trabajo dispuesto para ello o mediante la interacción virtual en cualquier lugar.

Las anteriores circunstancias permiten delimitar la noción de teletrabajo que se pretende establecer, pues contienen los elementos básicos de esta modalidad laboral, como son, el aspecto

espacial y el instrumental (García, B, 2012, p. 30), los cuales deben confluír organizadamente en una relación de trabajo para que emerja una relación laboral propia del teletrabajo.¹⁹

Ahora bien, antes de analizar las características mencionadas, es importante desligar esta figura de ciertos conceptos que se pueden relacionar con el teletrabajo, pero que no constituyen en la práctica su ejecución.

Al respecto vale la pena traer a colación la posibilidad que otorga el Código Sustantivo de Trabajo para suscribir un contrato de trabajo con una persona para que realice la labor en su domicilio, lo que comúnmente se conoce como *trabajo a domicilio*, pues según el artículo 89 de dicha normatividad, “Hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un empleador”, sin embargo, esta no contiene por si misma el elemento instrumental para predicar de ella una relación virtual.

Por su parte, igualmente es importante desligar el teletrabajo de servicios ofertados en diferentes mercados, como el telemercadeo, la telemedicina o los centros de llamadas (más conocidos por

¹⁹ El ministerio de trabajo (2015), en su documento Libro Blanco, *El ABC del teletrabajo en Colombia*, menciona que este se caracteriza por ser “(i) una actividad laboral que se lleva a cabo fuera de la organización; (ii) utilizar las tecnologías para facilitar la comunicación entre las partes sin necesidad de estar en un lugar físico determinado para cumplir sus funciones; y (iii) establecer un modelo organizacional diferente al tradicional” (p.13), de modo que supone una nueva forma de comunicación al interior de la organización y por tanto, da paso a nuevos medios de control y seguimiento de las tareas. Estas características permiten identificar una serie de cualidades que deben poseer las personas que desarrollan las actividades susceptibles de ser realizadas a través de teletrabajo, como son, la virtualidad, relacionada con la posibilidad de hacer las tareas sin requerir de espacios o información física; la autonomía, que hace referencia a la capacidad del teletrabajador para solucionar los interrogantes o dificultades que le surjan sin acudir a agentes externos y, la organización, la cual atañe a nuevas formas de control del trabajador en lo que respecta a las actividades, objetivos y plazos de ejecución.

su traducción al inglés como call center), pues estos se circunscriben a servicios que son brindados por persona a los clientes, propio de una relación de consumo, mientras que el concepto de teletrabajo está ligado a una relación de trabajo, entre quien ofrece la mano de obra en favor de una persona que oferta el bien o servicio en un mercado o a un consumidor.

Entonces, delimitado el camino trazado es necesario clasificar los elementos del teletrabajo que se mencionaron con antelación, como son, el aspecto espacial y el instrumental, los cuales deben confluir en su ejecución.

Así las cosas, por aspecto espacial entiéndase todo lo que refiere a un lugar o territorio, pues siendo una de las características del teletrabajo la realización de labores exteriormente a un centro de producción, su relevancia se debe verificar desde la zona en que se presta el servicio, lo cual no se limita al domicilio de una persona, sino que se puede realizar en cualquier parte, en un sitio fijo o, inclusive, cambiando reiteradamente de este, siempre y cuando se tenga claridad de ello.

En efecto, la distancia es un elemento primordial para verificar la existencia de una relación propia del teletrabajo, pues la lejanía de un centro funcional es la que rompe la tradicional forma de producción reconocida al interior de una factoría. Sin embargo, en múltiples labores existe la prestación de servicios distante de un centro laboral, ya sea productivo, operativo o administrativo, sin que ello quiera decir que exista teletrabajo, como por ejemplo, en servicios puerta a puerta o en los servicios de transporte, lo cual permite vislumbrar la necesidad de simultaneidad entre los elementos característicos del teletrabajo mencionados, esto es, respecto a su relación con el elemento instrumental (García, B, 2012, p. 31-35).

Ahora bien, pese a que se podría evidenciar una amplia posibilidad de indeterminación en el lugar de realización de labores mediante el teletrabajo, no se debe dejar a un lado que dentro de nuestra normatividad laboral, como es el Código Sustantivo de Trabajo, es de obligatorio cumplimiento al momento de suscribir un acuerdo formal dentro de una relación subordinada, ya sea verbal o escrita, establecer el lugar en donde se desarrollará la prestación del servicio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 *ibídem*, lo cual fue reiterado por la normatividad específica al teletrabajo que se analizará más adelante.

En cuanto al lugar a escoger para desarrollar labores, valga resaltar que este deberá ser determinado en virtud de las necesidades del servicio, las funciones a desarrollar, las actividades planteadas y los indicadores presupuestados para medir la labor, lo cual podrá efectuarse en el domicilio del trabajador, en un establecimiento específico ajeno al beneficiario de la labor o móvilmente, dentro de una ciudad, región, país o a nivel internacional.

De lo expuesto hasta ahora se desprende, que la dispersión espacial en la realización de labores es un elemento indispensable para calificar la prestación de servicios dentro de la figura del teletrabajo, pues como se analizará más adelante esta se puede presentar en diferentes modalidades, siendo lo importante por resaltar a estas alturas, la necesidad de desligar el desarrollo de funciones de un centro laboral común del beneficiario de la labor, lo cual de entrada denota la imposibilidad de aplicar uno de los indicios tradicionales establecidos por la Organización Internacional del Trabajo en la recomendación 189, a efectos de reconocer una relación de trabajo dependiente, como es, la realización de labores dentro de la empresa en cumplimiento de una jornada laboral.

En cuanto al segundo aspecto mencionado como es el instrumental, vale la pena resaltar que es aquí donde toma relevancia la interacción virtual varias veces mencionadas a lo largo del presente trabajo investigativo, pues un elemento característico del teletrabajo es la comunicación con apoyo de las tecnologías de la información entre quien realiza la labor y su beneficiario.

Al respecto vale la pena recordar, que desde el año de 1837, cuando se probó el telégrafo como el primer instrumento emisor y receptor de señales eléctricas, que permitió transmitir en tiempo real los precios de las acciones en los mercados de valor, la comunicación a largas distancias empezó a desarrollarse gradualmente, gracias a que en el año de 1866 se instaló el primer cable de comunicaciones bajo el mar, conllevando a que en 1870 aparecieran los primeros teléfonos, lo cual agilizó procesos, permitió nuevas formas de cálculo, ordenación y procesamiento de información de la mano de la radio (1920) y la televisión (1940), generando los primeros indicios de lo que hoy se ha denominado como sociedad de la información, que se estableció diáfananamente con la aparición del ordenador (Barajas, M. y Guitert, M. (2010)).²⁰

Las tecnologías de la información y la comunicación propulsaron a partir del año 2006 adelantos en los medios de comunicación, como sucedió con los celulares, la evolución de los

²⁰ Además, mencionan Barajas, M. y Guitert, M. (2010) que “Los primeros ordenadores aparecieron en los años cuarenta, y se nombraron “el ENIAC” (Electrical Numerical Integrator and Computer) fue uno de los primeros ordenadores rápidos y flexibles, desarrollado para calcular tablas balísticas, una tarea que requería hacer cálculos tediosos. Los diseñadores lo hicieron programable, es decir, lo prepararon para que pudiera hacer muchos otros cálculos. En los años setenta aparece el ordenador personal, y en el año de 1976 ya se comercializa el ordenador Apple I. Más tarde en el año de 1982 aparece el IBM PC, que empieza a extenderse por las oficinas, las industrias y los hogares”. “A finales de los años ochenta se lleva a cabo la conjunción del ordenador y las telecomunicaciones: logrando que los ordenadores se comunicasen entre sí a grandes distancias por medio de señales analógicas que se transmiten por líneas telefónicas. El módem hace la transformación necesaria de estas señales digitales para que los ordenadores las puedan decodificar”.

ordenadores, el comercio electrónico, el nuevo derecho de consumo, la educación a distancia, la telemedicina y la mutación en la prestación del servicio mediante el teletrabajo, así como la mejora de diferentes herramienta que permiten el flujo de información, lo cual se ha intensificado con la internet, pues han dado la posibilidad a sociedades en todo el mundo de comunicar sus ideas y provocar cambios culturales.

Entonces, luego del breve recuento histórico tecnológico efectuado con antelación se debe advertir, retomando el aspecto instrumental como elemento característico del teletrabajo, que este en un principio solo permitió la realización de ciertas funciones, pues como lo sostiene García, B (2012), ello era exclusivo de labores que se limitaban al manejo de información, por cuanto:

La prestación de servicios en el teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento de la información electrónicos y el empleo permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y su empresa..... La actividad que desarrolla el teletrabajador no consiste en la producción, transformación o el intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles, sino básicamente en tratar, enviar y recibir informaciones inmateriales por naturaleza. Concretamente puede tratarse de una labor conectada con la ordenación de datos, con la creación de información en el sentido más amplio del término, con la acumulación, depuración y transmisión de información (p. 37).

Sin embargo, en la actualidad vemos como la interacción virtual realizada con elementos tecnológicos, como el teléfono o celulares, los ordenadores, el internet , el fax, las video llamadas, etc, permiten el acercamiento entre las partes que integran la relación de trabajo desde cualquier

lugar del mundo, no solo para el manejo de información y datos, pues inclusive, con la inclusión de las impresoras en tres dimensiones, ya se diseñan virtualmente productos en determinado lugar, para ser impresos materialmente por una persona en otro sitio.

Por lo anterior, el elemento instrumental caracteriza la relación de trabajo como una modalidad laboral virtual, pues se apoya en las tecnologías de la información para la comunicación entre la persona que presta el servicio y su beneficiario, permitiendo la producción a favor de éste de información y datos inmateriales e, inclusive, la producción de bienes materiales.

Por último, como se manifestó con antelación, el elemento espacial y el instrumental deben confluir en la modalidad laboral propia del teletrabajo, lo cual genera un tercer elemento característico en esta forma de prestación de servicios, como es, el aspecto organizativo, el cual debe ser entendido como la asociación de los dos primeros elementos analizados, esto es, su unión de forma ordenada y/o metódica, pues se requiere determinar aspectos básicos para su realización, como el lugar en donde se desarrollará, los elementos a utilizar, la disponibilidad del ejecutor, la finalidad de las labores, entre otras cosas, lo cual dependiendo del grado de sometimiento a unas condiciones determinará la legislación aplicable y de allí predicar si se erige como una simple prestación de servicios mediante la interacción virtual o como teletrabajo propiamente dicho según nuestra normatividad, conforme se analizará a continuación.

Así las cosas, teniendo de presente que la mencionada organización es fundamental para la realización de labores, surge imperioso trazar los límites legales para clarificar bajo que modalidad laboral se efectuará la prestación del servicio dentro del marco de posibilidades analizado en

acápites anteriores, esto es, si se hace mediante una vinculación directa dependiente o autónoma, o mediante una vinculación indirecta a través de una labor de intermediación laboral, conforme se desarrollará en el tercer capítulo.

Subtítulo II. Normatividad sobre el teletrabajo en Colombia.

Antes de analizar la legislación colombiana sobre el Teletrabajo, vale la pena advertir la problemática de enmarcar en una específica normatividad esta modalidad laboral, pues ha sido un asunto que ha llamado la atención de la doctrina internacional, propiamente la española, teniendo en cuenta que ello dependerá de diferentes circunstancias probatorias, lo cual generó el interés del presente trabajo investigativo.

Al respecto, Rodríguez, F. (1999) (citado por García, B. 2012. P. 61) mencionó:

Es obvio que la actividad del teletrabajador puede quedar enmarcada dentro de las normas jurídicas diversas. En una primera aproximación, resulta fácil advertir la posibilidad de hacerlo de dos maneras distintas. De una parte, el empresario puede encargar y contratar esos trabajos con personal distinto a la empresa, a través de contrato de ejecución de obra o arrendamiento de servicios. De otra parte, la actividad puede quedar integrada en un contrato de trabajo. La línea de delimitación entre trabajo autónomo-trabajo subordinado exige acudir a los elementos tradicionales de diferenciación entre la relación laboral y otras figuras jurídicas distintas, de naturaleza civil o mercantil afines a ella.

La identificación del carácter laboral o extralaboral de tales actividades será uno de los puntos más delicados y controvertidos a que el operador jurídico se va a enfrentar y ello por dos razones. De un lado, por la tendencia a simular una relación no laboral como instrumento que permita externalizar los costes de producción y, de otro, por la existencia de una franja de indeterminación que se ve ampliada por las diversas formas de prestación, así como las peculiares condiciones de la prestación de trabajo a distancia (p. 107).

Por lo anterior, la doctrina española mencionada clasificó la forma de prestación de servicios mediante la interacción virtual o teletrabajo en aquel que se realiza por cuenta propia, de manera independiente y autónoma, y aquella que sea realiza por cuenta ajena, donde se encuentra inmerso el elemento característico del contrato de trabajo, como es, la subordinación al beneficiario de la labor, toda vez que el distanciamiento de la prestación del servicio de un establecimiento particular propio del empresario, conlleva a la atenuación en la identificación de la mencionada dependencia, situación que se acentúa con un inconveniente adicional que le agregan, como es, que los indicios tradicionales con los cuales los Tribunales Europeos resuelven esta clase de controversia no son útiles para tales fines, por lo cual advierten la necesidad de migrar en la búsqueda de unos nuevos indicios (García, B. 2012. p. 65-86).

Ahora bien, inmersos en el análisis de la legislación nacional colombiana propia del teletrabajo, como es la ley 1221 de 2008, se debe iniciar resaltando que esta es la primera normatividad en concreto que se creó en nuestro territorio con el fin de promover y regular esta figura, estableciendo

que esta se erige como “un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC)” (Ley 1221, 2008)²¹

Para tales efectos, define a esta figura como “una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo”, la cual es realizada por un Teletrabajador, entendiéndose por este como la “persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios”, mediante las siguientes modalidades:

- a. Autónomos, son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones.
- b. Móviles, son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las Tecnologías de la Información y la comunicación, en dispositivos móviles.
- c. Suplementarios, son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.²²

²¹ Ver artículo 1 de la ley 1221 de 2008.

²² Ver artículo 2 de la ley 1221 de 2008.

En efecto, teniendo en cuenta las distintas formas de organización de los elementos característicos del teletrabajo expuestos en líneas anteriores, nuestra legislación nacional reconoció la posibilidad de establecer diferentes formas en que estos se pueden conjugar, pues determinó que es posible laborar como trabajadores estáticos y ajenos a un centro de producción, en virtud de la modalidad autónoma y, como intermitentes en un lugar específico, bien sea externo y recorriendo distintos lugares distanciados de la empresa, como refiere la posibilidad que tienen los trabajadores móviles, así como para quienes pueden asistir ciertos días a una sede laboral del beneficiario de la labor, conforme opera para los suplementarios.

Entonces, como se mencionó la ley 1221 de 2008 se promulgó con el objetivo de promover el teletrabajo en Colombia, instando a diferentes entidades gubernamentales a establecer una política pública en tal sentido²³, incluyente con sectores sociales desfavorecidos²⁴ de la mano del sector privado²⁵ y por ello, inscribiendo esta modalidad de prestación de servicios dentro de la legislación

²³ Dispone el artículo 3 de la ley 1221 (2008), que “para el cumplimiento del objeto de la presente ley el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de la Protección Social, formulará, previo estudio Conpes, una Política Pública de Fomento al teletrabajo. Para el efecto, el Ministerio de la Protección Social contará con el acompañamiento del Ministerio de Comunicaciones, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el SENA, y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales–DIAN. Esta Política tendrá en cuenta los siguientes componentes: Infraestructura de telecomunicaciones; Acceso a equipos de computación; Aplicaciones y contenidos; Divulgación y mercadeo; Capacitación; Incentivos; Evaluación permanente y formulación de correctivos cuando su desarrollo lo requiera.

²⁴ Al respecto, el parágrafo 1º del artículo 3 de la ley 1221 (2008), menciona que “*Teletrabajo para población vulnerable*. El Ministerio de la Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, formulará una política pública de incorporación al teletrabajo de la población vulnerable (Personas en situación de discapacidad, población en situación de desplazamiento forzado, población en situación de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclusión, personas con amenaza de su vida).

²⁵ Por su parte el artículo 4º de la ley 1221 (2008) crea “la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo de la cual harán parte: a) Entidades públicas del orden Nacional, que hacen parte de la agenda de conectividad; b) Empresas privadas de cualquier orden, representadas por los gremios que designe el Gobierno Nacional; c) Operadores de telefonía pública básica conmutada nacional; d) Cafés Internet; e) Organismos y/o asociaciones profesionales”.

laboral o, en otras palabras, predicando sobre la misma una relación de trabajo dependiente, conforme se pasa a analizar.

En efecto, el artículo 6 de la ley 1221 de 2008 determina las garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores, estableciendo que pese a no ser aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno, si se debe garantizar el derecho a la igualdad en el salario, al descanso, a constituir o afiliarse a las organizaciones que se estimen convenientes, a la protección en materia de seguridad social integral, seguridad y salud en el trabajo, al respecto por el derecho a la intimidad y privacidad, la maternidad, al acceso a la formación y a recibir los equipos, conexiones, programas, así como el valor de la energía necesarios para desempeñar sus funciones, lo cual fue reglamentado en el Decreto 884 de 2012, de la siguiente manera:

No obstante que de la lectura de la mencionada ley pareciera desprenderse que cualquier relación de trabajo en donde las partes interactúen a través de las tecnologías de la información y la comunicación se enmarcaría en una relación laboral dependiente, véase que el mentado decreto hizo una salvedad implícita en la redacción de su artículo 1, pues determinó que el objetivo del mismo “es establecer las condiciones laborales especiales del teletrabajo que regirán las relaciones entre empleadores y teletrabajadores y que se desarrollen en el sector público y privado en relación de dependencia”, dejando a un lado las relaciones de trabajo o prestación de servicios mediante la interacción virtual de manera autónoma o independiente, por lo cual estas no han sido reglamentadas y justifican la necesidad de establecer los límites entre una y otra legislación

aplicable a partir de la presente reglamentación, pues se erige como el mínimo de derechos y garantías de los teletrabajadores vinculados a una relación subordinada.

Entonces, el Decreto 884 de 2012 fue incorporado al Decreto 1072 de 2015, siendo este último el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo creado como medio de compilación de normas a efectos de brindar seguridad jurídica, el cual en su capítulo 5 reiteró la reglamentación del 2012 estatuyendo que:

El contrato o vinculación que se genere en esta forma de organización laboral de teletrabajo debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores particulares y en las disposiciones vigentes que rigen las relaciones con los servidores públicos, y con las garantías a que se refiere el artículo 6° de la Ley 1221 de 2008, y especialmente deberá indicar: 1. Las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y si es posible de espacio; 2. Determinar los días y los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal. 3. Definir las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo y fijar el procedimiento de la entrega por parte del teletrabajador al momento de finalizar la modalidad de teletrabajo. 4. Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el teletrabajador.²⁶

²⁶ Artículo 3 del Decreto 884 (2012) incorporado mediante el artículo 2.2.1.5.3. al Decreto 1072 (2015).

Adicionalmente se estableció en dichas reglamentaciones la forma en que operan las garantías de igualdad de trato²⁷, uso adecuado de equipos informáticos²⁸, obligaciones ante el sistema de seguridad social integral²⁹ y del sistema de riesgos laborales³⁰, así como el derecho (cuando se genere) al auxilio de transporte y pago por trabajo suplementario³¹, lo cual será objeto de discriminación y estudio en el tercer capítulo a efectos de cumplir con el objetivo trazado de establecer los posibles indicios que surgen de esta modalidad laboral con el propósito de delimitar los linderos en una relación de trabajo autónoma e independiente.

Entonces, del recorrido efectuado en el presente capítulo se puede concluir a estas alturas, que de las necesidades del ser humano para su subsistencia se han establecido diferentes formas de producción a nivel mundial que se han proliferado a distintas sociedades dependiendo de las circunstancias económicas y culturales de la época, lo cual ha generado la positivización de normas que conforman el derecho laboral y su reconocimiento interno en nuestro país, con el objeto de contrarrestar las coyunturas cambiantes del mundo globalizado, conllevando a que todas las modalidades laborales mencionada confluyan en la producción Colombiana de la mano de los avances mundiales de las tecnologías de la información y comunicación, lo cual ha permitido la prestación de servicios a través del teletrabajo y la flexibilización del derecho laboral.

²⁷ Artículo 4 del Decreto 884 (2012) incorporado mediante el artículo 2.2.1.5.4. al Decreto 1072 (2015).

²⁸ Artículo 5 y 6 del Decreto 884 (2012) incorporado mediante el artículo 2.2.1.5.5. y 2.2.1.5.6. al Decreto 1072 (2015).

²⁹ Artículo 7 y 8 del Decreto 884 (2012) incorporado mediante el artículo 2.2.1.5.7. y 2.2.1.5.8. al Decreto 1072 (2015).

³⁰ Artículo 9 del Decreto 884 (2012) incorporado mediante el artículo 2.2.1.5.9. al Decreto 1072 (2015).

³¹ Artículo 10 del Decreto 884 (2012) incorporado mediante el artículo 2.2.1.5.10. al Decreto 1072 (2015).

Capítulo 2. La naturaleza Jurídica de la Prueba Indiciaria y la necesidad de verificación en un contrato de trabajo.

Con el propósito de desembocar en la naturaleza jurídica de la prueba indiciaria, como punto de partida se resaltaré la definición, importancia y necesidad de la prueba en el derecho, particularmente en el derecho laboral, su clasificación y la relevancia en la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, estableciendo que clases de hechos son los que determinan la existencia de la prueba indiciaria en la verificación de un contrato de trabajo a raíz del teletrabajo.

Título I. Naturaleza jurídica de la prueba

Para encaminar el desarrollo del presente objetivo es indispensable recordar el concepto de prueba y la necesidad de esta en el derecho, pues ello permitirá analizar su naturaleza jurídica, entendida esta como la fuente o causa de un acto o hecho que permite la producción o generación de una consecuencia jurídica, bien sea para la disposición de un derecho o como la obligación en la realización de un deber, por lo tanto, a continuación se procede a revisar el concepto de prueba y su necesidad al interior de un proceso, para luego resaltar su relevancia en un juicio laboral y la definición particular de la prueba indiciaria de conformidad con la legislación procesal, la jurisprudencia y la doctrina.

Subtítulo I. Concepto y necesidad de la prueba.

Entiéndase como prueba la razón o instrumento con el que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. (RAE, 2017). Dicho acto de probar, concibiéndose además como la acción humana de demostrar un supuesto fáctico , trasciende no solo a aspectos procesales o judiciales, a determinada rama del derecho o a las ciencias en general, sino a todos los ámbitos de la vida humana, pues según Cernelutti (1955) “el historiador, el paleontólogo, el arqueólogo, el lingüista, el cronista, el periodista, recurren a la prueba para convencerse a sí mismos de los hechos ocurridos en un pasado inmediato o lejano, pero también para llegar a convencer a sus lectores o informantes de esa verdad” (p. 4)

Al ser la prueba algo trascendente a toda la actividad humana, esta no es ajena al derecho, pues ha sido objeto de múltiples pronunciamientos que la han distinguido y clasificado en este campo, al concebirla como una rama transversal, mediante el desarrollo doctrinario del derecho probatorio y su reconocimiento como teoría general y, como una especie particular dentro de este, al individualizarla como prueba judicial.

