

PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

Charvys Yajaira Ortega Mora¹

Tutores: Bleidis Vanessa Quintana Pérez²

Elizabeth Ramírez Llerena³

Resumen

El presente ensayo trata sobre el análisis del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en la contratación en Colombia y como el contrato de prestación de servicio es utilizado para evadir el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, que por mandato constitucional son ciertos e indiscutible y no negociables. La aplicación de la mencionada institución jurídica termina en un favorecimiento a la parte mas fuerte del contrato laboral y un descalabro al laborioso, cuando debería ser todo lo contrario como lo establece el artículo 25 superior *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*.

Para el desarrollo del presente escrito tendremos como insumo la revisión de diferentes artículos indexados, jurisprudencia, la ley y doctrina sobre el tema, lo que permite realizar un examen normativo, doctrinal y jurisprudencial en torno al asunto “principio de primacía de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios en la contratación”.

El ensayo determina que la institución jurídica del contrato por prestación de servicio reglada en el ordenamiento jurídico está disfrazando verdaderas relaciones laborales y por tal motivo se ha venido desarrollando una amplia línea jurisprudencial sobre el tema, para la protección de lo establecido en la Carta Magna.

Abstract

¹ Charvys Yajaira Ortega Mora. Estudiante de Derecho. Diplomado de Perfeccionamiento. Universidad del Sinú Elías Bechara Zainum.

² Tutora Metodológica. Docente Investigadora. Universidad del Sinú, Elías Bechara Zainum. 2022.

³ Tutora Disciplinar. Docente Investigadora. Universidad del Sinú, Elías Bechara Zainum. 2022.

The present essay deals with the analysis of the principle of the primacy of reality over the forms of contracting in Colombia and how the service provision contract becomes an evasive mechanism by public and private employers for the recognition of fundamental rights of the workers and ends this legal figure in favor of the strongest part of the labor contract, when it should be the opposite as established in article 25 above "Work is a right and a social obligation and enjoys, in all its forms, , of the special protection of the State. Every person has the right to work in decent and fair conditions.

For the development of this writing we will have as input the review of different indexed articles, jurisprudence, the law and doctrine on the subject, which allows us to carry out a normative, doctrinal and jurisprudential examination around the matter "principle of primacy of reality over the forms in contracts for the provision of services in contracting".

The essay determines that the legal institution of the contract for the provision of service regulated in the legal system is disguising true labor relations and for this reason a broad line of jurisprudence has been developed on the subject.

Palabras claves: contrato realidad, principio de la primicia de la realidad sobre la forma, contrato de prestación de servicio, seguridad social, prestaciones sociales, derechos del trabajador, derechos ciertos e indiscutibles.

Key Word: reality contract, principle of the scoop of reality over form, service provision contract, social security, social benefits, worker's rights, certain and indisputable rights.

Principio de la Primacía de la Realidad sobre las Formas

En Colombia son muchos los problemas judiciales de las entidades públicas y empresa privada contratan miles de personas para la realización de diferentes actividades, unas por contrato laboral, otras por contrato de prestación de servicios; muchas de estas contrataciones con el lleno de los requisitos establecidos por la constitución y las leyes, otras infringiendo las normas, disfrazando verdaderas relaciones laborales con otras modalidades de contratación, para evadir el pago de los derechos ciertos e indiscutibles que goza el trabajador, que son de rango constitucional y desconocidos por empleadores privados y entidades públicas; lo que hace más gravosa la situación que el mismo estado ponga en esa situación a sus asociados.

El problema jurídico que nace de esta situación es determinar cuáles son los parámetros o requisitos del contrato de prestación de servicio y cuando se configura una verdadera relación laboral en Colombia, creyendo que se esta frente a otro tipo de contratación.

Para dar respuesta al problema jurídico y desarrollar mi tesis, debemos manifestar que la contratación por prestación de servicios es un tipo o modalidad de contrato que está permitido por el ordenamiento jurídico con entidades públicas y empresa privadas; la mencionada institución jurídica tiene unos requisitos que son inmodificables y tienen que estar definidos en la etapa contractual, para que no se alegue a futuro otra figura jurídica ni tampoco se violenten derechos fundamentales.

Estos requisitos deben cumplirse si o si, que de no ser así se estaría frente a otras modalidades de contratación y se violentarían derechos del trabajador; así lo establece la constitución política en su artículo 53 que a letras reza lo siguiente;

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. (CONSTITUCIÓN, 1991).

El contrato realidad es aquel que, aunque no se definió inicialmente, ni formalizó, la ley considera que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador. El principio de la primacía de la realidad sobre las formas es el elemento sustancial para llegar a concluir que un contrato de prestación de servicios es en la práctica un contrato de trabajo. (Hector, 2016).

Así mismo el código sustantivo de trabajo en su artículo 34 establece los siguiente;

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. (Código Sustantivo de Trabajo, Artículo 34).

Y el mismo estatuto en su artículo 23 reza los elementos esenciales del contrato de trabajo que son los siguientes;

1. Prestación personal del servicio.
2. Subordinación.
3. Remuneración económica. Salario como retribución.

Para entrar a tratar el problema jurídico y establecer el argumento del documento, debemos primero definir que es un contrato, nuestro código civil lo define de la siguiente manera;

ARTICULO 1495. <DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas. (Código Civil, Artículo 1495).

