

LA DESNATURALIZACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE
PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN COLOMBIA FRENTE AL PRINCIPIO DE LA
PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS ART. 53 C.P.de C.



CAROLINA RIVERA DAZA
GERARDO ANDRES ORDOÑEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2015

Tabla de Contenidos

ii

TEMA DE INVESTIGACIÓN	2
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
OBJETIVO GENERAL	4
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	4
JUSTIFICACIÓN	5
ESTADO DE LA CUESTIÓN	6
MARCO TEÓRICO	7
FACTIBILIDAD	8
METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE REDACCIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	8
CRONOGRAMA	9
1. INTRODUCCIÓN.....	10
1.1 CONTRATO DE TRABAJO Y RELACION DE TRABAJO.....	11
1.2 EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	12
1.2.1. MARCO CONCEPTUAL	12
1.2.2 LA PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.....	13
1.2.3 PRESUNCIÓN Y SIMULACIÓN	13
CONCLUSIÓN	33
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

TÍTULO

LA DESNATURALIZACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN COLOMBIA FRENTE AL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS ART. 53 C.P.de C.

RESUMEN

El contrato administrativo de prestación de servicios, ha sido objeto de estudio y análisis jurisprudencial dada su desnaturalización, al pretender sustituir la relación laboral de empleo público por la de trabajo ejecutado mediante contrato administrativo de prestación de servicios, el análisis va encaminado a determinar la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales del contratista vs la entidad contratante; en aplicación del principio de la realidad sobre las formas consagrado constitucionalmente en el artículo 53 de la constitución política de Colombia¹. Una vez se reúnan los tres elementos esenciales descritos en el artículo 23² del Código sustantivo de Trabajo, (subordinación, remuneración (Salario) y prestación personal de la labor) se evidencia una relación de trabajo independientemente de la forma o denominación distinta que se haya consignado en un papel.

¹Artículo 53. Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

² ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, 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; y c. Un salario como retribución del servicio

TEMA DE INVESTIGACIÓN

- Estudio Jurisprudencial sobre el principio de la realidad sobre las formas artículo 53 C. P de C., en el contrato Administrativo de Prestación de Servicios.

-Determinar la existencia de los elementos Esenciales descritos en el artículo 23 del CST (subordinación, remuneración (Salario) y prestación personal de la labor) con el fin determinar si existe un contrato administrativo de prestación de servicios o es en definitiva un contrato laboral.

-Analizar si mediante el contrato Administrativo de prestación de servicios la Administración pretende sustituir una relación laboral de empleo público.

-Analizar la teoría del “CONTRATO – REALIDAD” sustentada en el principio de “primacía de la Realidad” para determinar la naturaleza, características y demás circunstancias que presuponen una relación laboral, por encima de los datos aparentes que puedan ofrecer documentos o contratos, Corte constitucional sentencia c- 023³.

³Sentencia c- 023. "El artículo 83 se refiere expresamente a las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas, y que tales relaciones, en lo que a la buena fe se refiere, están gobernadas por dos principios: el primero, la obligación en que están los particulares y las autoridades públicas de actuar con sujeción a los postulados de la buena fe; el segundo, la presunción, simplemente legal, de que todas las gestiones de los particulares ante las autoridades públicas se adelantan de buena fe"

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Mediante este proyecto de investigación se pretende resolver los interrogantes en lo concerniente al contrato Administrativo de Prestación de Servicios desde la perspectiva Jurisprudencial y bajo el Principio de la Primacía de la Realidad sobre formalidades establecidas para lograr establecer si este tipo de contratación es utilizado por la Administración con el fin de disfrazar una verdadera relación laboral.

- ¿Con esta forma de contratación la Administración busca ocultar una relación laboral? o hace parte de la plena eficacia que busca la Contratación Estatal en Colombia
- ¿A través de esta forma de contratación estatal se vulnera los derechos de los Trabajadores?

Con esto interrogantes se busca analizar el tema del contrato administrativo de prestación de servicios, para realizar de una reflexión de lo que se vive actualmente en materia de condiciones laborales para aquellos empleados del área administrativa.

OBJETIVO GENERAL

Identificar de acuerdo a la Jurisprudencia colombiana el concepto de Contrato Administrativo de Prestación de Servicios bajo el Principio de la de la Primacía de la Realidad sobre formalidades establecidas con el fin de determinar las condiciones que propiciaron la tipificación de esta modalidad contractual, sus elementos esenciales, su objeto, sus fines y sus diferencias con el contrato laboral y con el empleo público.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Conocer los criterios que la jurisprudencia colombiana ha desarrollado sobre la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales del contratista vs la Entidad contratante.
- Determinar si en realidad el Contrato de PRESTACION DE SERVICIOS tiende a satisfacer las necesidades de las entidades Estatales o si por el contrario va en contravía de los derechos fundamentales del trabajador.

JUSTIFICACIÓN

Es de suma importancia reconocer que el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato administrativo de prestación de servicios, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

De acuerdo a la sentencia c-154/97⁴ principio de primacía de realidad sobre formalidades establecidas por sujetos de relaciones laborales-contratista convertido en trabajador ,El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena tolerancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal.