En este sentido se puede afirmar, en cuanto al derecho probatorio, según lo manifestado por Rocha, A. (1967) (citado por Echandia, H. D, 1981, p. 16), que este se concibe como “una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, pero que comprende en general “la veracidad de los hechos”, es decir, la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal”, generando que esta sea exaltada como una teoría general, aplicable a todas las ramas del derecho, como son, la civil, penal, laboral o administrativa, pese a sus particularidades.

A su vez, se puede entender por pruebas judiciales, “el conjunto de reglas que regula la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso” (Echandia, H. D, 1981, p. 15).

De lo anterior se puede colegir que en materia judicial la necesidad de la prueba adquiere una importante relevancia, pues la máxima reconocida al interior de esta academia recuerda que el juez para resolver dirá: *da mihi factum, dabo tibi iud* (dadme los hechos, yo os daré el derecho)

En efecto, el *onus probandi* correspondiente al principio de carga de la prueba, es un elemento esencial en los sistemas procesales de carácter dispositivo, como el colombiano, el cual según lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia (2010), exige lo siguiente:

En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil diez, p. 19-20).

De lo anterior se sustrae, que el acto de probar conlleva a un resultado, el cual debe ser entendido conforme lo mencionado por Echandia, H. D. (1981), pues este sostiene que el resultado de la prueba es, la conclusión a la que llega el juez, basado en el conjunto de los medios aportados al proceso, sobre los hechos afirmados o negados en él, y que deben servirle para la aplicación de las normas jurídicas sustanciales o procesales que los regulen, para lo cual es fundamental la valoración o apreciación que de esos medios probatorios haga la judicatura, y de ahí la trascendencia que esta función tiene.

A su vez, surge imperioso delimitar el resultado de la prueba de lo que se debe entender por objeto de la misma, pues esta corresponde a aquello sobre lo que puede recaer, desde una

perspectiva objetiva, sin limitaciones particulares, por lo cual difiere de la necesidad o tema de la prueba, que se circunscribe a la materia de la actividad probatoria para cada proceso, esto es, los hechos sobre los que recae el litigio y que determinan un tercer aspecto a recordar, como es, el de carga de la prueba, que atañe al interés particular que persigue cada contendiente en el juicio en busca de una consecuencia jurídica, lo cual se ahondará más adelante (Echandia, H. D, 1981, p. 141).

En efecto, dice Parra, J.Q (2002) que “toda actuación judicial, sin ningún tipo de distingo, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico. Cuando no se reconstruyen los hechos como realmente ocurrieron estamos juzgando otro asunto” (p. 147).

Entonces, pese a sus diferencias es claro que tanto el objeto, la necesidad y la carga de la prueba, apuntan al reconcomiendo de la verdad sobre un hecho, sin embargo, el concepto de verdad no ha sido tema pacífico en la doctrina, pues diferentes tasuntoeorías se han decantado en virtud de ella, principalmente apuntando a que este criterio no es absoluto, como aquella que sostiene que es irrelevante o imposible conseguir la verdad, debido a que no es el fin último en un proceso judicial, toda vez que este se transa en argumentos retóricos o narrativistas para tener la razón de lo que se propone o, porque en la práctica es imposible en un juicio, debido a las carencias y limitaciones que tiene el juez, ya sea temporales, por la premura del proceso, o materiales, por la falta de medios para la consecución de la verdad material, a diferencia de lo que puede realizar un historiador o científico, pues estos pueden estar revestidos de todas las posibilidades a su alcance para dedicar su tiempo a la búsqueda de la verdad, por lo cual, la finalidad de la prueba en el proceso judicial

es la acreditación del supuesto fáctico mencionado que conlleva la consecuencia jurídica que se espera (Parra, J.Q, 2002, p. 149-151).

Subtítulo II. Carga dinámica de la prueba y excepción al deber de probar.

Ahora bien, no obstante la importancia probatoria que genera la indagación de cualquier hecho, en el campo del derecho y particularmente en el proceso judicial, existen excepciones a la obligación de probar, como lo recordó la Corte Constitucional (2016), de la siguiente manera:

Sin embargo, el principio de la carga de la prueba (onus probandi) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos. Algunas excepciones son derivadas del reconocimiento directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión (hechos notorios). Otras se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas). Y otras son consecuencia de la existencia de presunciones legales o de derecho, donde “a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016, p. 32-33).

En cuanto a las excepciones mencionadas, cabe resaltar que en el ámbito del derecho laboral existe la presunción legal del artículo 24 del CST, la cual refiere a que toda relación de trabajo se entiende regida por un contrato de trabajo. Dicha presunción establece el beneficio para el

demandante en un juicio donde se debate la declaratoria de dicho contrato, de no tener que probar el elemento característico de dicho vínculo, como es la subordinación, trasladándole la carga de la prueba para desvirtuarla al demandado, pues deberá acreditar ante el juez la ausencia de esta, conforme lo dispuesto la extinta Sección Primera de la Corte Suprema de Justicia (1977), en la cual informó lo siguiente:

Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo. O sea que si el demandante logra demostrar que prestó un servicio personal en provecho o beneficio de otra persona o entidad, debe entenderse que esa actividad se ejecutó en virtud de un vínculo de la expresada naturaleza. Pero advirtió también que la cuestionada regla tiene el carácter de presunción legal y que, por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida por el presunto patrono mediante la demostración de que el trabajo se realizó en forma independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral. Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de marzo de 1977, p. 559-565).

Al respecto importa recalcar dos circunstancias que trata la sentencia citada para los intereses de esta investigación, como son, la mención a la prueba indiciaria, cuando refiere la presencia de

un hecho indicador que direcciona hacia un hecho indicado, lo cual se indagara más adelante, y la posibilidad de desvirtuar tal presunción por parte del accionado.

En cuanto a la carga de la prueba que recae sobre el demandado en un proceso donde se debate la declaratoria de un contrato de trabajo cuando el prestador del servicio ejecutó la labor mediante la interacción virtual con el beneficiario de este, se debe tener presente que en tales circunstancias la destrucción de la presunción legal se haría simplemente dándole a conocer al juez que, para la ejecución del servicio, esta persona lo podía realizar, inclusive, en su casa placentemente, con el objeto de hacer ver, superficialmente, la ausencia de subordinación y una supuesta autonomía del demandante en la prestación de la labor, dejando a un lado otros factores que confluyen en esta clase de relación y que hacen parte de la subordinación, lo cual se pretende determinar con este estudio.

Entonces, es claro que los anteriores vaivenes del debate probatorio arguyen específicamente a la imposición de cargas probatorias por parte de la legislación y la jurisprudencia, la cual fue llevada a un plano más equitativo en virtud de la desigualdad de las partes en la relación laboral, por lo tanto, es dable retomar este concepto y, especialmente, analizar cómo ha evolucionado al ser establecida procedimentalmente al día de hoy como la carga dinámica de la prueba.

En efecto, la Corte Constitucional (2016a), dispuso que:

... el abandono de una concepción netamente dispositiva del proceso, al constatarse cómo en algunos casos surgía una asimetría entre las partes o se requería de un nivel alto de

especialización técnica o científica que dificultaba a quien alegaba un hecho demostrarlo en el proceso, condujo a revisar el alcance del “onus probandi”. Fue entonces cuando surgió la teoría de las “cargas dinámicas”, fundada en los principios de solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal, donde el postulado “quien alega debe probar” cede su lugar al postulado “quien puede debe probar.

La teoría de la carga dinámica de la prueba halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial. Quizá el caso más representativo –no el único-, que en buena medida dio origen a su desarrollo dogmático, jurisprudencial y legal, es el concerniente a la prueba de las malas prácticas médicas:

“Cierto es que la susodicha [doctrina de las cargas probatorias dinámicas] nació como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían caer sin miramientos, sobre las espaldas de algunas de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba (...). Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró, verbigracia, que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior del quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito”].

De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla”^[92], supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo

con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo[93](p. 33-34).

Entonces, para reconocer la actividad probatoria que recae en juicio sobre una de las partes con el fin de conseguir el efecto jurídico que espera en la decisión judicial, no basta con mencionar que existe una regla general de carga de la prueba y que esta ha evolucionado al ser reconocida al día de hoy como dinámica en virtud de la posibilidad que tiene una parte de probar cierto hecho, pues es necesario delimitar el acto probatorio en virtud de su objeto, la necesidad y su finalidad, a efectos de determinar las reglas probatorias delimitadas por la doctrina y recogidas por el legislador en nuestro país.

Al respecto, se tiene que existen múltiples reglas probatorias que distribuyen la obligación de acreditar determinado asunto en un proceso, como son, las mencionadas por Bernal L. E. (2017), al clasificarlas de la siguiente manera:

...teoría de lo normal y lo anormal: Tiene la carga de la prueba quien afirma un hecho anormal, contrario a la diaria ocurrencia, pero he ahí el problema, que ha de entenderse por lo normal en un momento dado y que por lo anormal. ¿Acaso es hoy en día normal que las personas no tengan deudas?

Se habla también de quien afirma es quien tiene la carga de probar el hecho, no quien lo niega. Y surge de inmediato el postulado filosófico de que el hecho afirmativo es una cara de la moneda y la otra es la negativa, luego la tesis quedaría expuesta al criterio de la parte si planteo el hecho

de manera afirmativa o negativa. V.gr. Tito me debe una determinada suma de dinero; o bien Tito no me ha pagado una determinada suma de dinero...

También se plantea la teoría de la naturaleza constitutiva del hecho invocado por contraposición al hecho extintivo o invalidativo; criterio este que sirvió en su momento para que algunos legisladores regularan la carga de la prueba, pero sólo en el campo de las obligaciones; porque ya llevarlo a una norma general, presentaría problemas, pues dejaría por fuera múltiples casos y en un momento determinado sería también subjetiva, pues hay eventos en que el mismo hecho puede ser constitutivo para una parte y extintivo para la otra, lo cual ya haría muy compleja la aplicación de la regla.

Ahora bien, en sentir del maestro Devis Echandia, a quien los autores nacionales siguen muy de cerca, como también muchos extranjeros; la regla contenida en el artículo 177 del C.P.C. transcrito, es la correcta y así se sustenta su tesis:

"... El único criterio aceptable para una regla general en esta materia, debe contemplar no solamente la posición procesal de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, si no el efecto jurídico perseguido con este en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse. Lo fundamental es la posición sustancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse, de acuerdo con la norma jurídica por aplicar que lo contempla como presupuesto; es decir, hay que determinar cuál de las partes pretenden ese resultado aun cuando esa parte no haya invocado en su favor tal norma, pues al juez le corresponde aplicarla oficiosamente: *jura movit curia*.

Dicha regla resulta más clara y completa si se hace expresa mención tanto del efecto jurídico perseguido por la parte, como de la norma que lo contempla y de la cual es presupuesto el hecho de cuya prueba se trata. De este modo se da una visión más completa de la regla general, porque los efectos jurídicos perseguidos por una parte tienen precisamente como presupuesto los hechos que contempla la norma legal que los consagra, y por lo tanto, el riesgo de que falte su prueba debe correrlo esa parte(p. 122-123).

Tal distribución de cargas probatorias o reglas para determinar quién es el obligado a acreditar cierto hecho ha sido establecido por el Código General del Proceso (2012), artículo 167, al cual en materia laboral debemos remitirnos por ausencia de norma específica que regule este asunto, de conformidad con el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, así:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido

directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Entonces, de lo efectuado hasta ahora podemos destacar que el manejo de la prueba es una necesidad humana, que conlleva a formular en debida forma el sustento fáctico en un litigio, para dilucidar la aplicación de una norma jurídica, pues el objeto de la prueba es simplemente una noción abstracta y general que no permite establecer la carga que recae sobre alguna de las partes en acreditar un hecho, pues para ello es pertinente clasificar las reglas probatorias tradicionales que al día de hoy se suman a las reglas de la carga dinámica de la prueba, lo cual es de vital importancia para determinar cuáles hechos sirven como indicadores para la declaratoria de un contrato de trabajo a raíz del teletrabajo, conforme se desarrollará en el tercer capítulo.

Título II. El principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y su prueba

Para la materialización de la presente investigación es indispensable desarrollar en un espacio el Principio Constitucional de la Primacía de la Realidad Sobre las Formalidades que rige en materia laboral, pues su imperatividad en las relaciones de trabajo determina la posibilidad de

reconocer en un juicio una modalidad laboral que las partes, voluntaria o involuntariamente, no dispusieron contractualmente, lo cual adquiere relevancia en la declaratoria de un contrato de trabajo en la realidad cuando las partes formalizaron un acuerdo distinto para la prestación de servicios mediante la interacción virtual o el teletrabajo, con sustento en el material probatorio allegado al proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 51 a 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así las cosas, como punto de partida, a continuación se expondrá la relevancia de los principios en materia constitucional laboral, su diferencia con las reglas y el desarrollo que la doctrina y la jurisprudencia le han dado al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Subtítulo I. Definición de principios jurídicos y su relevancia en el derecho laboral

Para evidenciar la relevancia en el campo jurídico de los principios y la trascendencia de estos en el derecho laboral, vale la pena resaltar su definición, con el objeto de clarificar su alcance y la diferencia con otras normas jurídicas.

Entonces, Ostau de Lafont, F. R (2006) sostiene que:

En el campo laboral se pueden definir los principios, como aquellas directrices que tienen como misión interpretar y crear normas laborales o dar aplicación del derecho en la solución de casos difíciles o no claros.

Como diría Dworkin, estos principios hacen que la relación laboral tenga una diferenciación en el marco contractual con la relación civil.

En un estado social de derecho, el estado tiene la obligación, en el caso del derecho laboral, de producir normas laborales que tiendan a fortalecer y garantizar el derecho de asociación sindical, con el propósito de que a través de las asociaciones sindicales, los trabajadores tenga un papel más activo en la sociedad y logren la superación y el equilibrio de los derechos laborales individuales. Sin embargo, para las teorías de la globalización y el neoliberalismo, en esta forma de estado, la solidaridad, la fraternidad y la igualdad ya no son relevantes.

El derecho laboral no debe ser, pues, un obstáculo, como pretenden algunos, para el desarrollo de una sociedad. El nivel protector que ofrece es necesario para garantizar y proteger esos derechos gremiales e individuales. Tiene una existencia ligada a la economía y de aquí se desprende que un sindicalismo representativo y unitario podrá negociar normas laborales que obedeciera a la realidad de la problemática económica nacional, sin desconocer los principios laborales de la C.P. (1991) que se pueden apreciar en el desarrollo jurisprudencial del derecho laboral colombiano. Como por ejemplo:

La protección al trabajador es un principio esencialmente paternal del derecho del trabajo, dado que es la fuente de todos los demás principios. La Constitución, en su artículo 25, dispone que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas las modalidades de la especial protección del estado” y el artículo 1º del Código Sustantivo

del Trabajo de manera igualmente paternal, dispone que la finalidad primordial del estatuto es la de “lograr la justicia en las relaciones que surgen entre los patronos y los trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y el equilibrio social”. Ninguna de estas normas señala la existencia directa de un estado proteccionista del trabajador, sin embargo, ello se desprende de su contexto. Así, parece ser inevitable, que la protección al trabajador y la justicia en la relaciones entre patronos y trabajadores supone la protección de este, ya que lo contrario podría traer como consecuencia la injusticia y dejaría al trabajador en igualdad de condiciones (p. 298-299).

La relevancia de los principios laborales en una sociedad refiere a la relación desigual entre la clase capitalista y obrera, pues de no establecerse y desarrollarse en protección del trabajador conllevaría al menoscabo del sistema político democrático social, pues la clase obrera pese a no ser minoritaria si es desfavorecida en un mundo permeado por un sistema económico capitalista. Al respecto, sostuvo Conti, A. (2008) que:

La visión reduccionista del problema ha propiciado en los tiempos actuales una gran discusión sobre la validez y en especial sobre la necesidad de estos principios. Los fenómenos característicos del nuevo orden mundial (globalización de los mercados, libre tránsito de personas, difusión global de la información, intervención de los organismos financieros internacionales y la consiguiente pérdida de la soberanía de las naciones, etc.) también ha influido en la comprensión del derecho del trabajo ahora y por cuenta de estos acontecimientos, el derecho del trabajo se ha vuelto sorprendentemente dúctil y efímero. Los gobiernos y dirigentes del sector privado que tienen el poder de decisión ven en los

principios de claro contenido social un estorbo para el desarrollo del capitalismo. En especial cuando se trata de aquellos que acarrear un costo significativo para el estado o para los grupos que controlan la economía. Es un escenario de competitividad exacerbada, no hay espacio para las restricciones jurídicas ni para las concesiones, por insignificantes que resulten. Todo lo que implique un menoscabo para la ecuación básica del capitalismo (mínima inversión / máximo rendimiento) debe ser removido de la legislación. Y si, como consecuencia de un sistema democrático en su orden interno (estados unidos de américa, por ejemplo), los grupos económicos no alcanzan el contenido de reforma institucional que quisieran, migran a aquellos países que han adoptado con la falsa esperanza de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes. En síntesis: se está en presencia de una realidad sin antecedentes donde las pocas expresiones de derecho social que aún subsisten se menosprecian o se flexibilizan y distorsionan hasta quedar al servicio exclusivo de los más poderosos, con grave peligro para la estabilidad y la paz del planeta (p. 15-16).

Es claro entonces que para la igualdad material en las relaciones obrero-patronales es necesario establecer unos principios básicos que garanticen el mínimo de garantías para aquellos que se encuentran en una posición inferior o que requieren de una especial protección con el fin de no ver afectados derechos fundamentales.

Ahora bien, resaltada la relevancia de los principios del derecho laboral en la sociedad, a continuación es dable establecer su definición y la diferencia que existe con la regla, para lo cual se trae a colación lo decantado por Dworkin (1984) (citado por Vallejo, F, 2014, p. 39), de la siguiente manera:

Es Ronald Dworkin en su libro “Los derechos en serio” quien mejor ha utilizado la diferencia entre principio, directriz y norma para atacar la escuela positivista. Llamo “principio” –dice el autor- a un estándar que debe ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Por su parte, entiende como directriz el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Y por norma o regla aquel precepto de aplicación disyuntiva que carece de la “dimensión del peso o importancia” que es propia del principio.

Por su parte Atienza y Ruiz Manero (1991), sostienen que:

...los principios son –como las leyes científicas- enunciados que hacen posible una descripción económica de una determinada realidad (en este caso, el derecho) y cumplen por tanto una función didáctica –en sentido amplio- de una gran importancia. Pero, en segundo lugar -y esto es aún más importante-, los principios nos permiten también entender el derecho –o los diferentes derechos- no como un simple conjunto de pautas sino como un conjunto ordenado, esto es, como un conjunto dotado de sentido (p. 43-44).

Entonces, con la claridad en la noción de principio y la relevancia de estos en materia laboral, véase que el desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades ha sido un tema comúnmente tratado por la doctrina nacional, que ha determinado su noción y necesidad,

así como su forma de interpretación y aplicación, pues al respecto Albarracín, et al, (2.012), mencionaron sobre este que:

Este principio, reconocido en el artículo 53 de la Constitución política y que consagra los derechos de los trabajadores, hace referencia a que siempre se preferirá la realidad sobre la forma o, en otras palabras, se dará preponderancia a los hechos y no se tendrán en cuenta las declaraciones si están disconformes con los acontecimientos. En este sentido, interesa lo que en la realidad pasó y se pueda probar, por lo tanto a juicio de Américo Plá, " No es necesario entrar a analizar y pensar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que ocurra en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios de que se disponga en cada caso. Pero demostrado en los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades". Al dejar a un lado los juicios de valor sobre la intencionalidad de quienes actuaron la relación jurídica, el empleador no podrá acudir al criterio de buena fe para excusarse del pago de las cargas que conlleva la declaración de existencia de un contrato de trabajo.

Se debe aclarar que en principio las estipulaciones que realicen las partes tienen la presunción de estar conforme a la ley, y así sea aparentes, se tendrán por válidas hasta tanto no se demuestre su discordancia con la realidad.

(...) Al reconocer la primacía de la realidad sobre la forma, se reconoce también la irrenunciabilidad o indisponibilidad de los derechos del trabajador, quien como parte débil de la relación no podrá renunciar a sus derechos ciertos e indiscutibles; en este sentido no produce efectos el acuerdo al que lleguen con el empleador para darle una connotación diferente a su relación laboral, cuando con ello está desconociendo los derechos mínimos y está haciendo nugatorio dicho principio... (p. 30-31).

A su vez, Conti, A. (2008) sostuvo que:

El principio de primacía de la realidad es un valioso instrumento para conjurar la simulación contractual. Ante todo, porque, más allá de su formulación jurídica, impone una exigente obligación de pesquisa para la autoridad. Esto quiere decir, ni más ni menos, que el juez no puede quedarse alelado ante la apariencia que muestran las formas, pues tiene la obligación de escrutar en el escenario de los hechos hasta corroborar la verdad. Éste es el punto crucial del problema y el que le da significación práctica.

La doctrina interpreta este principio de diversas maneras. El renombrado tratadista mexicano Mario de la Cueva fue quizás el primero en advertir que la jurisdicción del trabajo debía renunciar al imperio de la forma. A diferencia de lo que ocurre en materia civil donde, por razones principalmente asociados a la seguridad jurídica, se rinde culto absoluto al texto del contrato, en el derecho del trabajo se obedece la realidad. De ahí la descripción acuñada por Mario Deveali para nominar la relación existente entre el empleador y trabajadores: "contrato realidad".

Este principio tiene mayor posibilidad de realización cuando se articula a la conocida regla conforme a la cual se presume que la prestación personal de los servicios está regulada por un contrato de trabajo, precepto de gran importancia práctica no sólo por el efecto disuasivo que conlleva sino porque impone al empleador la correspondiente carga de información. De manera que todos los actos de simulación (contratación triangulada, constitución de sociedades empleadoras "fantasmas", subscripción de cláusulas contra legem, encubrimiento de salarios, solución fraudulenta de continuidad, etc.) realizados alrededor de la prestación de un servicio típicamente subordinado pueden quedar al descubierto con la simple aplicación de esta regla (p. 51-52).

La trascendencia del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades emerge en todas las relaciones de trabajo que se presenten, pues su carácter de criterio de interpretación y aplicación de reglas, conlleva a que este se aplique y reconozco en otras ramas del derecho, como es, el administrativo, respecto a sus relaciones laborales, con las particularidades que este representa, pues sobre esto Guarín, A. (2011), mencionó que:

Observamos con frecuencia en el campo del ejercicio profesional, como la jurisdicción laboral condena el reconocimiento de una relación de trabajo a instituciones públicas que en lugar de vincular laboralmente a sus servidores públicos, resuelven hacerlo a través de los denominados contratos estatales, de prestación de servicios generales o profesionales, aplicando los principios del denominado contrato realidad consagrados por la doctrina y la legislación universal laboral y por el artículo 53 constitucional y 23 del C.S.T.

Si pudiéramos resumir paso a paso los errores que se denuncian como cometidos por esta clase de entidades, sin duda podríamos afirmar que son de administración o manejo de los contratos, es decir, que se presentan durante la ejecución o desarrollo de los mismos, y consiste sencillamente en contratar administrativamente funciones iguales o similares a las del personal de planta (prohibición legal), para hacer ejecutados por personal no calificado académicamente (egresados/profesional no especializado en temas puntuales), en horarios estrictos de oficina, con el cumplimiento permanente de indicaciones u órdenes puntuales, con el suministro de medios, insumos, elementos y locaciones de trabajo aportados por la entidad, con la imposición de sanciones disciplinarias en algunos casos (amonestaciones, multas, suspensiones) y para desarrollar actividades de necesidad permanente y no excepcional (p. 350).

De lo visto en este aparte, se puede concluir que la discriminación de normas jurídicas en el derecho permite establecer el alcance de los principios en la resolución de casos concretos, en donde algunos adquieren una relevancia considerable con el objeto de proteger a una clase social desigual, como sucede en relación de trabajo, lo cual se hizo necesario de resaltar en el presente trabajo investigativo, toda vez que con este se busca la declaratoria de un contrato realidad a partir del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades cuando las partes de una relación regida por el teletrabajo utilizaron otra formalidad diferente a la laboral para formalizar la vinculación del trabajador, como se pasa a desarrollar

Subtítulo II. La prueba del contrato realidad en material laboral.

Sobre este importante principio constitucional, la jurisprudencia nacional de las altas cortes no ha sido ajena a su desarrollo, pues lo ha avanzado relacionándolo con otros principios y concretando su forma de indagación dependiendo de la jurisdicción correspondiente de la siguiente manera:

La Corte Constitucional (2016b), como encargada de adoctrinar sobre la razón y sentido de la carta superior, decantó que:

Uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo es el de la *primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales* – consagrado en el artículo 53 de la Carta, el cual se encuentra íntimamente ligado al principio de prevalencia del derecho sustancial –previsto en el artículo 228 de la misma obra–.

Este Tribunal ha reconocido que, al margen de la forma en que los individuos que pactan la prestación de un servicio personal convengan designar el contrato, es la estructura factual de la relación entre los sujetos lo que determina la verdadera naturaleza del vínculo:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de

subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.”³²

La intrínseca relación de este principio con la prevalencia del derecho sustancial, en el contexto de las relaciones laborales, dota de justificación la protección que el ordenamiento otorga al trabajador, dada la posición de superioridad que ostenta frente a él el empleador, tal como se ha expuesto en anteriores pronunciamientos:

“Más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa, a los ojos del juez y por mandato expreso de la Constitución, el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinan.

³² La corte (2016b) cita la Sentencia C-555 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

“Es esa relación, verificada en la práctica, como prestación cierta e indiscutible de un servicio personal bajo la dependencia del patrono, la que debe someterse a examen, para que, frente a ella, se apliquen en todo su rigor las normas jurídicas en cuya preceptiva encuadra.

“Eso es así, por cuanto bien podría aprovecharse por el patrono la circunstancia de inferioridad y de urgencia del trabajador para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones, genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, merced a la utilización de modalidades contractuales enderezadas a disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos.”³³

La hermenéutica del referido principio constitucional ha dado paso al concepto de *contrato realidad*, como se señala en el siguiente extracto:

“La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad³⁴” (p. 23-24).

³³ La Corte Constitucional (2016b) cita la Sentencia T-166 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

³⁴ Igualmente la Corte Constitucional (2016b) cita la Sentencia T-616 de 2012, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (2016) en sentencia de casación y descendiendo como tribunal de instancia, recordó la distribución de cargas probatorias en un juicio donde se ventile una pretensión dirigida a declarar un contrato de trabajo en la realidad, mencionando que:

Adicionalmente a los argumentos ya esgrimidos es preciso señalar que el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 consagra la presunción de que la prestación de servicios remunerados constituye un contrato de trabajo, por lo que a quien así lo alega, le basta demostrar la realización de las labores para que la carga de la prueba se revierta en la contraparte a efectos de desvirtuarla.

En esas condiciones es pertinente resaltar el desacierto del *a quo* cuando desconoció la prerrogativa procesal a la que aludimos anteriormente, que la ley expresamente otorga a la parte débil de la relación laboral al decir en la norma ya citada que *«El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción»*.

El juez contrariamente le impuso al demandante la carga de desdibujar la presunción de legalidad de los contratos que había suscrito con la administración; de esta forma transgredió no solo la ley sino también los artículos 25 constitucional que le impone al Estado el deber de proteger el trabajo y el 53 ibidem que consagra la irrenunciabilidad de los beneficios laborales.

De otra parte, olvidó aplicar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas que prevé el artículo 228 de la Carta, y no advirtió que aun cuando la titulación de los escritos firmados entre las partes aludiera a un contrato de prestación de servicios, en realidad se trató de uno de orden laboral que le imponía la aplicación de las disposiciones de dicha especialidad por ser normas de orden público (p. 18-19).

Por último, el Consejo de Estado (2016), a diferencia de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, desarrollo este principio y estableció las cargas probatorias, de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

A lo que se debe agregar, que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo “*onus probandi incumbit actori*”, dirigida a desvirtuar la

naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta.

Así, se deben revisar en cada caso, las condiciones bajo las cuales se prestaron los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto (p. 16).

Entonces, de lo anterior se puede sustraer, que el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades determina en un juicio la necesidad de probar ciertos hechos para generar el resultado que espera determinada parte, que en principio será la declaratoria de un contrato realidad por parte del juez en favor del demandante y la absolución de este cuando hablamos del demandado, lo cual requiere de una distribución de cargas probatorias, que en todo caso difieren de las dispuestas en la jurisdicción ordinaria de aquellas informadas por la jurisdicción contenciosa administrativa, lo cual será tema de análisis más adelante.

Título III. Los hechos y la prueba indiciaria

En líneas anteriores se mencionó que el acto de probar por las partes en un juicio recae sobre los hechos que afirman, con la finalidad de llegar al resultado que esperan, como es la decisión por

parte del juez respecto a las pretensiones, en lo que interesa al demandante, o las excepciones planteadas en virtud del derecho de defensa por la parte demandada.

Por lo anterior, es dable establecer que debemos entender por hechos relevantes en el juicio y cuáles son los hechos que deben ser probados, de conformidad con lo siguiente.

Subtítulo I. Los hechos y la realidad.

Para las vicisitudes que se pueden presentar en un proceso judicial, vale la pena describir la diferencias entre los hechos y la realidad, para lo cual se trae a colación lo mencionado por Taruffo, M. (2002), quien sostuvo que:

Los hechos del mundo real existen (cuando existe) según modalidades empíricas absolutamente independientes de la esfera de las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas: no son los eventos del mundo real los que se "constituyen", "definen" o "identifican", por qué estos, por decirlo así, "suceden" de formato absolutamente independiente de las categorías, de los conceptos y de las valoraciones que a ellos se refieren. Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de los hechos particularmente complejos, versiones de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad, que tienen alguna relevancia en el juicio.

En consecuencia, en el proceso "el hecho" es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado (p. 113)

A su vez, Ferrer, B. (2005), consideró:

En mi opinión, la prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el proceso judicial. Ahora bien, dadas las limitaciones (o, imprecisiones si se prefiere) de ese medio, la presencia del medio (la prueba) no garantiza la obtención del fin (la verdad) (p. 31).

Para cerrar la relevancia que se pretende resaltar respecto a las afirmaciones que las partes hacen en el juicio y que distan de los hechos ontológicos o reales, importa citar lo mencionado por Gascón, M (2004), respecto a:

Tanto el discurso científico como el judicial son lingüísticos; o, si se quiere, en ambos casos se pretende la verdad no de hechos sino de enunciados sobre los hechos: en particular, en el discurso judicial los llamados "hechos probados" no son más que enunciados asertivos de los que se predica la verdad. Por ello, entre las muchas concepciones de verdad que se han desarrollado a lo largo de la historia, aquí nos interesa la verdad como propiedad de ciertos enunciados (p. 53).

De lo anterior surge diáfano que en un proceso judicial no se prueba un hecho empírico, sino las proposiciones que de él hacen las partes, siendo estas proposiciones sobre lo que recae la prueba

o, en otras palabras, su objeto, conforme fue definido este al inicio del capítulo. De allí, se puede afirmar que cuando el demandante hace referencia en un proceso a un contrato realidad no propiamente está haciendo reseña a un hecho ontológico, sino a una afirmación que deberá acreditar a efectos de que se aplique en su favor el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades como consecuencia jurídica.

Por lo tanto, las inquietudes que surgen de lo anterior es que, teniendo en cuenta que lo que se debe probar en un juicio no es un hecho ontológico o real, sino la proposición o afirmación que se hace sobre este ¿Cómo opera el principio de primacía de la realidad?, ¿la mención a la realidad dentro de este principio es un eufemismo? Para resolver dichos intrínquilis, como se hará en el tercer capítulo, se considera necesario identificar la proposición que se debe plantear y probar en un juicio sobre un hecho ontológico, por lo que a continuación se procede a ello.

Entonces, como se mencionó en el primer capítulo, la relación de trabajo dependiente o el contrato de trabajo difiere de otras clases de vinculación laboral, por cuanto éste contiene un elemento característico, como es, la subordinación, definida en el artículo 23 del C.S.T. como la facultad que tiene el empleador de dar órdenes o imponer sanciones a su trabajador, por lo cual al ser una facultad, esta es optativa, pudiéndose exteriorizar y materializar en algún momento o no hacerlo, lo cual conlleva un alto grado de dificultad probatoria en acreditar dicho elemento por la parte que lo persigue, siendo generalmente el demandante en su calidad de trabajador, parte débil de la relación laboral, pues la presencia de dicho acto puede que no sea evidenciada fácilmente.

En efecto, la dificultad probatoria que se menciona para acreditar la subordinación en un juicio, sumado al hecho de que el empleador es quien está en mejor posición de probarla, por tener bajo su custodia elementos de prueba, como son, documentos o testigos (trabajadores a su cargo), genera la necesidad de establecer otros hechos o proposiciones de hechos relevantes que permitan inferir la presencia del elemento característico del contrato de trabajo, por lo tanto, a continuación se desarrollará la prueba indiciaria para tales efectos.

Subtítulo II. La prueba indiciaria.

Teniendo como fundamento que la presente investigación pretende establecer una serie de indicios con connotación probatoria a efectos de reconocer la existencia de un contrato de trabajo en la realidad, cuando la labor se ejecuta mediante la interacción virtual entre el prestador del servicio y el beneficiario de éste, es pertinente definir dicha prueba, para lo cual importa conocer su etimología.

Como le refirió Parra, J. Q. (2002):

Indicium es una derivación de indiciare que significa indiciar, hacer conocer algo, mostrar, hacer saber.

Con un criterio dinámico, preferimos pensar que indicio proviene de indicere, resultante de la contracción de “inde-dicere”, que denotaría el hecho pero iluminado por el argumento probado que de él obtiene el intérprete. Cuando a una persona le decimos: está probado que

en esta pared se encuentra la huella de x, inmediatamente el intérprete (que se supone tiene experiencia) afirma que la persona (x) toco la pared.

También se denomina prueba circunstancial, derivada de circum y stare, de estar alrededor y ello supone que ópticamente no es la cosa misma, pero si está relacionada con proximidad a ella (p. 558).

A colación, la siguiente definición que da la Corte Suprema de Justicia (1982), es más que pertinente para la noción que se pretende resaltar, pues allí se dijo:

El indicio como mecanismo probatorio se plasma en un juicio de inferencia lógica que emite el juez teniendo en cuenta la existencia probada de un hecho indicador que lo lleva a concluir la presencia de otro indicado. Tal instrumento conceptual le permite al juzgador adquirir certeza sobre la autoría y responsabilidad del procesado cuando otros medios probatorios no se la brindan; la confiabilidad descansa en la demostración racional del hecho indicador y en la capacidad del juez para valorarlo e inferir de él la existencia del hecho indicado y su lógica conexión con el sujeto a ellos ligado.

Ante tales tópicos, es indudable la relevancia de la prueba indiciaria para los vaivenes de un litigio, pues este probatoriamente se va causando de conformidad con los intereses que se contraponen y la posibilidad de acreditar ciertos hechos. En tal sentido, nuestra legislación procesal procedió a relacionar a los indicios como un medio probatorio válido, conforme lo estableció el legislador en el artículo 175 del antiguo Código de Procedimiento Civil y en lo dispuesto

posteriormente en el artículo 165 del Código General del Proceso, los cuales se aplican en materia procesal laboral por ausencia de norma especial, de conformidad con el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de Seguridad Social, toda vez que este código establece en su artículo 51 que son admisibles todos los medios de prueba, pero no los regula. En tal sentido, se tiene que la inferencia lógica de un hecho probado constituye la acreditación del hecho indicado, como múltiples veces lo ha efectuado la jurisdicción laboral nacional de la mano del artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, cuando ha resuelto modalidades de trabajo tradicionales, cuando al verificar la prestación del servicio por parte de una persona declara la existencia de un contrato de trabajo y por consiguiente el elemento de la subordinación.

Teniendo claridad sobre la definición del indicio y su calidad como prueba, importa reconocer como este corresponde a su propio objeto, para lo cual se cita lo mencionado por Parra, J. Q. (2002), quien sostuvo:

Es claro que el indicio ingresa al torrente probatorio a través de otros medios probatorios, lo cual significa que debe ser probado (debe ser objeto de prueba).

Se debe ser muy cuidadoso y especialmente estudioso del expediente, para descubrir los hechos indicios. Y observar que efectivamente se encuentra probado. Una vez que hay seguridad sobre lo anterior, podemos emprender la tarea de hacerle cumplir con seguridad la función del medio probatorio. Si suponemos (subjetividades) el hecho base, la función del medio probatorio resultará completamente equivocada, porque con sustento tan deleznable nada bueno para la investigación se puede lograr.

(...) Cuando en materia civil nos referimos al precio bajo, como un indicio de la simulación, el precio bajo debe estar probado, por la prueba pericial (y seguramente discutida la prueba). Habiendo sido objeto de prueba, nos sirve como hecho base para que cumpla su función de medio de prueba (p. 563).

Ahora bien, para establecer que un hecho indicador puede conllevar a tener como cierto un hecho desconocido, en el caso que nos interesa un hecho que pueda llevarnos a inferir la presencia de la subordinación en la relación de trabajo, véase que en el desarrollo de los indicios como prueba el legislador estableció en el Código General del Proceso que, para tales efectos dicho hecho indicador deberá estar debidamente probado en el proceso (artículo 240) y además, este debe ser apreciado por el juez en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia con las demás pruebas que obren en el expediente (artículo 242).

Pero no se crea que por el reconocimiento legal, el indicio o la prueba indiciaria no genera la necesidad de efectuar un estudio más profundo, pues como bien se ha mencionado, para determinar que un indicio conlleva a tener acreditado un hecho como prueba, se requiere de un análisis completo, integrador, lógico e, inclusive, filosófico, que apela a las máximas reglas de la experiencia humana, toda vez que la inferencia que se hace de un hecho indicador debidamente probado a un hecho indicado, su enlace en cuanto a lo acreditado y lo incierto, deberá efectuarse racional y coherentemente como una conclusión admitida por la mayoría de las personas, con el fin de que este no se vea como caprichoso, sino como la conclusión lógica y racional aceptada por la mayoría. (Rosas, 2006).

Para alcanzar el anterior objetivo se requiere, como bien lo dispone la norma citada, la integralidad con otras pruebas o demás indicios, como si fuese la sumatoria de características similares dirigidas hacia un mismo horizonte, pues la cantidad de estos y el debido encadenamiento convergente, generan peso probatoria hacia el hecho indicado, con el fin de que el juez, o cualquier persona, no lo pueda desconocer. (Desimoni, 1998).

Al efectuar el anterior análisis, el sentenciador deberá tener en cuenta que clase de indicio es el que conlleva a indicar otro hecho, o en otras palabras, que grado de certeza tiene el hecho probado para generar peso en la posible existencia de un hecho indicado, para tales efectos, Parra, J. Q. (2002, p. 574-575), mencionó que los indicios se pueden clasificar en: i) “*indicio necesario o preciso*, que corresponde al hecho que de manera infalible e inequívoca demuestra la existencia del hecho investigado”. En el caso de la verificación de un contrato realidad, al probar la imposición de sanciones disciplinarias por parte del beneficiario de la labor a una persona que fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios, sería un hecho preciso que indica la presencia del elemento de la subordinación, pues materializa la facultad de imponer sanciones dispuesta en el artículo 23 del C.S.T. Así mismo, clasificó el ii) “*indicio contingente*, como aquel que demostrado, puede tener varias causas y por lo tanto, adquiere diferentes grados de certeza sobre un hecho indicado”. Un ejemplo de este es acreditar en el proceso ordinario laboral que se mencionó, la realización de labores en un horario determinado, pues esta circunstancias no es por sí misma la materialización del elemento de la subordinación, pero posiblemente una características, lo cual ha sido decantado por la Corte Suprema de Justicia en ciertas decisiones.

Pese a ello, en el tercer capítulo se hará referencia al grado de certeza que puede adquirir este y otros hechos en el teletrabajo.

Por su parte, Bonnier, E. (2007), relató que estos han sido divididos en manifiestos o urgentes, próximos y remotos, definiéndolos de la siguiente manera:

Los primeros son los que tienen una relación necesaria con el hecho alegado. En la teoría de las pruebas legales no podían ser combatidos por la prueba contraria... Los indicios próximos son los que tienen una relación directa con el delito, sin suponerlo necesariamente... Los indicios remotos son los que no tienen más que una relación indirecta con el delito, tales como los malos antecedentes del acusado o su fuga (p. 678-679).

Por último, Moreno (1980), los clasifica así:

Por razón de tiempo se dividen los indicios en anteriores, concomitantes y posteriores, según que preceden, acompañan o siguen al hecho principal. La compra de los instrumentos o medios necesarios para la comisión del delito, es ejemplo de la primera clase. La presencia en el lugar del crimen, y cuantos hechos coexistieren con el principal, pertenece a la segunda. La clandestinidad, la fuga, la ocupación de materia, medios o instrumentos que sirvieron o pudieron servir para la comisión del hecho, y otros semejantes, pertenecen a los últimos. Mittermaier cree que la presencia en el lugar del crimen, considerada como

indicio concomitante por el Código Bávaro, puede ser también anterior y posterior, según la hora en que se cometiera el crimen.

Por razón del procedimiento empleado para inferirlos pueden ser mediatos e inmediatos, deduciéndose estos directamente, sin necesidad de recurrir a consecuencias intermedias, y aquellos mediante estas, como por una especie de gradación o sorties.

Según la forma en que se presentan son generales y particulares, propios los primeros de todos los delitos, como los que nacen de relaciones del lugar y de tiempo, y los segundos solo de algunos; así la ocupación de troqueles es indicio propio y peculiar del delito de falsificación; las manchas de sangre de los atentados contra las personas (lesiones, homicidio, asesinato, estupro).

Según el convencimiento que en el ánimo producen, divídanse en próximos y remotos. Mouyart de Vouglans añadía otro miembro a esta división: manifiestos, próximos y remotos. Ponía como ejemplo de la primera clase el salir un hombre con una espada ensangrentada en la mano de la habitación en que se hubiere cometido un homicidio con tal arma... Consideraba la enemistad capital y la compra de objetos propios para cometer el delito como indicios próximos, colocando como remotos la mala fisonomía del acusado. También suelen clasificarse en ciertos, dudosos, ligeros y vehementes, apreciables o inapreciables, divisiones que expresan todas lo mismo en sustancia, siendo la más concreta, en nuestro sentir, leves, graves y concluyentes.

Los indicios pueden también ser legales y extralegales, conforme se hallen o no incluidos en la ley, cuando esta los enumera y determina.

En consideración a la base de donde derivan, pueden ser reales y personales, de afectos o de intereses. Los primeros vienen a constituir la llamada prueba real por Bentham y otros Jurisconsultos ingleses. Este incluye en la prueba real: 1º. El cuerpo del delito. 2º. Frutos o efectos. 3º. Instrumentos. 4º. Cosas que sirven para reconocer al delincuente. 5º. Instrumentos. 6º. Materiales. 7º. Receptáculos. 8º. Posesión inculpativa de prueba real. 9º. Posesión inculpativa de prueba escrita. Los personales descansan en las circunstancias de la personas, como por ejemplo, la aptitud especial de un individuo para la comisión del delito. Los de afectos e intereses tienen por base estos o aquellos: así el odio, la venganza, la enemistad, los celos, el amor, el cui podest, etcétera.

Los indicios, en fin, pueden clasificarse según las diversas relaciones de donde proceden, clasificación antes por nadie intentada, y que es, no obstante, la única racional y filosófica, y la que puede producir mayores y más ventajosos resultados para el conocimiento de esta prueba y para su más acertada aplicación (p. 118.120).

De lo anterior, se puede diferenciar la prueba indiciaria de otros medios de prueba, como testigos, documentos, etcétera, debido al procedimiento empleado para llegar a la verdad y su grado de certeza, pues el método utilizado para ello es el inductivo partiendo de lo que se conoce a lo desconocido, lo cual puede variar según el nivel de convicción que el primero ofrezca para concluir el hecho indicado, siendo realizable a través de los sentidos, la percepción, la lógica, el

raciocinio, la experiencia y demás cualidades que debe tener quien decide, en donde se pueden establecer reglas que, sin embargo, nunca podrán superar la capacidad humana para llegar a tal entendimiento, pero que en todo caso sirven para evitar la arbitrariedad judicial, por lo tanto, pese a que tasar la valoración de la prueba indiciaria es plausible a efectos de ofrecer seguridad jurídica, esta no podrá prever todos los escenarios de la actividad humana, por ello deberán confluír en su valoración el raciocinio del juez, la ley y los pronunciamientos doctrinales para tomar la mejor decisión en un caso, que no es otra, que resolver conforme a derecho (Moreno, 1980).

De las anotaciones mencionadas y su análisis se puede concluir, que en materia probatoria el hecho que se prueba en un litigio no es propiamente ontológico, sino la formulación que de este hacen las partes, lo cual tendrá una carga probatoria diferente que depende de la parte que la formule, la forma de su formulación, la consecuencia jurídica que se espera, el grado de cercanía con las pruebas, su posición frente a estas y la posibilidad de acercarlas, así mismo, la jurisdicción en la que se debate el asunto y la posibilidad de aplicar presunciones legales.

Para lo anterior, se deberá verificar el haz probatorio con el que cuenta el juzgador y dentro de este analizar la prueba indiciaria o los indicios propiamente dichos contundentemente como las demás evidencias, pues estos no pueden ser menospreciados al momento de decidir endilgándoles la referencia de “simples indicios” o “sospechas”, pues al respecto sostuvo Valderrama, E. (1992), que el indicio tiene un nivel probatorio de tal importancia que su valoración conjunta con otros medios de prueba o demás indicios conllevan a resolver el enigma planteado ante la judicatura, pues pese a que ciertos jueces al resolver un caso en materia penal en muchas ocasiones hacen referencia a ciertas pruebas como “simples indicios”, ejemplo en un homicidio, cuando refieren

que solo existen una simple huella, un botón o un proyectil, que no logran la certeza para resolver más allá de toda duda razonable, despachan desfavorablemente el razonamiento lógico que de esto se puede hacer para declarar la responsabilidad penal del acusado, pues la sumatoria de todos estos y la valoración de cada uno dependiente el grado de probabilidad que conlleve a la inferencia, determinará la conclusión esperada de la justicia (p. 79-84).