De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

⁴ Sentencia c-154/97. La legislación en materia contractual pretende armonizar las exigencias de la dinámica propia del funcionamiento del Estado en su nueva concepción, con los instrumentos legales apropiados para el mismo, partiendo de parámetros generales para su interpretación y aplicación en la contratación estatal, sustancialmente diversos del régimen contractual anterior.

MARCO TEÓRICO

1. La desnaturalización del contrato administrativo de prestación de servicios en la normatividad colombiana.
 - 1.1 Definición.
 - 1.2 Naturaleza jurídica.
2. Elementos constitutivos del contrato de prestación de servicios frente al contrato realidad.
3. Principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

FACTIBILIDAD

Para tener acceso a las Fuentes de información, se piensa inicialmente extraerlas de las principales bibliotecas de la ciudad, con el fin de tener una amplia bibliografía. También se tiene en cuenta la plataforma virtual del ministerio de trabajo ya que de allí se deriva la normatividad vigente con respecto al contrato de prestación de servicios, así como aquellas investigaciones encontradas en la web, referentes al tema en cuestión, con el fin de mirar el estado actual del problema.

METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE REDACCIÓN DE LA INFORMACIÓN

El método es de tipo Socio jurídico porque pretende desarrollar Antecedentes legales Con base en criterios Jurídicos, Jurisprudenciales y Doctrinales absolver un interrogatorio como el planteado inicialmente.

CRONOGRAMA

N o	ACTIVIDAD	TIEMPO	OCT	NOV	DIC
1	Primer avance: Introducción	3 semana			
2	Recolección bibliográfica: recopilación de las fuentes de investigación, a través de las técnicas de información.	1 semana			
3	Segundo avance: Desarrollo del texto	4 semana			
4	Tercer avance: Conclusiones	4 semana			
5	Revisión final.	1 Semana			
6	Entrega del documento final del artículo investigación.	2 semana			

1. INTRODUCCIÓN

EL “CONTRATO – REALIDAD” CONCEPTO

La teoría del contrato realidad está sustentada en el principio de “Primacía de la realidad” según el cual en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe preferirse lo que sucede en el terreno de los hechos, que se constituye en uno de los fundamentos del derecho del trabajo.

Así, cuando se ha de determinar la naturaleza, características y demás circunstancias de una vinculación laboral, se debe estar a lo establecido en los informes que puedan extraerse de la realidad de la relación y no a los datos aparentes que puedan ofrecer documentos o contratos.

De acuerdo con este postulado, las formalidades ceden a los hechos y son éstos los que determinan la naturaleza jurídica de la situación producida, Demostrados los hechos la forma no puede quitarles validez, pues es la realidad la llamada a imponerse. Como lo precisa el profesor Plá Rodríguez “...demostrados los hechos ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades...”

Este principio es pues un criterio de interpretación para el juez, quien también debe propender en el proceso por la búsqueda de la “verdad real”, principio éste que guarda relación con el derivado de la primacía de la realidad.

Lo anterior puede ser considerado como una consecuencia del carácter tuitivo y protector del derecho del trabajo y es por ello que tanto la Jurisprudencia como la Doctrina han precisado en múltiples ocasiones que al momento de determinar si el vínculo que une a las partes en una relación es de carácter laboral, debe preferirse el análisis fáctico sobre el meramente documental, independientemente de la voluntariedad o buena fe con que hubieren sido elaborados los soportes de dicha relación.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1 de diciembre de 1981 precisó que este principio correspondía al derecho del trabajo por ser protector e irrenunciable y fundamentó su posición en conceptos expresados por tratadistas como Americo Pla

Rodríguez, Mario Deveali, y Mario de la Cueva, entre otros, quienes coinciden en afirmar que la existencia de un contrato de trabajo está determinada por la conducta de las partes en desarrollo de una relación Jurídica, así los propios involucrados hayan querido darle una connotación diferente en los acuerdos formales suscritos por ellos.⁵

Así las cosas, para la Doctrina internacional citada por la Corte Suprema “...en todos los casos debe tratarse, como hemos dicho, de llegar al contrato realidad, a la efectiva prestación al orden de la relación habida entre las partes, para determinar la verdadera naturaleza jurídica del acto cumplido...”⁶

La relación de trabajo existe a pesar de que las partes le hayan dado una denominación diferente si en la práctica se comprueba que las características en que se desarrollaba la actividad son las propias del derecho laboral. Por ello el juez debe evaluar la forma como se prestó el servicio y no las formalidades del contrato celebrado entre las partes.

La prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por la partes en una relación Laboral no es una novedad introducida por la carta de 1991, sino un principio protector del trabajo humano subordinado, que desde antes tenía consagración legal y pleno reconocimiento por parte de la Jurisprudencia y la doctrina en nuestro país.

Al respecto, valga citar la sentencia del 1° de diciembre de 1981 (GJ. XCI – 1157) de la Corte Suprema de Justicia, en la que se indicó:

1.1 CONTRATO DE TRABAJO Y RELACION DE TRABAJO

Contrato y relación no son conceptos contrarios si no complementarios que representan dos momentos diferentes y sucesivos. Normalmente, el contrato da origen a la relación de trabajo, es su antecedente, pero para que ella exista no es indispensable el contrato.

⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Los Principios del derecho del trabajo”. Pag. 243

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Primera. 1 de diciembre de 1981. Radicado 7922. M.P Fernando Uribe Restrepo. Gaceta Judicial 1981.