En síntesis, se tiene que la relevancia de la prueba indiciaria en el derecho laboral surge de la necesidad de acreditar en un juicio la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades contractuales, cuando una relación de trabajo dependiente fue simulada al suscribir un acuerdo diferente al contrato de trabajo y que conlleva al desconocimiento de derechos laborales en favor de la persona que presta el servicio, lo cual se puede efectuar a través de contrato autónomos, propios de la vinculación directa de personal, como son, el contrato de prestación de servicios, corretaje o agencia, entre otros y, figuras de tercerización como mediante la vinculación indirecta de personal, por lo tanto, se hace indispensable establecer que hechos permiten vislumbrar la presencia de un vínculo laboral pese a suscribirse alguna de estas figuras, por lo tanto, en el siguiente capítulo se procede a ello.

Capítulo 3: Hechos indicadores de la prestación de servicios para la declaratoria de un contrato de trabajo con vinculación a través del teletrabajo.

Para la determinación de los hechos que indican la existencia de un contrato de trabajo pese a las formalidades utilizadas por las partes que encubren una relación laboral de forma voluntaria o involuntaria, resulta de suma importancia delimitar los linderos de las diferentes formas de vinculación laboral protegidas por la legislación colombiana bajo el amparo de la Constitución Política de 1991, pues desde allí se establecerán los supuestos fácticos que denotan el elemento característico del contrato laboral con fundamento en el concepto de subordinación.

Título I. Delimitación de las diferentes formas de relación de trabajo

La clasificación de las distintas formas de relaciones de trabajo se efectúa desde la manera de vinculación de fuerza laboral, pues esta se puede realizar directa o indirectamente. Al respecto, en el primer capítulo se dejó claro cómo la legislación nacional protege las distintas formas de trabajo que hacen parte de cada una de estas dos grandes formas de vinculación, lo cual vale la pena recordar.

Como se vio, dentro de la vinculación directa se incluyen la relación de trabajo dependiente, propio del contrato de trabajo y la vinculación legal y reglamentaria con el Estado, y la autónoma o independiente, donde se suscriben acuerdos civiles o comerciales, como el contrato de prestación de servicios, la agencia o el corretaje, entre otros.

A su vez, en la vinculación indirecta existen distintas figuras, como el contratista independiente, la cooperativa de trabajo asociado y las empresas de servicios temporales.

Entonces, como se anotó en su momento, la forma de vinculación que principalmente protege el ordenamiento jurídico es la vinculación mediante contrato de trabajo, pues cualquier forma diferente a ella que transgreda sus linderos será declarada como tal, de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, por lo tanto, es necesario identificar el elemento diferenciador de ésta clase de contrato con todos los demás, como es la subordinación.³⁵

³⁵ Entonces, para clarificar lo mencionado hasta ahora valga citar lo expuesto por la Corte Constitucional (2006), en cuanto a que: “4. En toda prestación de servicios, como por ejemplo el mandato, la prestación de servicios profesionales y la relación laboral, existen dos elementos visibles: el servicio y su remuneración. Por las características especiales de la relación laboral, la doctrina jurídica ha buscado establecer el elemento determinante, que permita distinguirla de las demás prestaciones de servicios y ha encontrado que es la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador. En los regímenes políticos inspirados en la filosofía liberal, como es el caso del Estado Social de Derecho, producto de una evolución a partir del Estado Liberal, el trabajo está subordinado al capital, sobre la base del reconocimiento de la propiedad privada y la libertad de empresa.

En este sentido, un autor de la doctrina laboral anota:

“Pues bien, la producción, lo mismo en el régimen capitalista que en otro cualquiera, supone la existencia de los dos factores, Capital y Trabajo. Más lo que caracteriza al régimen capitalista, no es, precisamente, la existencia del capital, que, según decimos, existirá en todo sistema y no podrá desaparecer, sino el hecho de que ambos factores se encuentran sometidos jurídicamente al empresario.

“El empresario ejerce un poder jurídico sobre el capital, poder que consiste en el ejercicio del derecho de propiedad. Es el empresario el detentador jurídico de uno de los factores de la producción y por ello y por estar garantido el derecho de propiedad por nuestra Constitución, no sería posible la producción sin la concurrencia del empresario.

“El poder jurídico del empresario se extiende también al trabajo y la razón es obvia. La producción sólo puede lograrse mediante el concurso de los dos factores; por eso es que el Capital tiene que buscar al Trabajo y éste a aquél. Pero como no es posible obtener el concurso de los dos factores mediante la subordinación del Capital al Trabajo, por la razón ya dada del respeto al derecho de propiedad, no queda otro recurso al elemento Trabajo que subordinarse al empresario.

“Por lo demás, la subordinación del trabajo al empresario no es un dato que estemos en aptitud de aceptar o rechazar, sino que es un hecho real que se impone al investigador del régimen capitalista, del que constituye su esencia.”[3]

Se observa así que la subordinación o dependencia del trabajador en el contrato de trabajo, de carácter jurídico, tiene hondas raíces económicas y políticas, y es inseparable del sistema de producción en los regímenes políticos de estirpe liberal.

El poder jurídico del empleador en relación con el trabajo como factor de la producción económica es un poder de disposición de la energía o fuerza de trabajo del trabajador, de acuerdo con los fines de la empresa. Lógicamente, dicho poder sólo es aplicable mientras exista la relación laboral y en las actividades directamente relacionadas con ella y se traduce de manera general en la dirección de las mismas, en la imposición de reglamentos y en el ejercicio del poder disciplinario.

Al respecto, se recuerda, que la legislación sustantiva colombiana definió al contrato de trabajo como, toda prestación personal del servicio remunerada, que es realizada de manera subordinada y dependiente a un empleador, en los siguientes términos:³⁶

1. Contrato de trabajo es 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.

Dicha descripción normativa contiene el elemento diferenciador, como es la subordinación, la cual fue reproducida por el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, en los siguientes términos:

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...

Sobre el contenido del poder subordinante del empleador, el citado autor expresa:

“Esta facultad de disposición del empresario, si bien es un poder sobre la fuerza de trabajo, crea, al mismo tiempo, una relación personal entre patrono y trabajador, pues la energía de trabajo es inseparable de la persona humana y para disponer de aquella, es necesario que el obrero aplique su actividad en la forma indicada por el patrono.

“La obediencia del trabajador a las órdenes del patrono es la forma única de disposición de la energía de trabajo y es claro que el deber de obediencia constituye una relación personal, pues liga a la persona misma del trabajador, creando una relación de autoridad y, por tanto, de subordinación de la voluntad del obrero a la del patrono”. (Corte Constitucional, sentencia C-397 de 2006).

³⁶ Ver artículo 22 y 23 del Código Sustantivo de Trabajo.

Así las cosas, para delimitar un poco más este concepto, véase que la Corte Constitucional (2000), recordó:

La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos (Corte Constitucional, Sentencia C-386 de 200).

Ahora bien, resulta importante resaltar las características de la subordinación mencionadas por González, G. (2004), quien expuso:

De esta noción surgen las características fundamentales que deben tenerse en cuenta, y que son:

a) Que debe ser continuada o permanente, con permanecía igual a la duración del contrato. Por consiguiente, aquellas situaciones de carácter transitorio u ocasional, que por su misma naturaleza rechazan la noción de continuidad, no son consideradas como un elemento del contrato de trabajo, aun cuando en ellas quien se encarga de hacer una obra recibe determinadas órdenes.

b) El llamado “deber de obediencia” del trabajador se contrae exclusivamente al campo de las obligaciones propias del contrato de trabajo. más allá de ese límite, ni el empleador tiene facultad alguna de mando, ni el trabajador está obligado a obedecer.

c) Como noción jurídica que es, se trata más de una posibilidad que de una realidad. se quiere significar con esto que la subordinación radica más fundamentalmente en el hecho de que el empleador pueda en cualquier momento, durante la vigencia del contrato, impartir ordenes o dar instrucciones o imponer reglamentos internos, y que cuando ello ocurre, el trabajador debe cumplirlas. Mas, si por la naturaleza del servicio que se presta, o por voluntad del empleador, o por la pericia del trabajador, tales órdenes no se da en forma permanente o no existe reglamento interno de trabajo, no por ello la relación jurídica se desfigura, ni las leyes sociales dejan de ampararlas.

Entonces, se tienen como características de la subordinación, i) la permanencia; ii) la obligatoriedad del trabajador; iii) la posibilidad del empleador en ejercerla y, una adicional a estas, como es, iv) el poder reglamentario del empleador, que se materializa a través de la reglamentación puesta de presente a los trabajadores para su cumplimiento, mediante la prescripción de normas sistemáticas de conducta que organizan y concatenan las diferentes labores en la empresa, en lo concerniente al modo, tiempo y lugar de trabajo, en virtud de los establecido en artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo (Tamayo, F. 2008, p. 229)³⁷.

³⁷ Tamayo, F. (2008). Manual de derecho laboral. Poder reglamentario y sancionatorio en el derecho al trabajo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ahora bien, es importante clasificar las principales formas de subordinación que se han decantado por la doctrina y la jurisprudencia, como son, la subordinación técnica, la subordinación económica y la subordinación jurídica, que al unísono desembocan en la telesubordinación, propia del teletrabajo dependiente, como se analiza a continuación.

Entonces, entiéndase como subordinación jurídica, la obligatoriedad que en virtud de la ley o contrato recae sobre el trabajador para la realización de funciones en favor de su empleador, sin que dicho deber pueda conllevar la transgresión de sus derechos fundamentales.

Por su parte, la subordinación económica, es el sometimiento por parte del trabajador a la forma de vinculación dispuesta por el vinculante para conseguir ingresos pecuniarios para su subsistencia, del cual no podrá prescindir a su arbitrio, pues esta se vería afectada.

Por último, la subordinación técnica es la falta de autonomía de la persona en la realización de las funciones para las cuales fue contrato, pues se deberá ejecutar de conformidad con las especificidades que requiera la labor y que sean informadas por el beneficiario, debido que al no realizarse de conformidad, podrá generar consecuencias contractuales para quien presta el servicio.³⁸

³⁸ En sentencia C – 110 de 2001, la Corte Constitucional dijo: “Cuando se hace énfasis en la subordinación jurídica no se está negando que en las relaciones laborales exista también subordinación económica, que es aquella que generalmente se presenta cuando una persona depende de otra en las fuentes de subsistencia. De hecho, el trabajador, al igual que todas las personas con deficiente capacidad económica, se encuentra subordinado económicamente a otra, en el caso particular a su empleador quien, por lo general, tiene bajo su dirección la unidad de explotación económica donde el trabajador presta sus servicios personales. En este sentido, también es notoria la desigualdad fáctica entre trabajadores y empleadores, puesto que la explotación económica que constituye el soporte del concepto de empresa no existe en abstracto sino como un conjunto de factores que está bajo la dirección de un empresario- empleador que se beneficia de la colaboración de sus subordinados pagando a cambio un salario proporcional a la cantidad y a la calidad del trabajo realizado”.

Ahora bien, como quiera que el presente trabajo se supedita al estudio del caso del teletrabajo, es indispensable analizar el elemento de subordinación al interior de esta modalidad laboral, lo cual ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (2013), de la siguiente manera:

2.5.7 El surgimiento de esta nueva modalidad laboral redefine la concepción clásica de subordinación, en palabras de Javier Thibaul “*el nuevo modo de organización de la actividad laboral que representa el teletrabajo no elimina la noción misma de subordinación, que toma, si acaso, otra forma, más sutil, más difusa: la subordinación deviene en telesubordinación.*”. En efecto, el poder de dirección u orientación en esta nueva forma de actividad empresarial, se realiza a distancia y el trabajador es controlado a través de mecanismos informáticos que miden los tiempos de trabajo, sus ausencias, descanso e incluso sus errores. En este sentido, “*el computador actuará como medio de control sobre la actividad del trabajador y a su vez, como su instrumento de trabajo*” (p-27)³⁹

³⁹ Además en esta sentencia se expuso que: Sobre esta nueva dimensión del concepto de subordinación laboral en el marco de las nuevas tecnologías de la información, el Tribunal Supremo español en sentencia del 3 de febrero del 2003 sostuvo “*en el actual sistema productivo, caracterizado por una variedad de prestaciones de servicios, la nota de dependencia no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos etc, sino que se refleja también en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios presentados en cada caso*”³⁹**2.2.2.8.** El incremento de esta modalidad ha mostrado a su vez, la necesidad de regularizar las condiciones en que se presta, protegiendo al trabajador de posibles abusos o del desconocimiento de sus derechos laborales. Así, en el estudio publicado por el Consejo Económico Social de la Unión Europea se avisa el peligro “*de que esta nueva forma de actividad laboral pueda utilizarse como fórmula encubierta de reducción de plantillas y de trabajo precario y mal pagado que propicia la explotación de las minorías menos favorecidas.*”³⁹ Es por ello que en el ámbito internacional se han adoptado medidas encaminadas a garantizar la aplicación de la legislación laboral y a evitar por ejemplo, abusos en las jornadas laborales, sancionar la discriminación entre los teletrabajadores y los empleados convencionales, la defensa a la intimidad del teletrabajador, la garantía del descanso remunerado, entre otras. Así, en julio de 1997, la Comisión Europea adoptó una serie de recomendaciones sobre el mercado de trabajo en la sociedad de la información. Dichas recomendaciones incluían el compromiso de fomentar el teletrabajo en Europa. En 1998 la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades y la Dirección General de la Sociedad de la Información lanzaron un proyecto piloto que años después dio como resultado la adopción del “Convenio sobre el Teletrabajo”, con la participación de La Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP). Acuerdo establece un marco general que busca hacer compatibles tanto las necesidades de flexibilidad propias del teletrabajo como la protección de los derechos de los trabajadores, razón por cual extiende

Por su parte, Beltrán y Sánchez (2002), relataron que:

La subordinación entonces, es el sometimiento del trabajador al poder de dirección del empresario y a su poder disciplinario. El teletrabajo, nueva forma de organización empresarial, permite que la persona encargada de realizar la actividad laboral, lo haga lejos de la empresa y sin la presencia de un supervisor, por lo que el trabajador en principio se encontraría fuera de las directrices y controles sobre la prestación de sus servicios. Sin embargo, como luego lo veremos, esto no es así, ya que hay eventos en que el teletrabajador mediante la utilización de instrumentos telemáticos, se ve sometido a una dependencia tan intensa o más que si trabajara en las instalaciones de la empresa. (p. 40-41).

Al respecto, es pertinente evidenciar como opera la evolución del concepto a través de la siguiente figura:

expresamente las mismas garantías de los empleados convencionales. En el Acuerdo se define el teletrabajo como *“una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales.* “Entre las medidas adoptadas por el Convenio se encuentran la obligación de dar al trabajador los mismos derechos que a sus similares se ofrecen en la empresa física, corresponde al empresario adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales, debe respetar la vida privada del teletrabajador, así, si existe un medio de vigilancia, deberá ser proporcionado al objetivo e introducirse con arreglo al derecho a la intimidad, el empleador deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo, el patrono es responsable de la seguridad social y la seguridad profesional, la carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, los teletrabajadores deben tener el mismo acceso a la formación y a las posibilidades de carrera profesional que trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que los demás trabajadores, entre otras medidas. En el ámbito latinoamericano, el Código de Trabajo Chileno –fue revisado en el 2001 y su artículo 22 fue modificado para dar cabida a la situación de los teletrabajadores (Ley 19.759 del 01/12/2001). A estos trabajadores se les reconoce los mismos derechos laborales que a los demás.³⁹

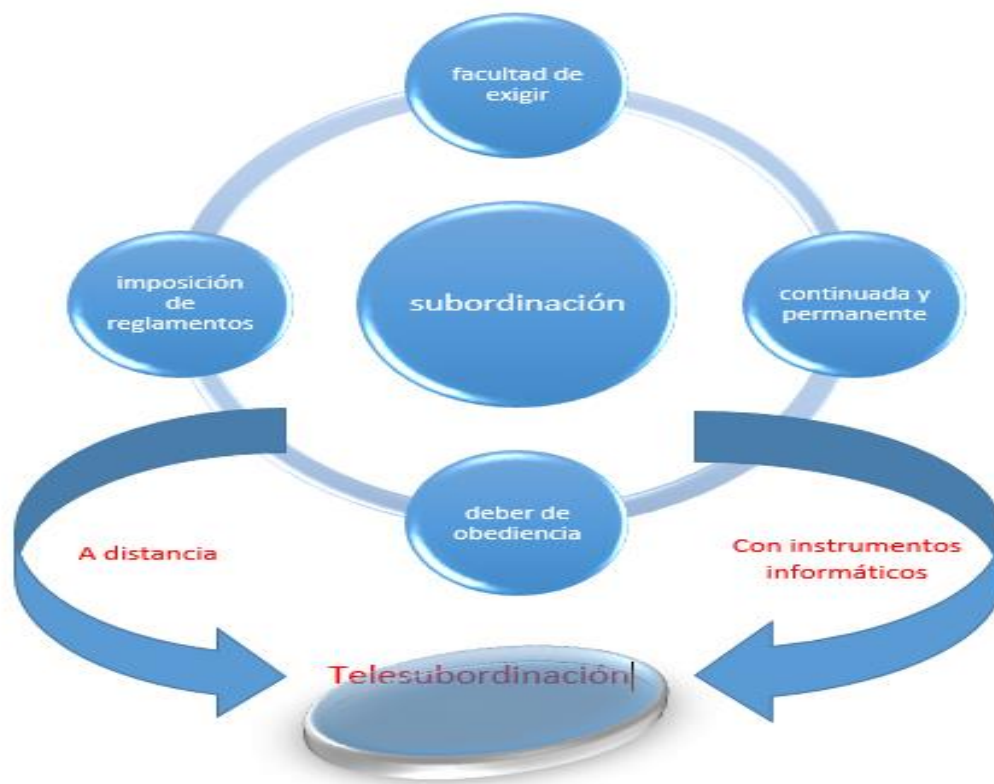


Figura 1 Evolución de la subordinación a telesubordinación

Fuente: Autor.

Entonces, el anterior recorrido sobre el elemento de la subordinación, permitirá: *i)* delimitar la manera en que se debe ejecutar la prestación de servicios en la distintas formas de vinculación laboral diferentes al contrato de trabajo o la relación de trabajo dependiente, como son, la relación autónoma o independiente y las figuras de tercerización, entre las que se mencionara, el contratista independiente, la cooperativa de trabajo asociado y la empresa de servicios temporales, lo cual se pasa analizar por ser estas formas utilizadas mayoritariamente en el mundo empresarial; así mismo permite, *ii)* establecer los supuesto fáctico s que indican la existencia de un contrato de trabajo pese a que las partes utilizaron una forma de contratación diferente para la prestación de servicios mediante el teletrabajo, circunstancias que se desarrollarán más adelante.

Subtítulo I. Delimitación de la vinculación directa de personal mediante formas de relaciones de trabajo autónomas o independientes.

La mención a las relaciones de trabajo independientes y la remisión al derecho privado o comercial para la prestación de un servicio vislumbran inmediatamente el ánimo empresarial de una persona para incurrir a un mercado bajo su propia autonomía y riesgo, pues como se mencionó el contrato de prestación de servicios, según el Código civil, es el acuerdo al que llega un contratante y contratista para la prestación de un servicio remunerado, autónomo e independiente en favor del primero y desarrollado por el segundo de los mencionados, el cual se puede materializar mediante la realización de una obra civil, según lo dispuesto a partir del artículo 2053 de la codificación privada, el arrendamiento de servicios inmateriales consagrado en los artículos 2063 y siguientes de dicha normatividad y el mandato, dispuesto en el título XXVII, capítulo 1 ibídem o, 1332 del Código Comercial. Por su parte, la agencia comercial, según el artículo 1317 del Código de Comercio, es vista como, la forma en que un comerciante asume de manera independiente y de manera estable el encargo de promover y explotar los negocios de una persona en una determinada zona, en calidad de representante o agente de ésta. A su vez, el artículo 1340 de dicha normatividad comercial refiere al contrato de corretaje como aquel por medio del cual una persona por su especial conocimiento pone en relación o contacto a dos personas a efectos de que celebren un negocio sin estar vinculado a ellas por relación de colaboración, mandato, dependencia o representación.

Lo anterior, permite establecer que dentro de las formas de relaciones de trabajo independiente existe un ánimo diferente al que tiene la persona que se vincula mediante contrato de trabajo, pues

este se asume en virtud a la necesidad de conseguir ingresos para su subsistencia, en cambio, en una verdadera relación civil o comercial, lo que incentiva su suscripción es la intención de generar ganancias al interior de un mercado asumiendo los riesgos que se presenten.

Por lo anterior, la delimitación de esta forma de vinculación laboral se erige en virtud del ánimo empresarial, pues además de las características propias de la subordinación del contrato de trabajo que se pueden configurar en la ejecución de la prestación de servicios, lo cual desnaturalizaría su carácter de autónomo e independiente, el incentivo emprendedor y la posibilidad de realizarlo es el lindero que en un caso que represente dificultad para aplicar el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el que resolverá el intrínquis planteado.

En efecto, como lo sostuvo Vascocelos, L (2010) citada por (Albarracín, et al, 2012, p. 170), para determinar la naturaleza del contrato, es importante establecer el siguiente procedimiento:

Para calificar una relación de trabajo, el método más racional, en nuestra opinión, sería verificar, principalmente, si la subordinación en su dimensión clásica se hace presente. En el caso negativo, se hace el análisis de la presencia de la subordinación en la dimensión integrativa. Presente una de las dos dimensiones –clásica o integrativa-, en el caso concreto, queda configurada la subordinación”.

Sobre el concepto de subordinación en su dimensión integrativa, esta doctrinante mencionó:

seria subordinado el trabajador cuya prestación laboral integra los fines del emprendimiento; es esencial para la empresa para que esta alcance su objeto, desarrolle sus actividades normales y regulares (idea de subordinación objetiva) y que no posea una organización empresarial propia; no asume verdaderamente riesgos de pérdida y posibilidades de ganancia en el ejercicio de su actividad, los frutos de su trabajo pertenecen originaria y principalmente a la organización empresarial para la que presta servicios.

Entonces, como se mencionó, además de las características de la subordinación que se establecieron con antelación, como son, *i) la permanencia; ii) la obligatoriedad del trabajador; iii) la posibilidad del empleador en ejercerla y, iv) el poder reglamentario del empleador*, de ser necesario para dilucidar la existencia de un contrato de trabajo, es menester verificar la posibilidad de emprendimiento empresarial que pueda llegar a tener el supuesto contratista como agente del mercado para el cual presta servicios, pues de no ser así, al no asumir los riesgos de la oferta y la demanda por estar limitado económicamente a los ingresos del contrato para el cual fue vinculado por ser indispensables para su subsistencia, se estará en presencia de un contrato de trabajo, pues en este caso emerge la denominada subordinación económica.

Subtítulo II. Delimitación de la vinculación indirecta de personal en las distintas figuras de tercerización.

A diferencia de lo que se presenta en una vinculación directa, donde quien realiza el servicio y quien se beneficia de dicha prestación suscriben un acuerdo de vinculación, ya sea laboral, civil o comercial, en la vinculación indirecta se presenta una relación triangular, pues estas partes no tiene

relación contractual alguna, debido a que su vinculación la efectúa un tercero, el cual debe tener una serie de características dependiendo de la figura de tercerización que se adopte, lo cual fijara sus linderos, junto con los elementos característicos de la subordinación mencionados, así como la posibilidad de realizar ciertas labores, dependiendo de la figura de tercerización utilizada.

En efecto, figuras de tercerización tales como, Contratista Independiente, Cooperativas y Pre-cooperativas de Trabajo Asociado y Empresas de Servicios Temporales, deben ser identificadas y definidas con el objeto de establecer los horizontes legales sobre los cuales se permite efectuar estas formas de vinculación laboral, con el fin de que no se transgredan los derechos laborales del personal que lleguen a vincular, como se detalla a continuación.

Contratista independiente.

Como se relató en el capítulo 1, la figura del contratista impediendo como forma de tercerización está reconocida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo,⁴⁰ el cual dispone que este podrá ser una persona natural o jurídica. Al respecto, sobre el contratista es aplicable lo mencionado en la vinculación directa de personal mediante una relación de trabajo autónoma o independiente, analizado en el acápite anterior, en cuanto a que este igualmente debe tener una

⁴⁰ 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. 2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

ánimo de lucro, no solo para subsistir, sino para establecerse en un mercado, generando ganancias y asumiendo riesgos. Al permear en un mercado, entendido este como aquel donde se negocian necesidades propias de la oferta y la demanda de bienes o servicios,⁴¹ el contratista independiente adquiere la calidad de comerciante, cuando lo ejerce de manera permanente o, por lo menos, le es aplicable la legislación comercial, cuando solo la realiza de manera transitoria.⁴²

En tal sentido, al ser aplicable la legislación comercial, recaen sobre este ciertas formalidades, ya sea persona natural o jurídica, entre ellas, la principal, como es efectuar el registro mercantil ante las cámaras de comercio, con el objeto de dar publicidad a todos los actos que realice, entre ellos, la propiedad de un establecimiento comercial o la creación de una sociedad, los actos de administración o transferencia de estas, los libros, estatutos o actas de los órganos de dirección, así como las transacciones contables efectuadas, por lo tanto, en caso no cumplir estas obligaciones se transgrede de manera formal la figura de tercerización, pues el tercero terminaría siendo un intermediario para encubrir una relación de trabajo directa entre quien presta el servicio y su beneficiario, atendiendo la relación triangular que se genera.⁴³

En efecto, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo permite evidenciar la relación triangular que se presenta, pues, por un lado, establece que el contratista independiente contrata la

⁴¹ El artículo 20 y 21 del Código de Comercio, relaciona una serie de actividades que son consideradas como mercantiles y el artículo 23 ibídem, menciona cuales no lo son.

⁴² Código de Comercio. ARTÍCULO 10. COMERCIANTES - CONCEPTO - CALIDAD. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona. ARTÍCULO 11. APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMERCIALES A OPERACIONES MERCANTILES DE NO COMERCIANTES. Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones.

⁴³ El título III, capítulo II, del Código de Comercio, regula lo concerniente al registro mercantil, estableciendo en su artículo 26 su objeto, en el artículo 27 la competencia y en los artículos siguientes los actos y tramites que se deben registrar, así como su procedimiento.

ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, para lo cual podrán suscribir cualquier acuerdo civil o comercial de los mencionados en el acápite anterior, u otros, estableciendo un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad, autonomía técnica y directiva, para lo cual deberá cumplir con sus obligaciones formales como comerciante. Por otro lado, sostiene que el contratista independiente tendrá la calidad de empleador, por lo tanto, existirá una relación laboral entre este y las personas naturales que vincule, a efectos de cumplir con el objeto contractual para el cual se obligó con el contratante. En tal sentido, de no constatarse el ánimo empresarial y las formalidades que debe cumplir como contratista, se genera inmediatamente, como se mencionó con antelación, una relación de trabajo directa entre quien presta el servicio y el beneficiario.

Ahora bien, es necesario aclarar, una vez cumplidos los requisitos anteriores, como son, el ánimo empresarial y las formalidades de publicidad de los actos por parte del contratista en virtud de la legislación comercial, que al interior de esta figura de tercerización es permitida cualquier clase de labor que sea realizada por las personas naturales que este vincule, en lo que tiene que ver con la actividad comercial de la empresa beneficiaria, pues al tenor del artículo 34 de la normatividad laboral sustantiva, no se desconoce la relación triangular que opera, debido a que en esta figura es permitido que los trabajadores realicen labores similares, conexas o complementarias a las que normalmente realiza el beneficiario de la labor, por lo cual no se genera un contrato de trabajo con este, sino una solidaridad en el pago de los derechos laborales no cancelados por su verdadero empleador, como es el contratista independiente, quien tiene la responsabilidad directa de estos, eso sí, solo cuando estas sean de tales características, pues ello no aplica cuando las labores sean ajenas al objeto social de la empresa beneficiaria.

En conclusión, se tiene que además de la actividad empresarial que debe tener el contratista independiente (al igual que los vinculados directamente mediante una relación de trabajo autónoma o independiente), este debe cumplir con sus obligaciones de formalización ante la cámaras de comercio, registrando todos los actos de su actividad, pues de no realizarse se transgrede la figura de tercerización, atendiendo a que esta se vería como una simple simulación que desdibuja la relación triangular expuesta y generando el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo entre las personas que vinculó el contratista con el beneficiario de los servicios prestados, lo cual ha sido reglamentado por el estado, como se analizará más adelante.

Cooperativas y pre-cooperativas de trabajo asociado

Al ser las cooperativas y pre cooperativa de trabajo asociado una persona jurídica diferente a la de sus miembros, se deberá reconocer una personería jurídica, por lo tanto, para estas, igual que para los contratistas independientes aplican las obligaciones de formalización que se deben cumplir como lindero de esta figura de tercerización, salvo que su reconocimiento inicial debe hacerlo la superintendencia de economía solidaria.⁴⁴ Además aplican una serie de obligaciones de constitución y de operatividad interna, que de no cumplirse, transgreden su naturaleza y serían vistas como un simple acto de simulación para transgredir derechos laborales, siendo además, que al interior de esta figura no existe la posibilidad de realizar cualquier labor, como opera para en la figura de tercerización del contratista independiente, conforme se pasa a desarrollar.

⁴⁴ Según lo establece la Superintendencia de Economía Solidaria. (2009). Concepto No. 29449 del 14 de agosto.

Tomando la concepción inicial de cooperativa de trabajo asociado, según lo establecido por el artículo 70 de la ley 79 de 1988, se tiene que estas se concibieron como, “aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios”, las cuales se deberán constituir a la luz del artículo 71 ibídem, con un “mínimo de diez asociados, y las que tengan menos de veinte, en los estatutos o reglamentos deberán adecuar los órganos de administración y vigilancia a las características particulares de la cooperativa, especialmente al tamaño del grupo asociado, a las posibilidades de división del trabajo y a la aplicación de la democracia directa, así como también a las actividades específicas de la empresa”. Por su parte, las pre-cooperativas de trabajo asociado de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1333 de 1989, se constituirán con un número mínimo de cinco (5) asociados fundadores.

En la actualidad, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 4588 (2006), las Cooperativas y Pre-cooperativas de Trabajo Asociado, están definidas como “organizaciones sin ánimo de lucro ... 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”.

Las anteriores definiciones permiten evidenciar la relación triangular que se genera, pues de un lado entre la cooperativa y la persona que se beneficia de la realización de una obra o prestación de un servicio, existirá una relación contractual, civil o comercial, dependiendo de su objeto y, entre la cooperativa y sus cooperados, existirá una relación asociativa propia del cooperativismos, pues se erigen como autogestores que deciden asociarse para trabajar bajo sus propias reglas.

Entonces, como obligaciones que deben cumplir estas entidades para su constitución se requiere el cumplimiento del número mínimo de asociados junto con el lleno de los requisitos expuestos en el artículo 15 de la ley 79 de 1988, entre los cuales se encuentra, elevar la solicitud por escrito adjuntando el acta de asamblea de constitución con los estatutos, ante la superintendencia de economía solidaria.⁴⁵

Ahora bien, además de estas obligaciones, las Cooperativas y Pre-cooperativas de Trabajo Asociado deberán cumplir con ciertos deberes internos de operatividad, como son, lo siguientes:

- Establecer un régimen de compensaciones teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado por sus miembros, conforme lo dispuesto en el inciso 2, del artículo 59 de la ley 79 de 1988.
- Consagrar el correspondiente régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, en los estatutos y reglamentos, toda vez que estos se basan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, conforme al artículo 59 de la ley 79 de 1988, el cual deberá

⁴⁵ Artículo 15. El reconocimiento de personería jurídica se hará con base en los siguientes requisitos: 1. Solicitud escrita de reconocimiento de personería jurídica. 2. Acta de la asamblea de constitución. 3. Texto completo de los estatutos. 4. Constancia de pago de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) de los aportes iniciales suscritos por los fundadores, expedida por el representante legal de la cooperativa, y 5. Acreditar la educación cooperativa por parte de los fundadores, con una intensidad no inferior a veinte (20) horas. Parágrafo. La educación cooperativa de los sectores indígenas y agropecuarios será impartida por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

ser revisado y autorizado por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Trabajo, a la luz de lo establecido en el artículo 22 del Decreto 4588 de 2006, quien verificará el respeto a las obligaciones de afiliación y pago de aportes a seguridad social en los términos que aplica para los trabajadores dependientes y sobre la base de las compensaciones ordinarias y extraordinarias establecidas en los estatutos.

- Cumplir con las obligaciones de educación cooperativa que tiendan a la formación de sus asociados y trabajadores en los principios, métodos y características del cooperativismo, así como para capacitar a los administradores en la gestión empresarial propia de cada cooperativa, en virtud del artículo 88 de la ley 79 de 1988.

- No incurrir en alguna de la prohibiciones establecidas en el artículo 7 de la ley 1233 de 2008, como son, actuar como empresas de intermediación laboral, disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión; permitir que el contratante intervenga directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa, en especial en la selección del trabajador asociado y la facultad disciplinaria en contra de estos; actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

- Efectuar a través de su cooperados labores o funciones misionales o similares, conexas o complementarias a las normalmente realizadas por las empresas beneficiarias, conforme lo prohíbe el artículo 63 de la ley 1429 de 2010.

Así las cosas, cuando se transgredan estos linderos, en lo que tiene que ver con las obligaciones legales para la constitución de una cooperativa o precooperativa de trabajo asociado, no se constate la reglamentación interna y se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del supuesto trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incurso en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, lo cual podrá conllevar a la cancelación de su personería jurídica. Así mismo, se configurará un contrato de trabajo realidad entre el beneficiario del servicio y la persona natural que lo realizó, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la ley 1233 de 2008, lo cual podrá ser sancionado con multa de hasta 5.000 mil salarios mínimos legales vigentes por parte del Ministerio de Trabajo, según el artículo 63 de la ley 1429 de 2010.

Empresa de servicios temporales.

Esta figura de tercerización fue creada a través de la ley 50 (1990), la cual definió a las Empresas de Servicios Temporales, en su artículo 71 como “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”.

A partir de allí, surge diáfano la relación triangular de esta figura, pues se destina para prestar un servicio de apoyo y colaboración a una empresa usuaria,⁴⁶ enviando trabajadores por tiempo determinado a su sede para que desarrollen labores, ordinarias, inherentes o conexas al objeto social de quien se beneficia (García, 2009), lo cual ha sido reglamentado por los Decretos 1530 de 1996, 3769 de 2004 y 4369 de 2006.

En efecto, la relación triangular surge por el contrato de suministro de personal que suscriben la Empresa de Servicios Temporales con la Empresa beneficiaria, de un lado, y la relación que se configura por la vinculación que hace la primera de las mencionadas con personas naturales para ser enviadas a su contratante bajo la imperatividad del contrato de trabajo, a quienes la norma definió como trabajadores en misión que prestan servicios en favor de la usuaria, siendo su empleador el tercero que los vincula.⁴⁷

Ahora bien, la distinción de esta figura de tercerización con el contratista independiente y con la cooperativa de trabajo asociado, es que la subordinación clásica u objetiva que realiza un empleador sobre sus trabajadores en virtud de un contrato de trabajo, es ejercida por delegación

⁴⁶ Artículo 73. Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.

⁴⁷ Artículo 74. 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. Artículo 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley. Artículo 76. Los trabajadores en misión tienen derecho a la compensación monetaria por vacaciones y primas de servicios proporcional al tiempo laborado, cualquiera que éste sea.

de la empresa de servicios temporales a la usuaria sobre los trabajadores en misión, no obstante a que la vinculación la efectuó el tercero (situación que no se puede presentar en las dos primeras figuras analizadas), sin que con el ejercicio de esta se desnaturalice la tercerización, por lo tanto, esta circunstancia no denota la existencia de un contrato realidad. Así mismo, como se mencionó, los trabajadores en misión que se envíen podrán desarrollar labores misionales, conexas o complementarias de la empresa usuaria

No obstante, dejando clara estas salvedades, para esta modalidad de tercerización igualmente aplica las formalidades de creación, publicidad y constitución de la empresa de servicios temporales, así como ciertas obligaciones específicas de operatividad de la figura, conforme se procede a analizar.

Entonces, el artículo 72 de la ley 50 de 1990 determinó que “las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto” la remisión de personal de manera temporal, para lo cual deberán tener autorización del Ministerio de trabajo, previa presentación de los documentos establecidos en su artículo 83,⁴⁸ teniendo la obligación de suscribir contratos por escrito con las empresas usuarias en los cuales deberá constar que se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos como derechos de los trabajadores en misión.⁴⁹ Igualmente, deberá tomar póliza de seguro que garantice el cumplimiento de dichas obligaciones laborales y determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de seguridad y salud en el trabajo se tiene con estos

⁴⁸ Artículo 82 y 83 de la ley 50 de 1990.

⁴⁹ Artículo 81 de la ley 50 de 1990.

Ahora bien, entre los documentos que se requieren para su autorización de funcionamiento, en virtud de los artículo 83 a 87 de la ley 50 de 1990, se deberá presentar ante el Ministerio de Trabajo la escritura pública de constitución y el certificado de existencia y representación legal; la acreditación de un capital social pagado igual o superior a trescientas (300) veces el salario mínimo legal mensual vigente en el momento de la constitución; el reglamento interno de trabajo; los formatos de los contratos de trabajo que se celebren con sus trabajadores y con los usuarios del servicio; la constitución de una garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia en favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo mensual vigente, con el fin de asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores en caso de iliquidez, lo cual debe depositarse en el Ministerio de Trabajo, quien podrá hacerla efectiva por solicitud de los trabajadores beneficiarios de la garantía. Así mismo, deberá presentar toda reforma estatutaria a dicho ente ministerial dentro de los treinta (30) días siguientes a su protocolización, para los fines de inspección y vigilancia que sean del caso y la expedición de las licencias de funcionamiento del establecimiento que otorgan las Alcaldías a nivel nacional.

Ahora bien, por otro lado, es importante resaltar las prohibiciones que recaen sobre esta figura de tercerización, pues de conformidad con el artículo 80 de la ley 50 de 1990, se prohíbe que las empresas de servicios temporales presten “sus servicios a usuarias con las que tengan vinculación económica en los términos de que trata el Capítulo XI del Libro Segundo del Código de Comercio”; que presten sus servicios a usuarios cuyos trabajadores se encuentren en huelga, de conformidad con el artículo 89 y, además, que alguno de los “socios, el representante legal, o el

administrador hayan pertenecido, en cualquiera de estas calidades, a otra empresa de servicios temporales sancionada con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, dentro de los últimos cinco (5) años”.

Por último, adicional a las obligaciones de formalización mencionadas, valga la pena resaltar que esta figura solo es permitida para ciertas circunstancias y por tiempo de determinado, pues en virtud del artículo 77 de la ley 50 de 1990, “los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas, cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; 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, todo, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

En virtud de lo anterior, cualquier incumplimiento al respecto, conllevara a la desnaturalización de esta figura de tercerización, generando un contrato realidad entre el trabajador en misión y a empresa usuaria. Así mismo, conllevara a que el Ministerio de Trabajo imponga multas sucesivas hasta de cien (100) salarios mínimos legales mensuales a las personas que desarrollen la actividad de las empresas de servicios temporales sin la respectiva autorización, mientras subsista la infracción. La misma sanción será impuesta al usuario que contrate con personas que se encuentren en la circunstancia del inciso anterior.

Título II. Hechos indicadores en materia laboral

Una vez descritas las clases de vinculación de personal y las diferentes formas de contratación de fuerza laboral, a continuación se proponen los supuestos fácticos que permiten presumir la existencia de un contrato de trabajo, lo cual se efectuará describiendo ciertos indicios establecidos por autoridades laborales con un aporte práctico para el análisis del caso del teletrabajo.

Entonces, al ser la relación laboral una relación desigual por tener la clase capitalista el poder de vinculación en el mercado de trabajo y a partir de allí decidir la forma de contratación que mejor le convenga para reducir costos, a lo cual se supedita la clase obrera por la necesidad de obtener ingresos para subsistir, fue necesario establecer una serie de indicios que permiten vislumbrar la presencia de un contrato de trabajo para contrarrestar su ocultamiento, los cuales se edificaron alrededor de la cadena de producción tradicional, conformada desde la edad media a través de ejecución de labores de forma manufacturada, su evolución a partir de la revolución industrial en Europa con la inclusión de maquinarias en la cadena productiva, el posicionamiento de la cadena de producción Fordista en los inicios del siglo XX y su mutación al toyotismo, conforme se analizó en el capítulo 1 de la presente pesquisa.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que dichas modalidades de prestación de servicios y producción convergen en la actualidad con el teletrabajo y con las diferentes formas de vinculación de fuerza laboral, a continuación es indispensable analizar los indicios que se establecieron a partir de dichas modalidades laborales, pues son el punto de partida para identificar un contrato de trabajo

en la realidad, aunque para el teletrabajo se hace necesario delimitar más estos indicios y producir unos nuevos, como se desarrollará más adelante.

Subtítulo I. Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo, OIT (2016), preocupada por el ocultamiento de las relaciones laborales, en un trabajo investigativo expuso:

...las formas atípicas de empleo (en adelante, el empleo atípico) se han convertido en una característica contemporánea de los mercados de trabajo alrededor del mundo. En las últimas décadas, su utilización generalizada en todos los sectores económicos y ocupaciones ha incrementado su importancia tanto en los países en desarrollo como en los industrializados. El empleo atípico comprende cuatro modalidades distintas de empleo que difieren de la relación de trabajo típica, entendida como el trabajo que es a tiempo completo, indefinido e inscrito en una relación subordinada entre un empleado y un empleador”, las cuales se circunscriben a: “los contratos de duración determinada (por proyectos, tareas, ocasional o por días); al trabajo a tiempo parcial o por pedido; a la relación de trabajo multipartita (intermediación laboral) y; al empleo por cuenta propia económicamente dependiente del beneficiario de la labor (empleo encubierto) (p.2).

A partir de allí, dicha organización dio a conocer en el trabajo investigativo referenciado “*Empleo Atípico en el Mundo*” una serie de riesgos que genera la implementación de empleos atípicos, tanto para empleados, empresarios y mercados, no obstante su auge a nivel mundial. Entre

estos, develó que para los trabajadores se genera inseguridad en el empleo (inestabilidad en el puesto de trabajo o para conseguir uno nuevo y mejor), detrimento en los ingresos (en comparación con trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo estable), falta de control en sus horarios (lo cual repercute en la vida familiar), mínimos factores de seguridad y salud en el trabajo (pues la tasa de lesiones es mayor), falta de formación (al existir menor posibilidad de recibir capacitación) y desconocimiento de derechos fundamentales (como el de sindicación, negociación colectiva y huelga).

Por su parte, ilustró los riesgos de la proliferación de empleos atípicos para las empresas, pues no obstante que a corto plazo se pudiese ver una reducción de costos por mayor flexibilidad, ello conlleva a futuro a una “erosión de competencias”, pues se reduce la inversión en formación, lo cual conlleva a poca innovación y tecnología.

Por último, mencionó la incidencia de estas formas de vinculación laboral en el mercado de trabajo, la sociedad y las políticas económicas estatales, pues las personas que se vinculan mediante figuras atípicas tienen menor posibilidad de acceder a créditos y viviendas, teniendo en cuenta la inestabilidad laboral, por lo cual postergan la intención de formar una familia (OIT, 2016).

Sin embargo, con anterioridad, la Organización Internacional del Trabajo profirió la recomendación 198 de 2006 sobre la relación de trabajo, instando a los estados miembros a establecer medios para identificar una serie de indicios que conlleven a determinar la existencia de una relación laboral dependiente. A su vez, la Doctrina y la Jurisprudencia laboral nacional,

con el objeto de no desconocer la historia y los principios sobre los cuales se creó esta rama del Derecho, sean visto en la necesidad de concentrar esfuerzos en el estudio de temas para la verificación de la existencia de un contrato de trabajo en la realidad, debido a la migración en la aplicación del iuslaboralismo por las partes que intervienen en la relación de trabajo cuando pretenden suscribir el acuerdo que fija los derroteros para tal fin. A partir de tales recomendaciones y estudios, se establecieron una serie de indicios que sirven como prueba en la Jurisdicción con el objeto de declarar la existencia de un contrato de trabajo, por medio de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contractuales, dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, teniendo en cuenta que, como se mencionó, la subordinación, como elemento diferenciador del contrato de trabajo con cualquier otro vínculo contractual, es de carácter abstracto, al ser definida en la legislación interna, como la facultad que tiene el empleador de exigirle el cumplimiento de órdenes a su trabajador (artículo 23 del C.S.T.) lo cual, por ser una facultad, en muchas ocasiones, no se llega a exteriorizar o materializar abiertamente o mediante una prueba física, como puede ser un documentos, un testigo, etc.

En tal sentido, la Organización Internacional del Trabajo (2006) instituyó a través de la recomendación 198 que:

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

Así las cosas, los anteriores indicios tradicionales tomados por la Organización Internacional del Trabajo, la Doctrina y la Jurisprudencia para la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo en un caso concreto creados alrededor de la cadena de producción comúnmente conocida, es el punto de partida para reconocer la existencia de un contrato de trabajo a partir del teletrabajo, sin embargo, teniendo en cuenta que la cadena de producción comúnmente conocida, sobre la cual se crearon estas series de indicios, ha cambiado, erigiéndose el teletrabajo como una muestra de ello, se hace necesario adicionar otra serie de elementos que permitan el reconocimiento del vínculo laboral, pues para esta modalidad de desarrollo de trabajo no se requiere que la labor sea

realizada en determinado lugar, en cumplimiento de un horario de trabajo o con elementos distintivos de la empresa, como quiera que esta se basa en la interacción virtual con el beneficiario de la prestación del servicio con la ayuda de las Tecnologías de la Información y Comunicación (García, 2012, 1).