Puede afirmarse que la relación de trabajo es la materialización del acuerdo de voluntades.

La ley colombiana llega a identificar los conceptos al otorgar protección jurídica a los elementos de la relación de trabajo al señalar que cuando ellos se presenten, existe un verdadero contrato de trabajo.

Lo que la ley denomina elementos del contrato, en realidad, según la doctrina, son de la relación de trabajo. El contrato requiere de la concurrencia de otros elementos de acuerdo con lo indicado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo que se ampara es el hecho de la prestación del servicio y no el acto jurídico.

La OIT -, en la Conferencia realizada en 2006, aprobó la recomendación N°198 sobre la relación de trabajo, la cual puede tenerse en cuenta como instrumento de interpretación para los jueces y operadores jurídicos, conforme lo establece el artículo de 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

El capítulo II de dicha recomendación contempla algunos criterios para la determinación de la existencia de una relación de trabajo y menciona que para ello deberían tenerse en cuenta, principalmente, los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenida por las partes.

1.2 EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1.2.1. MARCO CONCEPTUAL

El contrato de prestación de servicios es aquel por el cual una persona natural o jurídica (contratista) presta sus servicios personales a otra persona natural o jurídica (contratante) con independencia y autonomía técnica y directiva sobre la actividad realizada y por un precio determinado.

No existe una definición legal como tal; el contrato puede ser verbal o escrito, bajo el pacto de obligaciones, prohibiciones y condiciones previamente establecida en el mismo, todo najo un precio determinado y un término que podrá ser definido o indefinido.⁷

1.2.2 LA PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

Se observa entonces la presencia de tres elementos se caracterizan este tipo de contratos, a saber: a) La prestación de un servicio, que puede ser personal o no, b) la independencia y autonomía para la realización del objeto y c) un precio determinado (Honorarios o precio)

- El contratista, persona natural o jurídica, tiene derecho única y exclusivamente al pago de un precio o de unos honorarios.
- Por tanto, no tendrá derecho a recibir salario, prestaciones sociales y vacaciones, y además beneficios laborales.
- El contratante no estará obligado a afiliarlo al sistema integral de seguridad social, pero sí de controlar su vinculación, afiliación y aporte como independiente.

1.2.3 PRESUNCIÓN Y SIMULACIÓN

El artículo 24 del C.S. del T., subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1990, establece:

“Se presume que toda la relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

No obstante, quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue prevista en el literal b) el artículo 1° de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada”

⁴ Salvo para el caso de los contratos de prestación de servicios suscritos por entidades del sector público, cuya naturaleza eminentemente temporal ha sido definida en la propia ley.

Este inciso segundo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por considerar que era violatoria del derecho a la igualdad con respecto a los trabajadores que en la realidad han prestado sus servicios bajo la continuada dependencia o subordinación del trabajador, y que en forma evidente han cumplido los elementos propios de la relación de trabajo. (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-665 nov. 12/98) Por tanto, corresponderá al contratante desestimar que el contrato civil o comercial de prestación de servicios, era del trabajo.

Los elementos esenciales que diferencian al contrato de prestación de servicios del contrato de trabajo, son la autonomía e independencia en la ejecución del servicio, pues mientras que en el contrato de trabajo se evidencia la subordinación jurídica, que se traduce en la facultad del empleador para impartir ordenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o para imponer reglamentos a sus trabajadores, en el contrato de prestación de servicios debe imponerse la autonomía e independencia para el cumplimiento del objeto encomendado.

Por lo tanto, con la suscripción del contrato de servicios el contratante acepta ser el beneficiario de la ejecución de un servicio que no será prestado bajo su continuada subordinación y dependencia, si ello no fuere así, el juez del trabajo deberá dar plena aplicación al principio de la primacía de la realidad, tal y como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

“En el sub lite desde un comienzo quedo acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación en los términos del mencionado artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, sin que la accionada conforme con las reglas de la carga de la prueba, haya logrado destruir dicha presunción, pues por el contrario las probanzas arrimadas en tiempo corroboran la estructuración de esa dependencia, acorde con lo que aflora de la realidad de los hechos, debiéndose en el caso particular dar aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la forma del documento contractual para establecer la existencia de la relación laboral.

En efecto, del análisis objetivo y ponderado de los elementos probatorios referidos en sede de casación, surge la aplicación para este asunto en concreto del principio protector

de la primacía de la realidad, que en materia laboral ha tenido cabida antes y después de la constitución de 1991, por cuanto su reconocimiento viene del tiempo atrás por la jurisprudencia y la doctrina nacional y ahora expresamente consagrado en el artículo 53 de la Carta Mayor, consiste en darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resulte del documentos contractual o cualquier otro que haya suscrito o expedido las partes, que conlleva necesariamente a que son aquellas particularidades que se extraen de la realidad las que se deben tener en cuenta y no otras las que se deben determinar el convencimiento diáfano del juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural y se reclaman en una acción judicial, como determinantes de la existencia de un contrato de trabajos. (22259)

Así la corte a través de su jurisprudencia ha sido enfática al señalar que la subordinación jurídica propia de la relación laboral ajena a la relación civil o comercial derivada del contraste de la prestación de servicios:

“(…) traduciéndose todo esto en el ejercicio de la empleadora del auténtico poder disciplinario y subordinante sobre el trabajador, consistente en la protestar o facultad de sancionar el incumplimiento de órdenes, instrucciones, obligaciones, prohibiciones o la deficiente ejecución en la labor, lo que resulta ajeno a cualquier relación de naturaleza civil o comercial y sí propio de la subordinación jurídica del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 23 del C.S del T.” (22259)

Sin embargo, la ausencia de la subordinación en la relación que emana de la ejecución del contrato de prestación de servicio, no implica que el contratante quede completamente maniatado frente a las facultades autónomas de su contratista, de hecho, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido así mismo, que la existencia del contrato civil comercial no impide que el contratante establezca parámetros, condiciones e instrucciones para la ejecución del servicio y que haya lugar a la supervisión y vigilancia sobre las labores desarrolladas por el contratista. Al respecto ha señalado la corte:

“Es que definitivamente la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas del mismo, en ningún caso es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia” propios de la relación de trabajo, pues estas últimas tienen una naturaleza distinta a aquellos; en todo caso, las instituciones específicas hay que valorarlas dentro del entorno de la relación y no descontextualizadamente como lo intenta el censor, pues son precisamente esas circunstancias peculiares las que en determinado momento permiten colegir si las ordenes o instrucciones emitidas corresponden a un tipo de contrato u otro”. (Corte Suprema de Justicia, Casación laboral, Sentencia sept. 6 de 2001. Radicación 16062. M.P. Carlos Isaac Náder)

En este mismo sentido, la Corte ha señalado que el contrato de servicios, es posible establecer que su ejecución se realice en las instalaciones de la empresa y que el simple hecho de establecer horario marco en el cual puede desarrollarse la labor, no implica de por la existencia de un contrato de trabajo. Al respecto señala la Corte:

“Ciertamente la relación de trabajadores en las instalaciones de la empresa no significa per se el establecimiento de una dependencia y subordinación, considera la Corte que aun tomando este último aserto como jurídico, tiene razón el Tribunal al emitirlo porque ciertamente la subordinación típica de la relación de trabajo no se configura automáticamente por el hecho de que desde el inicio o en un determinado momento del vínculo jurídico convengan un horario de prestación de servicios y la realización de estos dentro de las instalaciones del beneficiario de los mismos, puesto que si bien algunas veces ello puede ser indicio de subordinación laboral, tales estipulaciones no son exóticas ni extrañas a negocios jurídicos diferentes a los del trabajo, y en especial a ciertos contratos civiles de prestaciones de servicios o de obra en los que en razonable una previsión de esa naturaleza para el buen suceso de los convenidos, sin que por ello se despoje necesariamente el contratista su independencia. (Corte Suprema de Justicia, Casación laboral, Sentencia mayo 4 de 2001. Radicación de 15678. M.P. José Roberto Herrera).

De forma tal que solo el análisis conjunto de los hechos los documentos y en general del acervo probatorio con el cual cuente el juez en cada caso, le permitirá determinar si la relación civil o comercial de servicios cuya naturaleza se discute, fue verdaderamente ejecutada en condiciones de independencia y autonomía, o si por el contrario, imperó el ejercicio y sometimiento a la subordinación jurídica por parte de los contratantes, teniendo siempre presente la presunción contenida en el artículo 24 del C.S del T., que podrá ser desvirtuada por el contratante.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, podemos establecer cuál es la importante tarea que debe realizar el Juez del trabajo, en la búsqueda de la verdad que le permita determinar si el vínculo de trabajo que han puesto bajo su conocimiento las partes, fue en realidad un contrato de prestación de servicios o un contrato de trabajo ejecutado en condiciones de subordinación jurídica.

“El número 2 del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 1° de la ley 50 de 1990, contiene una importante regla de juicio, probatoria, que protege los fundamentales derechos que emanan de la relación laboral: una vez reunidos de los tres elementos que la tipifican, dice la norma, se endiente que existe contrato de trabajo, que no deja de serlo, añade, por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se agreguen.

Esa regla de juicio le enseña al juez laboral que debe desatender el simple rótulo formal o aparente que se le asigne a los contratos y los documentos que oculten la relación de servicio personal subordinado con nombres o menciones propias de otros contratos.

Cuando las partes han estado vinculadas por medio de un contrato de trabajo y en seguida, sin solución de continuidad, aparece sorpresivamente la celebración de un contrato civil y la utilización de formas propias de este contrato, puede constituir un total desconocimiento de la regla de juicio del citado artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y, así mismo, del principio constitucional de la primacía de la realidad, admitir la novación del contrato al dar por demostrado ese hecho como base exclusiva en los medios probatorios escritos que no acrediten la forma como el trabajador prestó sus servicios.

En estos casos la aludida regla probatoria debe ser rigurosamente seguida. El juez debe observar si existe un motivo para admitir el sustancial cambio de la relación y si la independencia jurídica está probada con medios de convicción que le permita ver, con toda claridad, que la subordinación laboral en efecto cedió ante una total independencia jurídica propia de los contratos civiles, mercantiles y de otro orden (el mandato, la prestación de servicios independientes, la procuración, la agencia, etc.). El rigor en esta materia es ineludible, porque decisiones judiciales que sean tolerantes invitan a evadir del cumplimiento de la ley laboral y a permitir que el beneficiario del servicio aproveche la necesidad del trabajador dependiente para imponerle condiciones que lo perjudican inmediatamente y que afectarán el legítimo disfrute de sus derechos laborales reconocidos por la ley y su seguridad frente al riesgo de vejez, con grave daño no solo individual si no social.”