Subtítulo II. Decreto 583 de 2016

Teniendo en cuenta que el auge del trabajo mediante la interacción virtual con la empresa propendería por la evasión en la aplicación del Derecho Laboral a la relaciones que se pretenden suscribir, toda vez que el empresario con el objeto de economizar costos de producción procedería a tercerizar la vinculación de personal mediante las figuras de tercerización mencionadas, como por ejemplo, a través de un supuesto contratista independiente, una cooperativa o precooperativa de trabajo asociado o una empresa de servicios temporales, teniendo en cuenta que esta nueva forma de ejecución del trabajo (interacción virtual) se encuentra en una zona gris que no permite evidenciar, con mediana claridad, cuales son los derechos que tiene la persona que presta el servicio, situación que ha sido encasillada por la OIT como empleo atípico, a continuación se procede a analizar las medidas para contrarrestar la tercerización ilegal adoptadas por el estado colombiano.

Como quedó señalado en el acápite anterior, el ocultamiento de una relación de trabajo dependiente es una preocupación internacional, sobre la cual se ha llamado la atención al gobierno nacional a efectos de suscribir acuerdos comerciales trasnacionales, como por ejemplo, para la aprobación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos , pues el 6 de abril de 2011,

Colombia y Estados Unidos acordaron el "Plan de acción relacionado con los derechos laborales", que allanó el camino para enviar el TLC Colombia-EE.UU. al Congreso de este último. En dicho Plan de Acción se incluyó lo establecido en el Acuerdo Tripartito suscrito por el Gobierno y las Organizaciones Sindicales, así como las recomendaciones de la misión de Alto nivel que visitó Colombia en el año 2011, las recomendaciones de la OCDE y los desarrollos en materia de trabajo decente de la OIT. En este se estableció, entre otros compromisos, el deber de control por parte del estado colombiano a las Cooperativas de trabajo asociado y Empresas de Servicios Temporales (Ministerio de trabajo, 2013).

Materializando lo anterior, el gobierno nacional adoptó el Plan de Acción Laboral (PAL), acordado por los gobiernos de Estados Unidos y Colombia, para contrarrestar la tercerización ilegal a través de medidas jurídicas, entre otros objetivos, entendida como la que se configura con la simple vinculación de personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes, lo cual fue desarrollado por el Decreto 583 de 2016, el cual pretendió aclarar que esta ilegalidad se presenta, además, si se constata la afectación de derechos laborales, siendo los dos elementos necesarios para poder imponer sanciones en el sistema de Inspección Laboral.⁵⁰

El mencionado decreto, se basa en el desarrollo del principio de libertad de empresa, atendiendo que el sector empresarial tiene la potestad de celebrar contratos civiles y comerciales para tercerizar actividades de sus negocios. Sin embargo, dicha facultad no pueden desconocer o desmejorar derechos laborales de la clase obrera, por lo cual allí se regula un escenario de

⁵⁰ Se debe resaltar que el Consejo de Estado (2017) decreto la nulidad de los numerales 4 y 6 del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo No 1072 de 2015, que recopila el Decreto 583 de 2016, en lo que tiene que ver con la definición de beneficiario y proveedor y tercerización laboral ilegal.

seguridad jurídica para empresarios y trabajadores sobre la forma en que se adelantan los procedimientos de inspección laboral respecto a la tercerización.

Para brindar claridad, el Decreto 583 de 2006, estableció una serie de indicios que permiten vislumbrar una tercerización ilegal, estableciendo que:

Artículo 2.2.3.2.3. Elementos indicativos de la tercerización ilegal. Para la imposición de las sanciones a que se refiere el presente Capítulo y previa la garantía del debido proceso, las autoridades de inspección vigilancia y control del Ministerio del Trabajo tendrán como elementos indicativos de tercerización ilegal, tal como fue definida anteriormente, los que se señalan a continuación, entre otros: 1. Que se contrató al proveedor para hacer las mismas o sustancialmente las mismas labores que se realizaban para el beneficiario y los trabajadores no fueron expresamente informados por escrito. 2. Que el proveedor tenga vinculación económica del beneficiario y no tenga capacidad financiera acorde con el servicio u obra que contrata. 3. Que el proveedor no tenga capacidad, de carácter administrativo o financiero, para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores. 4. Que el proveedor no tenga la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que le sean contratados. 5. Que el proveedor no imparta las instrucciones de tiempo, modo y lugar para la ejecución de la labor de sus trabajadores, o no ejerza frente a ellos la potestad reglamentaria y disciplinaria, sin perjuicio de otras actividades de coordinación que sean necesarias por parte del beneficiario para el adecuado desarrollo del objeto del contrato. 6. Que el proveedor no realice el pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales

oportunamente o no cumpla con las obligaciones en materia de seguridad social. 7. Que el beneficiario fraccione o divida, mediante uno o más proveedores, a trabajadores afiliados a un sindicato inscrito o a trabajadores que hayan realizado la asamblea de constitución o la reunión inicial de constitución de un sindicato. 8. Que a los trabajadores que trabajaban para el beneficiario no se les otorguen por parte del proveedor iguales derechos a los que tenían cuando estaban contratados directamente por el beneficiario para el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades. 9. Que el beneficiario y el proveedor incurran en conductas violatorias de las normas laborales vigentes en la celebración o ejecución de la figura que los une.⁵¹

Entonces, según el Decreto 583 (2006), “los elementos indicativos anteriormente enunciados no constituyen conductas sancionables por tercerización ilegal por sí mismos, sino elementos para orientar las investigaciones en actuaciones administrativas de autoridades en la identificación de conductas sancionables por tercerización ilegal”, sin embargo, estos pueden ser utilizados por cualquier operador jurídico para identificar una relación de trabajo directa propia del contrato de trabajo.

Subtítulo II. Consecuencias Procesales

Un asunto relevante para la declaratoria de un contrato de trabajo ante la jurisdicción es la actividad procesal en un proceso ordinario, pues en este, las partes (principalmente el demandado)

⁵¹ Los indicios mencionados se recopilaron en el artículo 2.2.3.2.3. del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo No 1072 de 2015 y no fueron objeto de suspensión por parte del Consejo de Estado y se erigen como supuestos fácticos indicadores de una relación laboral encubierta.

deberán cumplir con ciertas obligaciones procesales, so pena de que recaigan en su contra consecuencias jurídicas adversas.

En efecto, la legislación procesal laboral ha establecido consecuencias procesales que benefician a la parte débil de la relación laboral al interior del juicio, en virtud de ciertas consideraciones internacionales, entre ellas la reconocida en la recomendación 198 del OIT, que insta a los estados miembros a “consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios”⁵², y otras netamente de ámbito procedimental, como el deber de asistir a audiencias de conciliación, responder interrogatorios de parte, presentar pruebas, etc, lo cual se pasa a desarrollar.

Como es de conocimiento en materia laboral existe una presunción legal dispuesta en el artículo 24 del CST, la cual refiere a que toda relación de trabajo se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo tanto, es viable establecer las diferencias que existen entre una un indicio⁵³ y una presunción⁵⁴.

Al respecto, se puede afirmar que por las presunciones se forma o deduce un juicio u opinión de hechos, antes que estos se demuestren o aparezcan por sí mismos. La presunción es el resultado del proceso lógico que consiste en pasar de un hecho conocido a otro desconocido, por su parte el indicio, es el hecho conocido del cual se parte para establecer la presunción, siendo esta última de

⁵² Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo, Título II, numeral 11, literal b.

⁵³ Según la RAE (2017), la definición de indicio corresponde al “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”. Así mismo, puede entenderse como la señal que da a conocer lo oculto, mediante la conjetura proveniente de un hecho.

⁵⁴ A su vez, la RAE (2017) concibe la presunción como, “la acción y efecto de presumir o el hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado”. Sobre esta, caben sinónimos, tales como, sospecha, conjetura, suposición, entre otros.

dos clases, las presunciones determinadas por la ley, que se denominan presunción legal o de derecho y, la presunción que forma el juez, por las circunstancias, antecedentes, concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina, denominada presunción del hombre. La primera se divide en dos. Cuando la presunción tiene tanta fuerza que contra ella no se admite prueba, se llama presunción -*juris et de jure*- de derecho y por derecho. Por su parte, cuando esta solo se considera cierta mientras no se pruebe lo contrario, se denomina presunción -*juris tantum*- solo de derecho (Leopoldo, 2010).

Así mismo, debe tenerse en cuenta que a diferencia del indicio, la presunción no es un medio de prueba, sino la inferencia que sobre este se hace mediante el raciocinio cognoscitivo del juez, pues una vez acreditado probatoriamente se efectúa la conjetura hacia el hecho que indica, ya sea por ministerio de la ley o por criterios propios de la sana critica (Parra, J.Q, 2002, p. 616).

Entonces, el artículo 24 del CST mencionado configura por sí mismo un beneficio para las personas que acuden a la jurisdicción pretendiendo la declaratoria del contrato laboral, en virtud de una modalidad de trabajo tradicional, pues probatoriamente solo genera que el demandante acredite en juicio la prestación del servicio en favor del demandado para que por ministerio de la ley el juez presuma que existe el solicitado vínculo laboral y, consecuentemente, genera para el demandado la necesidad de desplegar toda su capacidad probatoria a efectos de desvirtuar dicha presunción, lo cual en relación con la prestación del servicio mediante la interacción virtual con el beneficiario de este sería más fácil de hacer, pues simplemente bastaría con darle a conocer al juez que para la ejecución del servicio esta persona lo pudo realizar, inclusive, en su casa, sin distintivos de la empresa y placenteramente, con el objeto de hacer ver, superficialmente, la ausencia de

subordinación y una supuesta autonomía del demandante en la prestación del servicio, dejando a un lado otros factores que confluyen en esta clase de relación, los cuales hacen parte del elemento característico del contrato de trabajo, como es, la subordinación.

Por lo anterior, el juez deberá tener en cuenta otros factores adicionales, diferentes a los probatorios para analizar la procedencia de la pretensión declarativa del contrato realidad, como es, la solución del caso a través de indicios graves impuestos por la conducta procesal asumida por las partes.

En efecto, en materia laboral el artículo 31 del CPT y SS, establece que “la falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado”, a su vez el artículo 59 ibídem determina que “el juez podrá ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos; la renuencia de las partes a comparecer tendrá los efectos previstos en el artículo 77”, el cual dispone que “1. Si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito. 2. Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión”, consecuencias que se producen además, cuando las partes no asisten a la audiencia obligatoria de conciliación, establecida como etapa al interior del proceso.

De lo anterior se sustrae, que el código de procedimiento del trabajo y de la seguridad social establece tanto indicios como presunciones en contra del demandado por su falta de actuación al interior del proceso, los cuales se pueden diferenciar, así:

- a. El artículo 31 del CPT y SS establece que será indicio grave la no contestación de la demanda, lo cual a partir de allí se podrá deducir, suponer, conjeturar o presumir, el allanamiento tácito del demandado a las afirmaciones de la demanda, sin que se discriminen cuáles de estas específicamente.
- b. El artículo 77 del CPT y SS dispone que se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda o su contestación, por lo que a diferencia de la norma anterior, establece la conclusión a la que se llega sin que se deba efectuar el análisis cognoscitivo a partir de un indicio implícito, pues esta circunstancia la contiene la norma, a la cual se llega por la inasistencia de las partes a la audiencia de conciliación o a responder interrogatorio de parte.

En conclusión de lo anterior, el código cuando refiere a indicio grave dispone cual es este, sin mencionar cual es el hecho indicado al que se llega a diferencia de la presunción legal, pues esta labor la deberá efectuar el juez, por su parte, cuando refiere directamente a una presunción, establece cuál es su hecho indicado, sin que se deba hacer el raciocinio cognoscitivo, pues la norma ya la contiene, sin embargo, ello por ser una presunción de derecho admite prueba en contrario.

Así las cosas, es claro que en materia laboral existen múltiples posibilidades para establecer la existencia de un contrato de trabajo, como es, inicialmente, mediante las cargas procesales, en lo que tiene que ver con la presunción del artículo 24 del CST acreditando la prestación de servicios o en virtud de las consecuencias que establece la normatividad procedimental, como son los indicios y presunciones mencionados. Luego, se deberá verificar la posibilidad de aplicar el

principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, lo cual requiere que se efectué una actividad probatoria óptima para acreditar la subordinación. Por último, de no ser posible establecer probatoriamente el contrato realidad, teniendo en cuenta sus imposibilidades materiales o físicas, se podrá reconocer la declaratoria de un contrato de trabajo a través de la acreditación de los indicios mencionados por la recomendación 198 de la OIT y el Decreto 583 de 2016, recopilado en el Decreto 1072 de 2015.

No obstante, es necesario establecer una serie de hechos indicadores de un contrato de trabajo específicos cuando la prestación del servicio se realiza bajo la modalidad del teletrabajo, pues como se ha mencionado a lo largo del presente escrito, esta modalidad se encuentra en una zona gris que no permite evidenciar con mediana claridad la presencia de un contrato de trabajo cuando las partes ocultaron formalmente dicho vínculo.

Título III. Hechos indicadores del teletrabajo para la declaratoria de un contrato realidad

Como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo investigativo, el teletrabajo puede estar encasillado formalmente en una relación laboral propia del contrato de trabajo o en una relación independiente (Ministerio de las tecnologías de la información y comunicación, 2016); En este sentido se pronunció Arias, A. M. (2009) cuando al analizar la ley 1221 (2008) sostuvo que “Desde la misma definición de teletrabajo contenida en esta ley se crea una distinción entre el teletrabajo por cuenta y a favor de un tercero, y el teletrabajo independiente o por cuenta propia (p. 59). A partir de allí, es posible igualmente afirmar, que la vinculación de un teletrabajador se puede

efectuar a través de alguna de las figuras de tercerización mencionadas, pues la legislación vigente ofrece esta posibilidad.

Sin embargo, la delimitación de la subordinación como elemento característico del contrato de trabajo respecto de las distintas formas de vinculación de fuerza laboral, permiten establecer los supuestos fácticos que denotarían la necesidad de reconocer un contrato realidad, cuando las partes formalizaron un acuerdo distinto para la prestación de servicios con apoyo de las tecnologías de la información y comunicación, pues no obstante la aparente autonomía e independencia del teletrabajador en la ejecución de sus labores debido a su separación de las instalaciones de la empresa, ello no quiere decir que dicho alejamiento se genere a nivel funcional, toda vez que la falta de un supervisor en un lugar establecido no hace menos subordinado a un teletrabajador (Beltrán y Sánchez, 2002, p. 42).

Al respecto, vale resaltar la necesidad de esta delimitación, pues como lo sostiene Contreras, O. y Rojas, I. (2015), esta modalidad laboral puede generar muchos beneficios, pero su indebida utilización podría conllevar consecuencias adversas, al encontrar que:

La conclusión provisional obtenida se enfoca en comprender la adopción sistemática de las tecnologías de la información y la comunicación y el teletrabajo en países como Colombia; podría ser un activador directo de beneficios a todo nivel, pero solo si se llega a tener en cuenta unas condiciones particulares de entorno, organización y especialmente adecuada gerencia de los recursos humanos. De lo contrario los efectos podrían ser incluso

contraproducentes para los objetivos de desarrollo y bienestar de las empresas y, por ende, de la sociedad.

Por lo anterior, a partir de las distintas modalidades de teletrabajo, aunado a los indicios mencionados, es posible establecer los hechos indicadores de la existencia de un contrato de trabajo, toda vez que al clasificar sus distintas formas de prestación de servicios, se evidencian ciertos supuestos fácticos que denotan la presencia del elemento característico de una relación laboral, como se pasa a desarrollar.

Entonces, la clasificación del teletrabajo se puede efectuar desde sus dos elementos característicos, como son, el aspecto espacial y el instrumental, los cuales han sido denominados por Caamaño, E. (2010) como geográfico o locativo y tecnológico o cualitativo (2010).

Sobre el primero, conforme se desarrolló en el acápite de normatividad sobre el teletrabajo en Colombia, es posible clasificar el teletrabajo en virtud del lugar de prestación de servicios según la ley 1221 de 2008, de la siguiente manera:

- Autónomos, son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones.

- Móviles, son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las Tecnologías de la Información y la comunicación, en dispositivos móviles.
- Suplementarios, son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

En el mismo sentido Fincato (2006) (citado por Fincato, 2014), enunció una clasificación similar, mencionando que estos pueden establecerse en el domicilio, cuando utilizan su residencia; en centro satélites, cuando laboran en una empresa diferente a la de su contratante; en telecentros, cuando el lugar es común para diferentes contratantes; y móvil, cuando no se relaciona con un lugar específico (p, 9-10). Sin embargo, como quiera que la citada ley recoge esta misma clasificación de una forma más concreta, será esta la utilizada para establecer los indicios pertinentes para la declaratoria de un contrato realidad.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el elemento instrumental, véase que García, B. (2012) mencionó que a partir de este se puede clasificar el teletrabajo como:

- Teletrabajo off line o desconectado: Esta modalidad hace referencia a la interacción virtual sin conexión informática constante con el ordenador, computador central, servidor o data center de la empresa o persona que se beneficia del servicio prestado, lo cual conlleva a que el tránsito de información o datos se efectúe a través de canales

externos, como son, correos electrónicos, video conferencias, llamadas, entrega personal o en medios magnéticos.

- Teletrabajo one way line o línea unidireccional: El teletrabajador desarrolla su labor mediante una conexión básica a la computadora central del beneficiario de la actividad, en la que se descargan directamente los datos permitiendo el tránsito directo de información, pero sin que exista control directo y continuo sobre las funciones de quien presta el servicio.

- Teletrabajo on line o en línea: A partir de una conexión completa entre el computador central o data center de la persona que se beneficia de la prestación de servicios y los dispositivos externos a disposición del teletrabajador, se permite una interacción en tiempo real para el tránsito de la información y la comunicación virtual entre estos, lo cual inclusive permite la manipulación por parte de un supervisor de los dispositivos electrónicos a disposición del teletrabajador.⁵⁵

Al respecto, Fincato (2006) (citado por Fincato, 2014), resalta la clasificación mencionada agregándole el grado de sincronía que puede llegar a existir desde su perspectiva offline, one way line u on line, circunscribiendo dicha sincronía al grado de intercomunicación y supervisión que puede llegar a tener el beneficiario del servicio sobre su ejecutor, por lo tanto, para los efectos del objetivo general trazado, se tomara estas clasificaciones para de allí sustraer los elementos facticos que permiten reconocer un contrato realidad a partir de estas clases de teletrabajo.

⁵⁵ Está misma clasificación fue reproducida por Beltrán y Sánchez (2002).

Entonces, de conformidad con lo anterior, se colige que de los elementos característicos del teletrabajo se pueden establecer ciertos hechos que indicarían la presencia de la subordinación como elemento diferenciador del contrato de trabajo con cualquier otra clase de vínculo contractual, los cuales tendrán de cierta manera un grado de certeza mayor que otros, por lo tanto, es viable determinar una clasificación de estos hechos a partir de la clase de indicio que se puede configurar, partiendo de la clasificación de la prueba indiciaria que se expuso en el capítulo anterior.

En efecto, como se analizó en el segundo capítulo de la presente pesquisa, diferentes autores clasifican los indicios según su grado de certeza con el hecho indicado, dependiendo de la fuente de donde provienen y en virtud del tiempo en el que subyacen, como necesarios o contingentes, según Parra, J. (2002); manifiestos, próximos y remotos, según Bonnier, E. (2007); anteriores, concomitantes y posteriores, mediatos e inmediatos, generales y particulares o reales y personales, según Moreno (1980).

No obstante lo anterior, para cumplir con el objetivo trazado en la formulación de la propuesta de investigación, como es establecer los hechos indicadores de un contrato de trabajo a partir del teletrabajo, se tiene que los indicios que permiten colegir la presencia de la subordinación en la ejecución de esta modalidad laboral, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Según el grado de convicción que ofrece el indicio hacia el reconociendo de la subordinación del contrato de trabajo, el indicio puede ser mayor, menor o mínimo, por lo siguiente:

La denominación de la presente clasificación de indicios encuentra su nombre, a partir de las clasificaciones mencionadas en el capítulo 2 que refieren a aquellos hechos que por sus características peculiares pueden ofrecer un grado de certeza diferente, ya sea por generar un alto, medio o bajo grado de verosimilitud hacia el hecho indicado.

En este sentido, se presentan ciertas características que surgen de las diferentes formas de vinculación de fuerza de trabajo y los hechos indicadores formulados para el reconocimiento de una relación de trabajo tradicional, así como circunstancias particulares del teletrabajo que denotan la presencia de la subordinación a diferentes niveles.

Al respecto se tiene, que se pueden utilizar la clasificación de los elementos característicos de la subordinación expuestos, los indicios tradicionales reconocidos por la doctrina, la jurisprudencia y la OIT, así como la clasificación del teletrabajo expuesta, los cuales dependiendo de su grado de convicción requerirá en mayor o menor medida de otros indicios para formar el convencimiento, de la siguiente manera:

Mayor grado: Se tiene que el indicio ofrece un mayor grado de certeza, cuando el hecho probado e indicador refiere directamente a los elementos característicos de la subordinación, que fueron discriminados con antelación, como son, i) la permanencia; ii) la obligatoriedad del trabajador; iii) la posibilidad del empleador en ejercerla y, iv) el poder reglamentario de este, pues estos elementos configuran la subordinación jurídica que se mencionó en su momento, lo cual haría que al acreditarse siquiera uno de ellos, es evidente la existencia de un contrato de trabajo.

En efecto, como quiera que la subordinación jurídica mencionada parte de la distinción legal efectuada en el artículo 23 de la legislación sustantiva laboral, se tiene que la presencia de alguno de estos supuesto legales configura la existencia de un contrato de trabajo, pues su presencia hace imperiosa la aplicación y reconocimiento de la subordinación en la forma como fue establecida normativamente.

En tal sentido, dentro de esta clase se pueden encasillar, por ofrecer un mayor grado de certeza en la presencia de la subordinación, ciertos indicios tradicionales resaltados por la OIT (2006) y además, los siguientes:

- Que el teletrabajo se realice según las instrucciones y bajo el control de la persona que se beneficia del servicio, esto es, disponiendo de forma unilateral el tiempo, modo y lugar en su ejecución;
- Que la labor se ejecute bajo la disponibilidad del teletrabajador en cualquier momento de forma presencial o virtual, pese a su alejamiento de la empresa, lo cual conlleva a que debe presentarse o conectarse en cualquier momento cuando sea requerido;
- Que el beneficiario del servicio sea quien suministre uno de los elementos característicos del teletrabajo, como es el instrumental, pues en este caso es una herramienta de trabajo impuesta para el desarrollo de la labor;

- Que el teletrabajo se realice bajo la modalidad on line o en línea, pues se debe recordar, que en esta forma de ejecutar la labor existe una sincronía directa y supervisión en tiempo real por parte del beneficiario del servicio, o;

- Cuando está comprobada la imposición de reglamentos directos y sanciones específicas al teletrabajador, como multas, suspensiones, etcétera.

Así las cosas, cuando se evidencia alguno de estos hechos es presumible inmediatamente la facultad de ejercer la subordinación por parte del beneficiario del servicio y el sometimiento del teletrabajador a esta, pues corresponden a los supuestos de hecho establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Menor Grado: Por su parte, generan un grado de certeza menor hacia el contrato de trabajo, los siguientes hechos:

- El que se pague una remuneración periódica al trabajador como su única o principal fuente de ingresos, lo cual refiere a una dependencia económica, que no obstante a ser un hecho indicador fuerte para el reconocimiento de un contrato realidad, puede en ciertas ocasiones ser superficial para tales efectos, pues puede presentarse que el teletrabajador tenga la posibilidad de conseguir otros ingresos, pero no lo hace por falta de interés;

- Que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el telerabajador para ejecutar su trabajo, situación que al ser pactada de común acuerdo le merece una certeza menor, o;

- El hecho de que no existen riesgos financieros para el teletrabajador.

Al respecto, vale mencionar que esta clasificación genera un grado de certeza menor, pues no se está haciendo directa referencia hacia la subordinación jurídica, sino a la económica, la cual limita el grado de autonomía e independencia del teletrabajador en la ejecución del servicio pero no de forma absoluta, pues un factor a valorar es que estas circunstancias pueda que no dependan en cierta medida del beneficiario del teletrabajo, sino a situaciones ajenas a él, como por ejemplo, la versatilidad del teletrabajador para adquirir otra fuente de ingreso o negocios, siempre y cuando no existe exclusividad en el desarrollo de las labores.

Mínimo Grado: Por último, se pueden establecer indicios que generan un mínimo grado de convicción para la declaratoria de un contrato realidad, pero que sumado a otros pueden conllevar a su reconocimiento, como cuando estos solo refieren a una subordinación técnica, como por ejemplo, que el teletrabajo representa una particular forma de ejecución de labores que requiere de ciertas especificidades, en alguna de las siguientes formas:

- La de estipular la presencia del teletrabajador en las instalaciones de la empresa suplementariamente para ciertas circunstancias, en la modalidad de teletrabajo suplementario;

- La entrega de informes para la debida ejecución del contrato;
- La disposición de un horario de realización de labores que permita cierta comunicación superficial con el beneficiario del servicio;
- La utilización de determinado medio de interacción virtual o de programas específicos que propendan por la transmisión de información o datos y;
- La realización del teletrabajo one way line o línea unidireccional, pues se pacta un canal de comunicación directo que permite el control de la información, lo cual puede ser para la supervisión del teletrabajador o para la confidencialidad que requiere la empresa.

Sobre el particular, cabe mencionar que estas circunstancias generan un grado mínimo de certeza, toda vez que pueden ser necesarias para la sincronización del servicio entre quien lo realiza y su beneficiario al ser indispensables para el cumplimiento del objeto contractual, pues es natural plantear condiciones normales de coordinación de actividades entre contratante, contratista o tercero, debido a que, por ejemplo, en la cotidianidad no se realizan actividades laborales en horarios y días de descanso aceptados socialmente o por la actividad comercial y, que la entrega de información se requiere en cierto programa informático que permita su verificación a través de los elementos informáticos que se tienen en la empresa o que requiere determinado producto para su verificación,⁵⁶ sin embargo, de no corresponder a estos fines, pueden conllevar a denotar en un principio un contrato de trabajo.

⁵⁶ Ver Corte suprema de justicia (2015), Sentencia del cinco (5) agosto de dos mil quince

a) Según la intermediación que se pueda presentar en la relación de trabajo, el indicio puede ser directo o indirecto.

La presente clasificación se construye a partir de la forma de vinculación de fuerza laboral que se puede utilizar para adquirir personal de trabajo, pues en este sentido se debe recordar que además de poder contratar teletrabajadores directamente, una empresa puede realizar la contratación a través de un tercero, entre los que se pueden encontrar el contratista independiente, la cooperativa de trabajo asociado o la empresa de servicios temporales.

Indicio Directo: Al respecto el predicable para esta clasificación los indicios que se mencionaron en la primera categorización efectuada, como son, según el nivel de certeza que ofrece el indicio respecto al elemento de la subordinación en mayor, menor o mínimo grado, pues su formulación está concebida a partir de una relación directa entre quien ejecuta el servicio y su beneficiario, para lo cual debe tenerse claro que no existe ningún intermediario.

Ahora bien, a diferencia de la anterior clasificación, para la siguiente categorización es viable hacer uso de los indicios que denotarían una tercerización laboral ilegal o el ocultamiento de una relación de trabajo dependiente, establecidos en el Decreto 583 de 2016, los cuales pueden a su vez pueden tener un mayor, menor o mínimo grado de certeza hacia el elemento de la subordinación, por lo siguiente:

Indirectamente en mayor grado: En este sentido, las siguientes circunstancias ofrecen un grado de certeza mayor en la declaratoria de un contrato realidad cuando la vinculación ha sido tercerizada, pues se establecen una serie de circunstancias o supuestos facticos que de evidenciarse se asocian al giro ordinario de los negocios de la empresa beneficiaria del servicio o a su poder de dirección. En este sentido, es viable presumir la presencia de la subordinación cuando:

- Se efectúa una vinculación indirecta de teletrabajadores por parte de una empresa para realizar labores similares, conexas o complementarias a su objeto social.

- Se contrata a un tercero para vincular personal para hacer sustancialmente las mismas labores que realizaban estas personas en su beneficio, posterior a una vinculación laboral directa. En este caso, se tiene que existe una clara intención de disfrazar una relación de trabajo dependiente, pues la labor es propia de la actividad económica que ejecuta la empresa e inclusive, ya la había realizado directamente.

- El tercero que los contrata no tenga la autonomía en el uso de los medios de producción, ni la ejecución de los procesos o subprocesos que le sean contratados.

- El tercero este imposibilitado para impartir instrucciones de tiempo, modo y lugar para la ejecución de la labor, por no ejercer frente a ellos la potestad reglamentaria, o;

- El intermediario no tenga potestad disciplinaria frente al personal que vincula, toda vez que ello es realizado por el beneficiario o usuario de los servicios realizados por el teletrabajador vinculado indirectamente.

- El tercero que contrata el personal tenga vinculación o participación económica del beneficiario de los servicios de manera mayoritaria, lo cual hace evidente un ocultamiento del verdadero empleador, pues simplemente se oculta a partir de otra persona jurídicamente constituida.

En este sentido, es importante resaltar, que la presente clasificación se establece para reconocer el ocultamiento del verdadero empleador, lo cual puede estar ligado con el levantamiento del velo corporativo, al existir un poder económico o de dirección por parte de una empresa matriz sobre sus filiales o subordinadas.

Indirectamente en menor grado: Está clasificación se presenta cuando se evidencian ciertas circunstancias ajenas al beneficiario o usuario de la actividad del teletrabajador sin vislumbrarse alguna participación de éste en ellas, pues bajo la premisa de que este no tuvo injerencia en el hecho probado, se considera que el indicio ofrece una certeza menor para la declaratoria de un contrato realidad, como por ejemplo, a partir de las siguientes circunstancias:

- El hecho de que el proveedor no tenga capacidad de carácter administrativo o financiero para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores, o;

- Que el tercero que los vincule no cumpla con las obligaciones laborales.

En este caso, se tiene que la certeza es menor, porque tales supuestos facticos pueden ser ajenos al beneficiario del servicio, pero por su falta de verificación en las capacidades administrativas y financieras del tercero que contrata los teletrabajadores se denotaría un interés oculto para reducir costos de producción a costas del personal contratado indirectamente.

Indirectamente en mínimo grado: En este evento, se tienen ciertos supuestos que denotarían la intención de evadir derechos laborales que requieren de ser valorados junto a un cumulo de indicios que direccionan hacia una posible subordinación, pues al no evidenciarse la presencia del beneficiario de los servicios en la configuración de estas circunstancias la certeza se reduce en la intención de evadir el pago de derechos laborales aunque no de forma total, sino parcial, como son, por ejemplo:

- Que a los teletrabajadores vinculados por el tercero no se les otorguen iguales derechos que a los trabajadores que realizan las mismas o sustancialmente las mismas actividades en otras empresas;
- Que el beneficiario y el proveedor incurran en conductas violatorias de las normas vigentes en la celebración o ejecución de la figura que los une y;
- Que el tercero no cumpla con las formalidades de su figura de tercerización,

Es de advertir que su grado de certeza es mínimo, toda vez que no se está desconociendo ningún derecho laboral, sin embargo, se configura el indicio por existir un trato diferenciado con el estándar de retribución general que opera en otras empresas o en la industria, siendo además evidente el incumplimiento de requisitos formales requeridos legalmente para la figura de tercerización.

b) Según el momento en el que surgió el indicio, estos pueden ser concomitantes, anteriores o posteriores al contrato realidad.

En lo que tiene que ver con la presente clasificación, se tiene que esta emerge a partir del momento en que se presentó el supuesto fáctico que indica la existencia de un contrato de trabajo y de conformidad con las anteriores clasificaciones, pues su configuración pudo haberse presentado antes, durante o después de la relación de trabajo, conforme se desarrolla a continuación:

Indicios Concomitantes: Se puede decir que los indicios concomitantes son predicables a la primera clasificación propuesta, pues refieren a supuestos fácticos que se pueden presentar en la vigencia de una relación laboral, como son, la imposición de instrucciones u órdenes, la entrega del equipo de comunicación como herramienta de trabajo y la coacción a través de sanciones.

Indicio anterior: A la presente clasificación se le pueden sumar ciertos indicios que se presentan y permiten presumir cierto grado de subordinación anteriores a dicha relación, como la realización

del proceso consagrado en el reglamento interno de trabajo para la contratación de personal en las mismas condiciones que los trabajadores directamente vinculados al beneficiario de la labor.

Igualmente, cuando al contratar al tercero que se requiere para la vinculación de personal no se le aplica la política de contratación, o cuando al existir, dicho contratista no la cumplió. En este sentido, se denota un interés en evadir responsabilidades laborales a través de un intermediario supuestamente ajeno a la empresa beneficiaria del servicio, el cual es utilizado para esconder al verdadero empleador.

Por último, los indicios mencionados en la segunda clasificación respecto a los grados mínimo y menor de certeza, se presentan antes de la vinculación del personal, pues corresponden a situaciones de verificación de capacidades administrativas o financieras por parte del intermediario que debieron consultarse previamente a contratar.

Indicio Posterior: Por su parte, el indicio posterior se genera cuando existe la intención de evadir responsabilidades laborales al finalizar el vínculo contractual que los unió, pues se evidencia un incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones sociales inmediatamente al finalizar su relación de trabajo.

Así las cosas, de las clasificaciones propuestas, su valoración a partir de los supuestos fácticos probados en juicio que indicarían la existencia de la subordinación como elemento característico del contrato de trabajo, es posible aplicar el principio de primacía de la realidad sobre las

formalidades, cuando las partes o un tercero, voluntaria o involuntariamente, encubrieron una relación laboral para ejecutar la prestación de servicios a través de la figura del teletrabajo, establecida en la ley 1221 de 2008 y sus decretos reglamentarios.

Para tales fines, a continuación se presenta una figura que recopila cada una de las clasificaciones que se proponen como hechos indicadores del teletrabajo para la declaratoria de un contrato realidad, los cuales pueden ser revisados por el operador jurídico antes de un juicio laboral, con miras a evitar incurrir en una conducta que encubre un contrato de trabajo o, durante el proceso, a efectos de proponer y defender determinada teoría del caso.

Tabla 1 *Hechos indicadores del teletrabajo para la declaratoria de un contrato realidad.*

HECHOS INDICADORES DEL TELETRABAJO PARA LA DECLARATORIA DE UN CONTRATO REALIDAD			
Clasificación			
A. Según el grado de certeza	Mayor +	Menor 1/2	Mínimo -
Clase de subordinación	Jurídica	Económica	Técnica
Clase de teletrabajo	On Line o en línea	On Way Line o Línea Unidireccional	Suplementario
Indicios	Recomendación 198 de la OIT	Falta de ánimo Empresarial	Formalidades
Ejemplo	- Suministro de medios informáticos y control en tiempo real. - Imposición de reglamentos directos y sanciones específicas al teletrabajador, como multas, suspensiones, etcétera.	- Remuneración periódica al trabajador como su única o principal fuente de ingresos. - Que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el telerabajador para ejecutar su trabajo. - Falta riesgos financieros.	- La presencia del teletrabajador en las instalaciones de la empresa para ciertas circunstancias. - La utilización de determinado medio de interacción virtual o de programas específicos que propendan por la trasmisión de información o datos.
B. Según la intermediación	Directa		Indirecta
Indicios	Clasificación A. Según el grado de certeza		Clasificación A. Según el grado de certeza
Ejemplo	Decreto 583 de 2016		
	Mayor +	Menor 1/2	Mínimo -
	Imposición de reglamentos directos y sanciones específicas al teletrabajador, como multas, suspensiones, etcétera.	Vinculación económica del beneficiario de los servicios de manera mayoritaria,	Que a los teletrabajadores vinculados por el tercero no se les otorguen iguales derechos que a los trabajadores que realizan las mismas o sustancialmente las mismas actividades en otras empresas
C. Según el momento en que se presenta	Anteriores	Concomitantes	Posteriores
Indicio	Clasificación B, respecto a los grados mínimo y menor de certeza, toda vez que se pueden presentar antes de la vinculación del personal.	Clasificación A. Según el grado de Certeza, pues refieren a supuestos facticos que se pueden presentar en la vigencia de una relación laboral.	Clasificación B, respecto a los grados mínimo y menor de certeza, toda vez que se pueden presentar después de la vinculación del personal.

Fuente: Autor

Para el entendimiento de la anterior ilustración, téngase en cuenta que el operador jurídico deberá determinar el momento en que se presenta el supuesto fáctico, la clase de vinculación de personal que pretende realizar, esto es, si es directa o indirecta, y desde allí empezar a recopilar información que se enmarque en cada una de las clasificaciones, dando el valor que corresponde al indicio y concluyendo de la forma que de una valoración integral surja la existencia o no de un contrato de trabajo.

Entonces, la anterior tabla de indicios es más que pertinente para determinar la forma de producción que se pretende estructurar a partir del teletrabajo, pues como lo sostuvo Sanguinetti (2013):

las opciones organizativas a disposición de la empresa principal pasan por la siguiente: a) el posible mantenimiento del poder de dirección, ya sea por la vía de la contratación en régimen de dependencia del teletrabajador encargado de la atención de la actividad o a través de la creación de una oficina satélite integrada dentro de su propio proceso de producción; o b) su sustitución por formas externas de vinculación con quien ha de atender su actividad productiva, recurriendo con este fin a la contratación de un trabajador autónomo, de un contratista o empresa de teleservicios que opere con su propio personal (p. 104).

De conformidad con lo anterior se tiene, que al establecer los indicios que conllevarían a reconocer un contrato real de trabajo mediante el teletrabajo, el empresario puede definir su modelo organizativo y, con ello, no exponerse a riesgos por posibles condenas judiciales o sanciones administrativas.

Igualmente, sirve de apoyo para la definición de políticas públicas y estructuración normativa de leyes o decretos tendientes a regular el teletrabajo con impacto positivo en la clase obrera, pues como lo sostuvo Bonilla, Plaza, Soacha y Riaño (2014):

Si se determinara con claridad el marco legal para el teletrabajo, se requeriría establecer aspectos contractuales, responsabilidades de las empresas, definición de horarios y tiempos máximos de trabajo, condiciones de salud y seguridad, la vigilancia y acompañamiento de los trabajadores; asimismo, la necesidad de crear capacitaciones específicas para el teletrabajador en materia de autocuidado de la salud y prevención de riesgos, como también en aspectos inherentes a su labor, autocontrol, manejo del tiempo de trabajo y tiempo libre; a su vez, orientar a las empresas que adopten esta modalidad laboral, a fin de que puedan crear planes y estrategias para el manejo de su personal y control de la salud y la seguridad de sus trabajadores, con el fin de lograr la eficacia al momento de cumplir estos propósitos.

Un caso particular de regulación normativa que podría establecerse como beneficio a raíz de un teletrabajo debidamente definido, es la extensión de la licencia de maternidad, pues como lo sostiene Martínez, Cote, Dueñas y Camacho (2017), “Como potenciales beneficios, se destacan la libertad en la gestión del tiempo, que permite contribuir a la conciliación del conflicto trabajofamilia, la reducción del estrés y la consecuente mejora en las condiciones de neurodesarrollo y el impulso a la integración de las TIC en los negocios” (p. 11), lo cual conlleva consecuencias negativas tanto al núcleo familiar como a la empresa contratante.

Conclusiones

Del recorrido efectuado al presente trabajo investigativo se puede concluir, que al alcanzar cada uno de los objetivos trazados en la propuesta de investigación aprobada, se elabora un documento académico claro y preciso para estudiantes de derecho, profesionales y particulares, que permite el estudio del derecho laboral desde sus orígenes, pues como se relató en el primer capítulo, este se estableció en virtud de las diferentes modalidades laborales, las formas de producción imperantes en determinada época de la historia, los movimientos sociales y la incidencia de la economía en las políticas estatales que conllevaron a la flexibilización del iuslaboralismo a partir de la globalización y las crisis mundiales, que afectaron de cierta manera a nuestro país, con el fin de propender por la competitividad empresarial.

Así mismo, desde una perspectiva judicial, la presente pesquisa permitirá defender o refutar determinada teoría en un juicio propuesta por alguna de las partes, ya sea en procura de reivindicar derechos laborales o blindar jurídica y económicamente a contratantes de mano de obra de posibles condenas, pues se ofrece un instrumento o herramienta empresarial para el establecimiento de políticas laborales internas en procura de reducir costos sin atentar contra derechos laborales.

Por su parte, brinda un análisis de la figura laboral más innovadora de los últimos tiempos, como es el teletrabajo, pues se encuentra a la vanguardia de la tecnología y de un mundo cada día más globalizado, en el cual impera la correlación cultural y la predominante fuerza económica que direcciona la evolución del derecho, independiente de la rama o especialidad en la que se mire.

Así las cosas, se tiene como síntesis del análisis efectuado que las distintas formas de prestación de servicios y producción que se han conformado a lo largo de la historia, como son, la realización de labores manufacturadamente, la cadena de ensamblaje en masa, la elaboración de productos y el ofrecimiento de servicios de forma tecnológica y especializada, así como la ejecución de actividades administrativas que permiten el tránsito de información y datos, confluyen con la realización de actividades de manera virtual a través del teletrabajo, con sustento en la normatividad internacional que permea el ordenamiento jurídico interno en Colombia, por lo cual se deben esclarecer los límites o linderos de cada modalidad laboral o figura de contratación, con el objetivo de no desconocer derechos laborales o incurrir en costos económicos no previstos empresarialmente.

En efecto, luego de analizar las distintas formas de prestación de servicios y producción, así como sus reconocimientos jurídicos, en el segundo capítulo se resaltó la relevancia del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades contractuales dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, la necesidad de la prueba en el derecho y particularmente para reconocer la existencia de un contrato de trabajo a efectos de reivindicar los derechos de una clase social desigual al imperante sistema capitalista, mediante la importancia que adquiere la prueba indiciaria en el descubrimiento de una relación laboral, ya sea a través de la suscripción de contratos autónomos e independientes o mediante la tercerización laboral, pues como se expuso, la subordinación como elemento característico del contrato de trabajo pueda que no se exteriorice o materialice en una prueba visible o directa, como un documento o testigo, pues como se informó, este elemento corresponde a una facultad que se puede encubrir, máxime si se ejecutan actividades

propias del teletrabajo, pues esta modalidad laboral difiere de la tradicional forma de prestación de servicios en la que se configuró el iuslaboralismo.

Por lo anterior, los dos primeros capítulos arrojan la materia prima para establecer los indicios que permiten evidenciar un contrato de trabajo en la realidad, pues la clasificación de las distintas formas de vinculación de fuerza laboral, las distintas formas de contratación y la clasificación de la prueba indiciaria, permiten reconocer a través de un proceso cognoscitivo, lógico y razonable de presunción, la existencia de un hecho difícil o físicamente imposible de probar, como es la subordinación.

Por su parte, al establecer en el tercer capítulo los horizontes de cada forma de contratación laboral, se suman supuestos fácticos que sugieren el encubrimiento de un contrato de trabajo, lo cual sirve de insumo a operadores jurídicos para optar por la mejor forma de vinculación de teletrabajadores. Así mismo, se describen ciertos hechos reconocidos por la doctrina, la jurisprudencia, organismos internacionales y el estado, que permiten identificar un contrato realidad, los cuales analizados en conjunto de la mano de las diferentes modalidades de teletrabajo, arrojan una clasificación de indicios particulares que permiten el reconocimiento de un vínculo laboral, como se discrimina a continuación.

En efecto, a partir de las dos formas de vinculación, como son, la directa e indirecta, se establecen las distintas posibilidades de contratación existentes en el ordenamiento jurídico colombiano a efectos de contratar personal para que presten servicios bajo la modalidad del teletrabajo, estos es, con apoyo de las tecnologías de la información y comunicación. Desde allí,

se tiene que el ordenamiento jurídico colombiano permite como formas de contratación directas de personal, el contrato de prestación de servicios, el contrato de agencia o el de corretaje, entre otras vertientes que pueden adquirir estos según lo dispuesto en el código civil o comercial. A su vez, se tienen como formas de vinculación indirecta o tercerización, la cooperativa de trabajo asociado, el contratista impediante, y la empresa de servicios temporales, que se han reglamentado para impedir la tercerización ilegal.

Por otro lado, para evidenciar una relación de trabajo dependiente propia del contrato de trabajo, es posible utilizar varios métodos deductivos, proponiéndose iniciar con la distribución de la carga de la prueba en virtud del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere a que cuando sea clara la prestación del servicio le corresponde al beneficiario de este desvirtuar la presunción del vínculo laboral que emerge en virtud de la ley, esto es, acreditar la ausencia de la subordinación en la relación de trabajo que se presentó.

No obstante, teniendo en cuenta que el teletrabajo se enmarca en una zona gris que no permite evidenciar la dependencia del teletrabajador hacia el beneficiario de la labor, es posible optar por la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, mediante la acreditación de la subordinación en su dimensión clásica, tradicional u objetiva, probando los supuestos fácticos que sirven como indicios decantados por la recomendación 198 de la OIT. Sin embargo, cuando con ellos no se clarifica lo pretendido, se debe hacer el análisis de la presencia de la subordinación en la dimensión integrativa, la cual permite sumar otros supuestos para identificar la ausencia de autonomía, como son, la falta de ánimo empresarial, el incumplimiento de requisitos legales para la formalización de una figura jurídica y los indicios establecidos en el

Decreto 583 de 2016, los cuales se valoran dependiendo del grado de certeza que generen y las particularidades de la modalidad del teletrabajo utilizada.

Por último, para resolver un litigio al interior de un juicio, el juez podría hacer uso de los indicios y presunciones que establece la ley, cuando evidencia el incumplimiento de ciertas obligaciones procesales, como son, la contestación de la demanda en debida forma, la asistencia a la audiencia de conciliación o al interrogatorio de parte.

En consecuencia, el resultado de la presente investigación es una herramienta clara y precisa, que servirá de soporte y fundamento a diferentes sectores para identificar la existencia de un contrato de trabajo en la realidad, entre los cuales podemos encontrar, el sector público, toda vez que permite a las diferentes ramas del poder estatal la resolución de casos concretos, en lo que tiene que ver con la Justicia; la creación de normas laborales, respecto al Legislativo y; la ejecución apropiada en la incentivación del teletrabajo por parte del Ejecutivo. Así mismo, permite a todos los particulares profesionales del derecho, expertos o no en temas laborales, presentar o defender un caso concreto y brindar una debida asesoría a empresarios y trabajadores, a quienes, inclusive, les proveerá el conocimiento básico para poner en marcha una relación virtual para la ejecución de una labor, con la cual puedan satisfacer sus necesidades.