III. VEEDURÍA DISTRITAL

Por su parte la VEEDURIA DISTRITAL de Bogotá en circular No. 12 del 1 de octubre de 2012, ha señalado al respecto:

(...) En ejercicio de sus funciones y de sus objetivos misionales, la Veeduría Distrital ha adelantado actuaciones frente a la gestión contractual, de las entidades distritales, evidenciando riesgos en materia patrimonial, fiscal y disciplinaria, que podrían materializarse en contra de los intereses del Distrito, con ocasión de la celebración de contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de obligación destinadas a atender funciones de carácter permanente de las entidades y que dichos contratos configuren en la realidad, una relación propiamente dicha.

IV. CORTE CONSTITUCIONAL

Teniendo en cuenta las consecuencias que puede traer la declaración de la configuración de una relación laboral, es importante conocer los criterios que la jurisprudencia colombiana ha desarrollado para definir el concepto de funciones de carácter permanente de la administración y que fueron compilados en la sentencia **C- 614 de 2009** de la Corte Constitucional, de la siguiente manera:

(..) La breve descripción de la jurisprudencia que se realizó en precedencia permite inferir dos conclusiones relevantes para el caso de objeto de estudio:

La primera, los jueces ordinarios han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral.

(..) La segunda, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta personal.

(...) La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que, sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios a saber.

- I) Criterio funcional: (...) si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral.
- II) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, sección segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008)
- III) Criterio temporal o de habitualidad: Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, sección segunda, sentencia ya citada del 3 de Julio de 2003). Dicho, en otros términos, si se suscriben ordenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible animo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vinculo de tipo ocasional

o esporádico es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral. (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008)

- IV) Criterio de excepcionalidad: Si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y estas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren de conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual.
- V) Criterio de la continuidad: Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

(...) En síntesis una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues solo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales. (...)”

V. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

T-026 de 2001: “este principio guardo relación con el de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas externas, consagrado en el artículo 228 de la Constitución en materia de administración de justicia.

Más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de la relación que contraen, o de la forma 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”.

T-166 de 1997 “...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 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...”

VI. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

La contraloría General de la Republica en marzo 26 de 2012, en cumplimiento de su función de advertencia, expreso que:

(...) Mediante el precitado pronunciamiento de la sala plena de la Corte Constitucional se reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa (...)

Adicionalmente, dicha contratación suele efectuarse utilizando gastos del componente de inversión de las entidades en lugar de crear los empleos correspondientes y financiarlos como gastos de funcionamientos que garanticen la continuidad del servicio, el vínculo por méritos y la transparencia en cifras oficiales.

(...) Teniendo en cuenta lo anterior, la Contraloría General de la Republica se permite advertir a las autoridades del sector público que están en la etapa de estructuración del presupuesto para la vigencia de 2013 (...) para que conforme a lo previsto en la Constitución y en las leyes indicadas ajusten los gastos de funcionamiento a la medida real y adecuada de sus necesidades y cumplimiento misional y hagan los trámites pendientes a la creación de las plantas de personal para las funciones de carácter permanente.

VII. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN

La procuraduría General de la Nación en investigación Disciplinaria de radicado 165-36314-2000, a funcionarios de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL con asunto a tratar Celebrar contratos violando disposiciones legales. Nómina paralela expreso: (...) de acuerdo con otras pruebas aportadas al proceso, entre ellas las relativas a las sentencias del máximo tribunal Constitucional, distinguidas con las nomenclaturas T-068, 167/98 Y 439/98, dejan al descubierto la anárquica situación que vivía en ese entonces la Caja Nacional de Previsión Social, que impedía atender, como le correspondía, sus funciones, particularmente lo relativo al trámite y reconocimiento de pensiones.

Por esos, en la última de las sentencias⁸, dicha Corporación afirmó:

Como se sostuvo ya en providencia que esta vez vuelve a reiterarse, para la Corte Constitucional se ha convertido en una suerte de “hábito jurisprudencial” conocer de casos como el que se estudia, dada la ya inveterada costumbre de CAJANAL “fórmulas jurídicas” para faltar a su deber constitucional y legal de dar pronta resolución a las peticiones ante ella formuladas. Basta señalar, por ejemplo, que el año anterior de un total de 33.907 tutelas presentas en todo el país, esa entidad acumuló 5473 amparos en su contra (esto es el 16,25%), lo que le representó el dudoso honor de ser el segundo organismo más demandado del país⁹, siendo condenado las más de las veces por los jueces de instancia. Lo que pareciera a las claras indicar que en nuestro régimen jurídico, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, este derecho ha venido abriéndose camino para dejar de ser ese “derecho inofensivo” de que hablara el profesor español Pérez Serrano¹⁰ para erigirse en el más invocado conforme a las estadísticas citadas (13746 o lo que es igual un 26,25% para el año anterior) y en una herramienta al alcance de todos. (Cfr. T-265 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.)

Sumando a la mora habitual en responder las peticiones, Cajanal se ha llenado de vicios en sus procedimientos (formatos pre impresos, que anuncian la respuesta la

⁸ Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Unidad de Tutela. Estadísticas de acciones de tutela para 1997 p. 5 y ss.

¹⁰ En Tratado de Derecho Político citado por ALVAREZ CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional, Volumen I, Tecnos, Madrid. 1996 P. 421

respuesta el mismo día sin considerar las particulares circunstancias de los petentes, la interpretación propia que han elaborado del artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, las amenazas a los solicitantes para que no presenten tutela, etc.) y es así como esta Corte calificó su proceder como inconstitucional¹¹ , declarando un estado de cosas contrario a las Carta Política, y haciéndolo así saber a los Ministros de Hacienda y Trabajo, al Jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión. Los mencionados, en virtud del nombrado fallo, y seis meses contados desde su notificación, quedaban obligados a corregir las fallas de organización y procedimiento que estuviesen afectando la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y liquidación de pensiones.

Este oscuro panorama, y la ineficiencia administrativa de Cajanal, efectivamente, se plasma la sentencia T-068 98¹² :

“...Estado de cosas inconstitucionales por la ineficiencia administrativa para resolver los derechos de los jubilados.

7. No obstante lo anteriormente expuesto, la estructura y el comportamiento de la Caja Nacional de Previsión viene siendo cuestionado muy seriamente por el aparato judicial, Pues es evidente y bastante frecuente la vulneración del derecho fundamental de petición, lo cual se traduce en la gran cantidad de acciones de tutela que se tramitan contra esa entidad y que, básicamente se originan en iguales supuestos facticos y jurídicos. En relación con esta preocupación, en una ocasión la Corte Constitucional dijo:

En febrero de 1996, el Ministerio de Justicia y del Derecho publicó el informe de investigación elaborado por el Centro de investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes, titulado “Incidencia Social de la acción de tutela”, en cuya página 70, se dice: “Las entidades territoriales son los demandados más frecuentes (17,88%), principalmente las alcaldías (9.82%). Les siguen en orden las entidades de previsión social (16.62%), dentro de las cuales se encuentra la entidad individual más demandada del país: La caja Nacional

¹¹ Cfr. Sentencia T-068 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Estado de cosas inconstitucionales frente a la ineficiencia administrativa. Demandado: CAJANAL

¹² Ponente Alejandro Martínez Caballero

de Previsión Social (8.06%). La gran mayoría de estas demandas buscan conminar la Cajanal a responder una petición”

Si se toma en cuenta este indicador, el desempeño de la Caja Nacional de Previsión Social en lugar de mejorar o siquiera mantenerse, empeoró durante 1996. Como puede verse en el cuadro y el grafico adjuntos, de 8.223 procesos de la tutela tramitados durante el primer trimestre, 1.233 (El 14,99%) fueron dirigidos en su contra; de los 7,892 procesos del tercer trimestre, en 1.108 (el 14,03) aparece esta entidad como demandada, y de los 8.686 de cuarto trimestre, en 2.025 (el 23,31%) se prendió obtener el amparo judicial frente a violaciones atribuida a esta entidad.¹³

De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expediente de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta corporación en estos años (Aproximadamente 94000), se observa como casi un 16% de todas las tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas que consideran tener derecho.

8. Así mismo como se constató en la inspección judicial, la acción de tutela es prácticamente un requisito para que se resuelva la solicitud dentro del término legal, la cual genera un procedimiento administrativo paralelo que produce un desgaste del aparato judicial y una tergiversación del objeto de la acción de tutela, lo cual afecta gravemente el interés general y el interés particular de quienes vienen siendo afectados de manera directa por la ineficiencia de la Caja Nacional de Previsión, pese a que se aprecia una superación en comparación con el caos anterior, de todas maneras tratándose de jubilados el esfuerzo estatal debe ser el máximo.

9. Sumado a lo anterior, la inspección judicial realizada a la Caja Nacional de Previsión también evidenció que existe una gran cantidad de trabajadores que prestan sus

¹³ Sentencia T- 246 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz

servicios laborales bajo una relación de subordinación, pero que a pesar de eso se vinculan con un contrato de prestación de servicios, lo cual de acuerdo con la sentencia C-056 de 1993¹⁴ transgrede la Constitución, En esa providencia se dispuso “la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo”, pues se quebrantan los artículos 1,2,13,25, y 53 de la Carta. La Corte añadió:

“en gracia del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecida por los sujetos de las relaciones laborales, se llegue a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios que en su sustancia material equivalga a un contrato de trabajo, en cuyo caso la contraprestación y demás derechos de la persona se regirán por las normas laborales más favorables...”

En el mismo sentido, la sentencia C-154 de 1997¹⁵ considero que:

No es cierto, entonces, como lo indican los accionante que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudirse como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar , la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera con el personal de la planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden.

10. Por todo lo anterior, esta sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucionales, lo cual no solo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, si no también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones. El estado de cosas contrario a la Constitución se explicó por la Sala Plena de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“Se pregunta la Corte si, desde ahora de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la constitución política, es posible que la corporación, en razón de sus

¹⁴ M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁵ M.P. Hernando Herrera Vergara

funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente interrogante. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante, por las siguientes razones.