Para mayor claridad, a continuación se exponen dos ilustraciones que sirven de apoyo en la valoración cognoscitiva de los diferentes indicios que se han descrito a lo largo del tercer capítulo, correspondiendo la primera a una valoración que puede ser realizada por cualquier persona.

Tabla 2 Valoración de las diferentes formas de relaciones de trabajo.

	CLASES DE VINCULACIÓN DE PERSONAL					
	DIRECTA			INDIRECTA		
FORMA	CONTRATO			TERCERIZACIÓN		
CRITERIO DE VALORACION	PRESTACION DE SERVICIOS	AGENCIA	CORRETAJE	CONTRATISTA INDEPENDIENTE	COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO	EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES
Subordinación clásica	Características de la subordinación e indicios OIT					
subordinación integrativa	Animo empresarial					
Formalidades	Obligaciones del comerciante El título III, capítulo II, del Código de Comercio, regula lo concerniente al registro mercantil, estableciendo en su artículo 26 su objeto, en el artículo 27 la competencia y en los artículos siguientes los actos y tramites que se deben registrar, así como su procedimiento.					
	Contrato de obra, Código civil, artículos 2053 y siguientes, el arrendamiento de servicios inmateriales consagrado a partir del artículo 2063 y el mandato, dispuesto en el título XXVII, capítulo I ibidem o, 1332 del Código Comercial.	Artículos 1317 en adelante del Código de Comercio	Artículo 1340 y siguientes del Código de Comercio	Artículo 34 del CST	- Ley 70 de la ley 79 de 1988 - Decreto 1333 de 1989 - Decreto 4588 de 2006 - Artículo 7 de la ley 1233 de 2008 - Artículo 63 de la ley 1429 de 2010	- Ley 50 de 1990 Decretos 1530 de 1996, 3769 de 2004 y 4369 de 2006.
Labores permitidas	No misionales	Desarrollar labores de posicionamiento de productos en una determinada región a nombre del contratante, teniendo en cuenta la especialidad.	Poner en contacto a dos personas para que suscriban un acuerdo.	La normatividad no discrimina las labores que debe desarrollar un trabajador vinculado a través de esta figura, sin embargo cuando realiza labores similares a la del contratante, opera la solidaridad	No misionales	La normatividad no discrimina las labores que debe desarrollar un trabajador en misión, sin embargo cuando excede el límite de un año, desnaturaliza la figura
Teletrabajo	Hechos indicadores del teletrabajo					

Fuente: Autor

La anterior ilustración, describe las diferentes formas de vinculación laboral, las formalidades que estas deben cumplir y los indicios que se pueden utilizar para vislumbrar un posible contrato de trabajo, la cual se deberá diligenciar atendiendo las particularidades de la cada relación laboral,

otorgándole un valor a cada indicio, de conformidad con la clasificación que se propone según su grado de certeza, para lo cual el operador jurídico podrá guiarse de los ejemplos que se establecen, como punto de partida para vislumbrar un vínculo jurídico oculto o que se puede llegar a desnaturalizar.

Por su parte, la siguiente ilustración se propone para que el juez al momento de resolver un litigio, tenga a su lado un criterio metodológico que le permite efectuar una valoración razonable del caudal probatorio y de la actuación de las partes al interior de un juicio, de la siguiente manera:

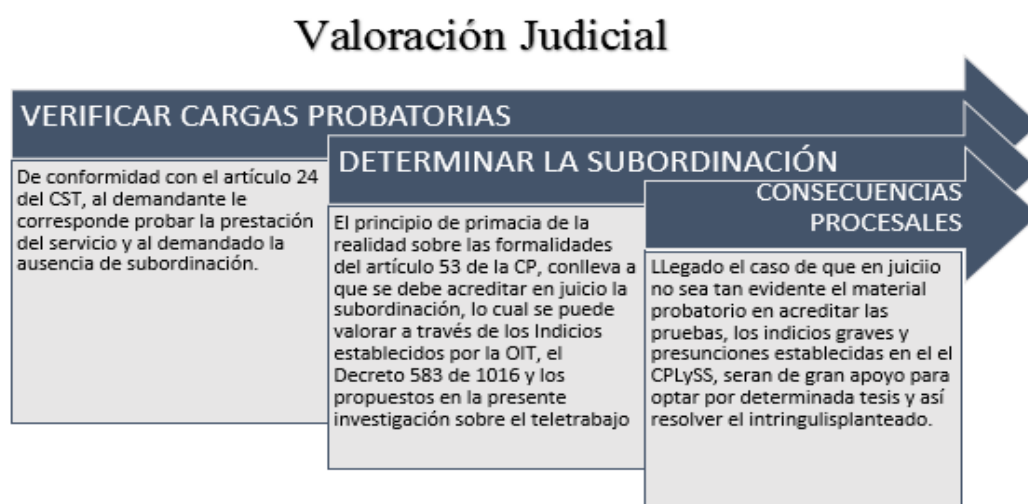


Figura 2 Valoración judicial.

Fuente: Autor.

De dicha figura emerge el recorrido analítico que debe realizar el juez al momento de resolver un caso, siendo útil para la formación de su convencimiento partir en la verificación del cumplimiento de las cargas probatorias que deben cumplir cada una partes, en virtud al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, para luego continuar analizando la obligación de acreditar en

el proceso la subordinación como elemento característico del contrato de trabajo y, por último, para darle mayor peso a su decisión, complementar con los indicios que podrían recaer en contra de alguno de los contendientes, en razón al cumplimiento de los actos procesales.

Referencias bibliográficas

Albarracín, et al, (2.012). *Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresa de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*. Bogotá D.C., Colombia: Centro editorial Universidad Externado de Colombia

Álvarez, D. (2012). Organización del trabajo y dispositivos de control en el sector automotriz: el toyotismo como sistema complejo de racionalización. *Revista Trabajo y Sociedad*, 15 (1), 43-57. Recuperado de:

<http://www.unse.edu.ar/trabajosociedad/18%20ALVAREZ%20Toyotismo.pdf>

Arias, A. M. (2009). El teletrabajo. Vlex. Recuperado de: <https://app.vlex.com/#CO.open/search/jurisdiction:CO+basicSearchAll:1/teletrabajo+en+colombia/p8/CO.open/vid/77705338>

Atienza, M y Ruiz, J (1991). *Sobre Principios y Reglas*. Alicante, España: Doxa

Barajas, M. y Guitert, M. (2010). Las tecnologías de la información y comunicación. Recuperado de <http://www.temarium.com/serlibre/recursos/pdf/79000.Modulo%202.pdf>

Beltrán y Sánchez (2002). Las relaciones laborales virtuales: El teletrabajo (Tesis de pregrado).

Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-31.pdf>

Bernal, L. (2017). *Modulo Debate Probatorio y Decisión Judicial*. Bogotá D.C., Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Bonilla, Plaza, Soacha y Riaño (2014). Teletrabajo y su Relación con la Seguridad y Salud en el Trabajo. Ciencia & Trabajo. Scielo. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-24492014000100007&script=sci_arttext

Bonnier, E. (2007). *Tratado de las Pruebas*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer

Caamaño, E (2005). Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico. Revista de derecho (Valdivia). Scielo. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100002#13

Caamaño, E. (2010). El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Recuperado de: http://www.scielo.cl.ez.urosario.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000200003&lng=en&tlng=en#?

Camacho e Higueta (2013). Teletrabajo con calidad de vida laboral y productividad. Una aproximación a un modelo en una empresa del sector energético. Pensamiento & Gestió.

Scielo.

Recuperado

de:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-62762013000200005&lng=pt&nrm=iso&tlng=es

Carnelutti. (1955). *La Prueba Civil*. Buenos Aires, Argentina: Edición Arayu

Código Civil. Ley 57 de 1887. República de Colombia

Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. República de Colombia

Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 de 1970. República de Colombia

Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. República de Colombia

Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. República de Colombia

Código Sustantivo del Trabajo. Decreto ley 2663 de 1950. República de Colombia

Consejo de Estado (2009). Sección Segunda. Expediente No. 3074-2005. M.P., Dra. Bertha Lucía

Ramírez de Páez. Sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve

Consejo de Estado (2016). Sección Segunda Subsección A. Expediente 25000-2325-000-2010-00373-01, M.P. Gabriel Valbuena Hernández. (2016). Sentencia del veintiuno (21) julio de dos mil dieciséis

Consejo de Estado (2017). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Expediente 11001032500020160048500. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del siete (07) de julio de dos mil diecisiete

Constitución Política (1991). Gaceta Constitucional de la República de Colombia No. 116, Bogotá, Colombia, 20 de julio de mil novecientos noventa y uno

Conti, A. (2008). *Manual de Derecho Laboral*. Los principios del derecho al trabajo y su dimensión democrática. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia

Contreras, O. y Rojas, I. (2015). Artículo de reflexión: Teletrabajo y sostenibilidad empresarial. Una reflexión desde la gerencia del talento humano en Colombia. Suma de Negocios January-June 2015 6(13):74-83. Recuperado de: <http://eds.b.ebscohost.com.ez.urosario.edu.co/eds/detail/detail?vid=6&sid=7b692ed4-4467-4c46-93b0-0c725b96eb3e%40sessionmgr101&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZSZyY29wZT1zaXRl#AN=S2215910X15000129&db=edselp>

Corte Constitucional (1994). Expediente N° D-572. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-555 de Diciembre seis (06) de mil novecientos noventa y cuatro

Corte Constitucional (1995). Expediente No. L.A.T.-040. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-225 de 1995 del dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y cinco

Corte Constitucional (1997). Expediente T-121467. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T-166 del primero (1°) de abril de mil novecientos noventa y siete

Corte Constitucional (2000). Expediente D-2460. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C – 110 de 2001 de febrero nueve (9) de dos mil

Corte Constitucional (2000). Expediente D-2581. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-386 del cinco (5) de abril de dos mil

Corte Constitucional (2006). Expediente D-6044. M.P. Jaime Araujo Renteria. Sentencia C-397 del veinticuatro (24) de mayo de dos mil seis

Corte Constitucional (2009). Expediente D-7615. M.P. Jorge Ignacio Pretelt. Sentencia C-614 del dos (2) de septiembre de dos mil nueve

Corte Constitucional (2012). Expediente T-3.120.991. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T- 616 del dos (2) de agosto de dos mil doce

Corte Constitucional (2013). Expediente D- 9380. M.P. Jorge Ignacio Ptrelt. Sentencia C-351 del diecinueve (19) de junio de dos mil trece

Corte Constitucional (2014). Expediente D-10032. M.P. Jorge Ignacio Ptrelt. Sentencia C-593 del veinte (20) de agosto de dos mil catorce

Corte Constitucional (2016a). Expediente D-10902. M.P. Jorge Iván Palacio. Sentencia C – 086 del veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis

Corte Constitucional (2016b). Expediente T-5.144.950 (2016). M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia T – 029 del cinco (5) de febrero de dos mil dieciséis

Corte Suprema de Justicia (1977). Sala de Casación Laboral. Expediente ID 283606. M.P. Juan Manuel Gutiérrez. Sentencia del veinticinco (25) de marzo de mil novecientos setenta y siete

Corte Suprema de Justicia (1982). Sala de Casación Penal. Expediente ID 406184. M.P. Alfonso Reyes Echandía. Sentencia del veintisiete (27) de julio mil novecientos ochenta y dos

Corte Suprema de Justicia (1997). Sala de Casación Laboral. Expediente 9435. M.P. Francisco Escobar Enriquez. Sentencia del veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y siete

Corte Suprema de Justicia (2010). Sala de Casación Civil. Expediente 23001-31-10-002-1998-00467-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil diez

Corte suprema de justicia (2015). Sala de Casación Laboral. Expediente 50249. M.P. Clara Cecilia Dueñas. Sentencia No SL 116612015 del cinco (5) agosto de dos mil quince

Corte Suprema de Justicia (2016). Sala de Casación Laboral. Expediente 52067. M.P. Fernando Castillo Cadena. Sentencia SL10414-2016 del veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Resolución 217 A. Asamblea General de las Naciones Unidas. Paris, Francia, diez (10) de diciembre de 1948

Decreto 1072 (2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo. Diario Oficial No. 49.523 del 26 de mayo de dos mil quince

Decreto 1127 (1991). Por el cual se reglamentan los artículos 3o y 21 de la Ley 50 de 1990. Diario Oficial No 39.810, del 30 de abril de mil novecientos noventa y uno

Decreto 1373 (1966). por el cual se reglamentan los artículos 4o., 7o. numerales, 9, 14 y 15; 9o., 10, 14 numeral 2; 17, 20, 25, 26, 39 y 40 del Decreto extraordinario No. 2351 de 1965. Diario Oficial No 31970, del 2 de julio de mil novecientos sesenta y seis

Decreto 1443 (2014). Por el cual se dictan disposiciones para la implementación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST). Diario Oficial 49229 de julio 31 de dos mil catorce

Decreto 160 de (2014). Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos. Diario Oficial No. 49.055 de 5 de febrero de dos mil catorce

Decreto 2076 (1967). Por el cual se reglamenta el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. Bogotá D.C., Colombia, 10 de noviembre de 1967

Decreto 2351 (1965). Por el cual hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial de la Republica de Colombia 31.754, Bogotá, Colombia, 17 de septiembre de 1965

Decreto 4588 (2006). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. Diario Oficial de la Republica de Colombia 46.494, Bogotá, Colombia, 27 de diciembre de 2006

Decreto 583 (2016). Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto número 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que

reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

Diario Oficial 49838 de abril 08 de dos mil dieciséis

Decreto 884 (2012). Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial de la Republica de Colombia No 48417, Bogotá, Colombia, 30 de abril de dos mil doce

Dematias, D. (2012). Nociones de economía y empresa El fordismo, la producción en cadena que puso en marcha Henry Ford. Recuperado de: <https://nocionesdeeconomiayempresa.wordpress.com/2012/10/24/el-fordismo-la-produccion-en-cadena-que-puso-en-marcha-henry-ford/>

Desimoni, L. (1998) *La evidencia en materia criminal*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco

Dworkin, R. (1984) *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A.

Echandia, H.D (1981). *Teoría General de la Prueba*. Buenos Aires, Argentina: Victor P. de Zavalia Editor

Fincato, D. P. (2014). Teletrabajo en Brasil. Reflexiones sobre la protección de la salud del trabajador frente a la isonomía del trabajo presencial. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Vlex. Recuperado de:

<https://app.vlex.com/#CO.open/search/jurisdiction:CO+basicSearchAll:1/teletrabajo+en+colombia/p3/vid/582297034>

Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.

García, (2.009). *El servicio temporal y otras formas de contratación*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Carrera

García, (2.012), *Contratación Laboral, Intermediación y Servicios*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Legis

García, B. (2012). *El Teletrabajo*. Pamplona, España: ARANZADI, S.A.

Gascón, M. (2004). *Los hechos en el derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.

González, G. (2004) *Derecho Laboral Colombiano Relaciones Individuales*. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores

González-Zabala, M. P.; Galvis Lista, E. A.; Vera Salazar, P. H. (2016) Estudio exploratorio sobre conocimiento y acceso al teletrabajo con líderes comunales de Santa Marta, Colombia
Revista Encuentros, Universidad Autónoma del Caribe, 14 (01), pp.73- 87. Recuperado de:
https://ficheros-2017-s3-amazonaws-com.ez.urosario.edu.co/05/04/Im_1_3_678300873_in1_59_71.pdf?AWSAccessKeyId=A

[SIAIH34N43ROMIRL2IQ&Expires=1505084699&Signature=NH2ZVwnTZ%2BI7117c
UN2HqmnxkhY%3D&x-amz-security-
token=FQoDYXdzEMf%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2FwEaDGBXzpsQB
oJ6AmShsCK3A2FuP6o26d%2FmcXTX2%2BbOCO1xdfB5v7V6CHcrQnAr3wrNkQ67
3MyO%2FckrzStj%2BFZec3Y4mrOYUf3OOchWXZs2PQnnyh9X3yyyXBHMViC%2
BBvNX42m2psGFHmBW5T2YPEk1vSOSP7em7cBalygHueN1XRe68REugYE7RruNE
0ef2kSMk1Kqd8%2BUqsl9WHEoaVtOlRTQAnJ1xISkNX68MLxe3oRle78WDfl9bVyit
mqkMP5FSAGOEUWiR0L9b7NPNZtWvWC1NM4BZ%2F7oWFIEpUaO0u8aSVoC9
UGrf7F2g6K8Vt0yAjhxN4JIvoSyvS6MjPtm8kWg4mUmHoMFVRjk%2BSYxbF2664x
5dVlgNrHeYZZFCu2z9tdOc6sya%2FrrZKH8GHjNGul0nCm%2BSLCerPXKLtRJtuK
VbffHOycGDCvtFkSZ2eEHb8%2BxpqavV3RxScmN76ubUu9sPKTUMrxnjGmGsh8s8
nrucnxn4LX5Uk1AHeY8SC72rEkcwQGgl3PXDfmap6KzdN2bPcxt%2FFT6jKasQAiV
dzkYmWfkEPbINZbwxoIUaKWmkklIPHeIINr7tpEdxqc%2BeWWv9HHTDAo%2B9v
WzQU%3D](#)

Guarín, A. (2011). *Manual de Derecho administrativo Laboral*. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibañez

Leopoldo (04, 11, 2010). Diferencia entre indicios y presunciones. Recuperado de <http://diferenciaentreindiciosypresunciones.blogspot.com.co/>

Ley 1221 (2008). Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial de la Republica de Colombia No 47.052. Bogotá, Colombia, 16 de julio de 2008.

Ley 50 (1990). Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. 28 de diciembre de 1990. Diario Oficial de la Republica de Colombia No. 39.618, del 1 de enero de 1991

Ley 74 (1968). Por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. Diario Oficial de la Republica de Colombia No. 32.682 del 30 de diciembre de 1968

Ley 79 (1988). Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa. 23 de diciembre de 1988. Diario Oficial de la Republica de Colombia No. 38.648. Bogotá, Colombia, Enero 10 de 1989

Manrique, (2013). *Introducción al concepto de derecho al trabajo y su vínculo con las formas de trabajo independiente, para subordinado y autogestionado*. Bogotá D.C., Colombia: centro editorial Universidad Externado de Colombia

Martínez, Cote, Dueñas y Camacho (2017). *El teletrabajo: una nueva opción para la extensión de la licencia de maternidad en Colombia*. Revista de derecho, universidad del norte, 48: 1-20, 2017. Recuperado de: <http://eds.b.ebscohost.com.ez.urosario.edu.co/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=9a166c24-f015-409e-88d3-0d6f7b4b9247%40sessionmgr102>

Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (2016). *Concepto sobre Inclusión del teletrabajo en los contratos de prestación de servicios*. Recuperado de <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-propertyvalue-571.html>

Ministerio del trabajo (2013). *Plan de Acción Laboral*. Recuperado de: http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/cat_view/494-tcl-plan-de-accion-laboral.html

Ministerio del Trabajo (2015). *Libro Blanco, El ABC del teletrabajo en Colombia*. Recuperado de http://www.teletrabajo.gov.co/622/articles-8228_archivo_pdf_libro_blanco.pdf

Moreno, S. (1980). *La Prueba de Indicios*. Bogotá, D.C., Colombia: Lex Ltda

Neffa & De la Garza Toledo (2010). *Modelos económicos, modelos productivos y estrategias de ganancias: conceptos y problematización, Trabajo y modelos productivos en América Latina. Argentina, Brasil, México y Venezuela luego de la crisis del modelo neoliberal*. Buenos Aires, Argentina: Clacso

Organización de Estados Americanos (2017). *Quienes somos*. Recuperado de http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp

Organización de Naciones Unidas (2017). *La organización*. Recuperado de <http://www.un.org/es/about-un/>

Organización Internacional del Trabajo (2006). *Recomendación 198*. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument

Organización Internacional del Trabajo (2016). *Empleo Atípico en el Mundo*. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534522.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2017). *Orígenes e historia*. Recuperado de: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>

Ospina, E. (2013). *Derecho Laboral Colectivo*. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Jurídica Gustavo Ibañez

Ostau de Lafont, F. (2006). *El discurso paternalista en la formación de la norma laboral*. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Resolución 2200 A (XXI). Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York, E.E.U.U., dieciséis (16) de diciembre de 1966

Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Resolución 2200 A (XXI). Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York, E.E.U.U., dieciséis (16) de diciembre de 1966

Parra, J. Q. (2002). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones del Profesional

Penín, M, Guitert, M, Barajas, M y Simó, N (2010). Más información sobre Tecnología Educativa. En Sancho, J. (2010). *Para una tecnología educativa*. Madrid, España: Horsori

Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la lengua Española* [versión electrónica]. Madrid: Real Academia Española., <http://www.rae.es>

Rincón, (2006a). *Manual de Derecho de Comercio Electrónico y de Internet*. Bogotá, D.C., Colombia: Centro Editorial Universidad Del Rosario

Rincón, (2006b). *Contratación Electrónica*. Bogotá, D.C., Colombia: Centro Editorial Universidad Del Rosario

Rocha, A (1967). *Derecho Probatorio*. Bogotá, D.C., Colombia: Lerner. P.

Rodríguez, (2.012). *Guía de relaciones laborales y prestacionales*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Doctrina y ley limitada

- Rodríguez, F. (1999). *La integración del teletrabajo en la relación laboral*, en AA.VV. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras en el derecho al trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*. Madrid, España: Ed Tecnos
- Rosas, J. (2006). Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado. Recuperado de: http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=285#_ftn4
- Sanguinetti, W. (2013). *Derecho del Trabajo*. Lima, Peru: GRIJLEY
- Superintendencia de Economía Solidaria. (2009). *Concepto No. 29449 del 14 de agosto*. Recuperado de: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KlAn1Je4tw4J:https://www.supersolidaria.gov.co/sites/default/files/public/conceptos_juridicos_y_contables/29449_-_09_tramite_de_registro_de_cooperativas_y_precooperativas_de_trabajo_asociado.doc+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=co
- Tamayo, F. (2008). *Manual de derecho laboral*. Poder reglamentario y sancionatorio en el derecho al trabajo. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid, España: Ed. Trota

Tascón, (2008), *Aspectos jurídico – laborales de la responsabilidad social corporativa*. Madrid, España: Centro de Estudios Financieros

Uprimny, R., Uprimny, M., y Parra, O. (2017). *Modulo Derechos Humanos y Control de Convencionalidad*. Bogotá, D.C., Colombia: Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla

Valderrama, E. (1992). *Importancia de la prueba de indicios en la investigación penal e identificación criminal*. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Jurídicas Radar

Vallejo, F. (2011). *La oralidad laboral*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez Ltda

Zuccarino, M. (2012). Modelos estadounidense-fordista y japonés-toyotista: ¿Dos formas de organización productiva contrapuestas? Un estudio de caso: trabajadores bolivianos afiliados a la Federación Obrera Local (FOL) en la primera mitad del siglo XX. Scielo. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-88032012000200009#nu2