- (1) La corte constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos de Estado para la realización de sus fines (C.P. art, 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.
- (2) El deber de colaboración se toma imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar el cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pasan sobre determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la corte realiza su función de guardiana de la integridad de la constitución y de la efectividad de sus mandatos.

Ahora bien, si el estado de cosas como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificaba en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte casual de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en la

relación con situación semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.¹⁶

Por lo tanto, el juez constitucional no puede ser indiferente a la situación irregular que se presenta, pues todas las entidades del Estado, lo que incluye a la Caja Nacional de Previsión, son instrumentos al servicio de la comunidad y se instituyen no como fin en sí mismas si no como medio para cumplir con los fines del Estado. Por consiguiente, si una entidad incumple parte de los objetivos para lo que se creó se le impone la necesidad de adecuar su estructura institucional a las nuevas exigencias de la Constitución.

VIII. DOCTRINANTES

a. GERMAN PLAZAS MUÑOZ EN LA NUEVA PRÁCTICA LABORAL SEÑALA:

-Este es uno de los mandatos que trae el artículo de 53 de la Constitución Política.

-Con este principio, se busca otorgar prioridad al contenido material de la relación, a sus características y a los hechos que en verdad la determinan.

-Se pretende con este principio, dejar en un segundo plano las palabras usadas por el contratante para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma.

b. JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ

De la responsabilidad del Estado por violación de convenios y tratados, dada la política gubernamental de los CAPS

No solo la autoridad administrativa es responsable. También tiene su propia responsabilidad el Estado colombiano por la violación, entre otros, de los siguiente tratados y convenios internacionales.

-Declaratoria Universal de Derechos Humanos como tal y además como parte de la constitución OIT.

¹⁶ Sobre el contenido de esa expresión puede verse la sentencia SU-559 de 1997. M. P Eduardo Cifuentes Muñoz

- Convenio de OIT N° 1 de 1919 sobre jornada de trabajo (Ratificado por L. 129/31)
- Convenio de OIT N° 52 de 1939 sobre vacaciones anuales remuneradas (aprobado por L. 54/62)
- Convenio de OIT N° 95 de 1952 sobre la protección del salario (aprobado por L. 54/62)
- Convenio OIT N° 111 de 1958 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (aprobado por L. 22/67)
- Convenio de OIT N° 87 de 1948 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización (aprobado de L. 26/76)
- Convenio OIT de 98 de 1949 sobre el derecho de sindicalización y negociación colectiva (aprobado por L. 27/76)
- Convenio de OIT N° 157 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.¹⁷

Características del contrato de Prestación de Servicios

- a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- b) La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según estipulaciones acordadas.
- c) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

¹⁷ Sobre el contenido de esa expresión puede verse la sentencia SU-559 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la carta política, según la cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.¹⁸

¹⁸ Villegas Arbeláez, Jairo, 1949 Derecho administrativo laboral/ Jairo Villegas Arbeláez Bogotá: Legis, 2010, pág. 230 a 260

En conclusión, cualquiera sea la figura jurídica que enmarque una relación empresa – trabajador, no será posible romper ese vínculo sino por justa causa, pues de no ser así, se deberá necesariamente pagar a la parte afectada una compensación o indemnización.

Por último, precisar que le corresponde a un juez laboral definir si el vínculo entre el trabajador y el empresario es mediante un contrato de servicios o un contrato de trabajo.

Es menester traer a colación que se habla de la posibilidad de que el empleador pueda cobrar una indemnización al trabajador, que, de forma unilateral, inesperada, sin previo aviso, y sin justa causa decida dar por terminado el contrato de trabajo.

Con la modificación que la ley 789 de 2002 hiciera al artículo 64 del código sustantivo del trabajo, la indemnización allí contemplada quedó sin vigencia. Recordemos que la normatividad anterior señalaba taxativamente la obligación del trabajador de pagar una indemnización equivalente a 30 días de salario en el caso de renunciar de forma intempestiva y sin justa causa, obligación que ya no existe puesto que fue eliminada por la ley 789 de 2002.

Es claro que desapareció la obligación por parte del trabajador de pagar la indemnización de 30 días, pero no por ello, necesariamente se puede interpretar que el trabajador ha quedado definitivamente exonerado de pagar una indemnización en los casos de dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral, sin justa causa y sin previo aviso.

La ley 782, a la vez que eliminó el numeral que contemplaba la indemnización de 30 días, agregó al artículo 64 del código sustantivo del trabajo el siguiente texto:

En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, **con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable**. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

Resulta claro que en la forma en que quedó redactado el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, se puede concluir que efectivamente sí se puede legalmente contemplar en un contrato de trabajo, una cláusula en la que el trabajador se obligue a indemnizar al empleador en caso de que decida dar por terminado el contrato sin un previo aviso.

Con la norma anterior, no era necesario que en el contrato de trabajo existiera tal cláusula, pues bastaba con lo establecido en la ley para obligar al trabajador a pagar la indemnización. Hoy, como la ley no contempla tal obligación, en el contrato de trabajo, producto de la consensualidad que le caracteriza, en común acuerdo de las partes, sí se podría incluir una cláusula en la que el trabajador se obligue a dar un preaviso y a pagar una indemnización por no hacerlo, puesto que como ya se ha expuesto, la forma en que quedó redactado el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, permite hacerlo.

Vemos que el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, contempla el pago de una indemnización a cargo de la parte responsable del incumplimiento, y no especifica cual, por lo que se debe interpretar que se refiere a las dos partes [empleado-empleador], es decir que si el trabajador es el responsable del incumplimiento, deberá pagar la indemnización que se haya pactado en el contrato.

La indemnización que se llegare a pactar en el contrato, no será la de 30 días, sino la que las partes hayan pactado y en las condiciones que lo hayan hecho, siempre y cuando lo pactado no vaya en contravía de los derechos mínimos del trabajador contemplados en el código sustantivo del trabajo, pues en este caso se entenderá como no escrita esa cláusula.

Un contrato de trabajo no puede contener cláusulas que desmejoren las condiciones o afecten los derechos mínimos del trabajador, pero sí permite incluir otros acuerdos que por ejemplo garanticen el cumplimiento de lo pactado, como puede ser la indemnización a cargo de quien incumpla, tal como lo contempla el mismo artículo 64 del código sustantivo del trabajo.

En este orden de ideas, si en un contrato de trabajo, las partes acuerdan la obligación del trabajador de pagar una indemnización si éste da por terminado el contrato sin previo aviso, el trabajador deberá pagar la indemnización.

Esto resulta lógico, puesto que algunos cargos no pueden abandonarse de un momento para otro debido a que causaría graves perjuicios económicos a la empresa. Existen funciones que requieren de personal altamente calificado y entrenado, lo cual no se puede hacer de la noche a la mañana, y por consiguiente, el trabajador a quien le han confiado esas delicadas tareas, deberá garantizar al menos el tiempo necesario para que la empresa entrene a quien lo va a remplazar, y así lo han entendido muchos jueces al fallar procesos laborales.

Así las cosas, mientras exista en el contrato de trabajo una cláusula que contemple el preaviso por parte del trabajador para poder terminar unilateralmente el contrato, es recomendable acatar lo pactado.

CONCLUSIÓN

En la investigación anterior la autora buscaba encontrar la posición adoptada por la Corte Constitucional al respecto de la variable desnaturalización que ha venido presentando el contrato de prestación de servicios frente a las diversas formas de contratación en el territorio nacional y a su juicio considera que las dos modalidades contractuales contrato de trabajo y contrato de prestación de servicios tienen elementos muy diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste de singularidades propias que los hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

Finalmente manifiesta la Corte que el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral del contrato de prestación de servicios ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aristizabal, J, y Sánchez, D (2014). Primacía de la realidad en las relaciones laborales. Universidad Militar Nueva Granada Facultad de Derecho Bogotá. Extraído de: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12022/1/ReyAcostaDiegoAlexander2014.pdf>
- Avendaño, Murillo. G. La constitucionalización de los principios laborales. Ediciones: Doctrina y Ley.
- Benavides, J. (2004). El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado 2.^a ed. ISBN/ISSN: 958-616-896-4506 pp.
- Díaz, Vargas. J. 2012). La primacía de la realidad frente a los contratos de prestación de servicios administrativos, avances jurisprudenciales. Jurídicas CUC,.8 (1), 9 – 34. Universidad Sergio Arboleda.
- Constitución Política. (2015). Bogotá Legis.
- Congreso Nacional de la República. (1993) “Ley 80 de 1993, por medio del cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.
- Código Sustantivo del Trabajo, Bogotá Legislativo. (2015).
- Corte Constitucional. (1997), “Sentencia C-154” M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (1998), “Sentencia C-665 sala plena.
- Colombia, corte Suprema de Justicia, (2001) Sentencia mayo 4 Radicación 15678 M.P José Roberto Herrera.
- Corte Constitucional (1994), “Sentencia T-555” M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1997), “Sentencia C-655” M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Consejo de Estado (2009), “Sentencia 19 de febrero de 2009” M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Consejo de Estado (1991) Sala de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia del 16 de mayo de 1991” M.P. Libardo Rodríguez

Corte Suprema de Justicia (1984), “Sentencia del 29 de octubre” M.P. Carlos Medellín.

Decreto 1042 de 1978. (1978).

Decreto 1950. (1973).

Decreto 1848. (1969).

Decreto 734 de 2012

Expósito Vélez. J. (2003). La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: análisis de la selección de contratistas. Páginas. 648.

Expósito Vélez. J. (2001). Forma y contenido del contrato estatal ISBN/ISSN: 978-958-772-039-6. Pp. 256.

Fandiño, Gallo. J. (2014). La Contratación Estatal. Edición: 1ª ed.

Gómez, Lee. I. (2013). El Derecho en la Contratación Pública en Colombia. Edición legis.

Guecha Medina. C. (2015). Contratos Administrativos. Control de Legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación Editorial Ibáñez. Páginas 592.

Matallana, Camacho. (1993). Manual de Contratación de la Administración Pública.
Reforma de la Ley 80 de 1993, 3.ª Ed. ISBN/ISSN: 978-958-710-846-0

Ley 80 de 1993

Ley 1150 de 2007

Ley 019 de 2012