Definido que es un contrato podemos entrar en materia manifestando que el contrato por prestación de servicios es la manera que el estado pacta para suplir aquellos servicios no permanentes en la sociedad y que el trabajador goza de ciertas libertades para cumplir con lo convenido, de igual forma cuando contrata con los privados.

Este contrato tiene dos elementos similares del contrato de trabajo que son la prestación personal del servicio y la remuneración; se diferencia en un solo elemento, la subordinación por la coordinación. Solo en ese elemento recae el problema jurídico en la contratación tanto estatal como de empresa privada.

Definición de subordinación según la RAE;

1. f. Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien.

Definición de coordinación según la RAE;

1. tr. Unir dos o más cosas de manera que formen una unidad o un conjunto armonioso.
2. tr. Dirigir y concertar varios elementos.

Las altas corte han establecido y emitido concepto sobre el problema tratando de definir coordinación y subordinación para lograr dar luz a los miles de proceso que se inician en Colombia por la celebración de contrataos de prestación de servicios disfrazando verdaderas relaciones laborales y violentando derechos fundamentales.

De igual forma establece el consejo de estado que el cumplimiento de un horario no es subordinación, que, por la naturaleza de los servicios requeridos por la administración en caso de contratos celebrados por el estado, requieren que el servicio contratado se preste en determinadas horas para la no suspensión del servicio público, para dar un ejemplo el servicio prestado por un medico que es una labor que requiere una especialidad.

Mencionado lo anterior me permito aludir aparte en sentencia de La Corte Constitucional 2003;

El contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los funcionarios públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores. Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción. Es claro, entonces, que el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal y que no genera prestaciones sociales por tratarse de un contrato estatal y no de una relación laboral. (constitucional, 2003).

Se ha manifestado que los elementos de los contratos por prestación de servicio y contrato de trabajo tienen dos elementos similares que la diferencia radica en la coordinación y subordinación, por eso es imperioso definir que es un contrato de trabajo y cuáles son sus elementos.

La definición de contrato de trabajo se encuentra en nuestra normal sustancial del trabajo, que es importante tenerla presente para el estudio del problema jurídico;

ARTICULO 22. DEFINICION.

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. (CodigoSustantivodelTrabajo.Articulo22).

El código sustantivo del trabajo en su artículo 23 reza los elementos esenciales de todo contrato de trabajo;

Elementos esenciales

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

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

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

c. Un salario como retribución del servicio.

3. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 23).

Es importante también relacionar lo que reza el artículo 24 del código sustantivo del trabajo;

ARTICULO 24. PRESUNCION. <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. (Codigo Sustantivo del Trabajo. Artículo 24).

Este artículo deja un sin número de incógnitas, toda vez que el contrato por prestación de servicio tiene el mismo elemento que es la prestación personal del servicio, luego así entonces habría que entrar a analizar con lupa cada contrato, para poder establecer frente a que modalidad de contrato está esa persona.

Para nadie es un secreto que los contratos por prestación de servicios, son usados por empleadores con el ánimo de evadir el pago de los derechos ciertos indiscutible que por norma superior y por bloque de constitucionalidad gozan, que muy aparte del nombre que le

den, si se cumple con los elementos esenciales del artículo 23 del CST, estamos frente a un contrato de trabajo.

Y esta institución jurídica es usado o implementada por los empleadores por la similitud entre los elementos que estructuran cada modelo de contratación, ya que la única diferencia es la subordinación por la coordinación, elemento que ha sido debate en varias sentencias de las altas corte, de la que me permito citar lo siguiente;

CONTRATO LABORAL – Diferencia con el contrato de prestación de servicios /
CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS- Diferencia con el contrato
laboral

La prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el primero y el contrato y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la Corte Constitucional. La comparación le permitió establecer que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, es decir, quién celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. (CONSEJODEESTADO.SENTENCIARADICADO05001-23-31-000-2002-00293-01).

En la misma sentencia traída a colación el órgano de cierre hace referencia a la subordinación y manifiesta que el cumplimiento de un horario no puede ser tenida como tal, me permito rezar el aparte;

RELACION DE SUBORDINACION – No es indicio el cumplimiento de horario.

Sin embargo, en relación a determinar si cumplía o no horario de trabajo el actor, no existe claridad sobre esto, pues algunos testigos afirmaron que no tenía un horario establecido, y otros que “pues lo cumplía”, sin encontrar otros elementos de juicio que permitan acreditarlo, no obstante, en el evento que lo haya cumplido, resulta claro que la existencia de una jornada de trabajo no implicó relación de subordinación sino que ella hacía parte de la coordinación y dirección que el contratista de prestación de servicios debía efectuar para que fueron fructíferas sus actividades, pues, se entiende, las mismas estaban relacionadas con la actividad cumplida por otros contratistas de prestación de servicios, vinculados de esa forma a la accionada, y con los empleados públicos de la misma. Si no se precisaban horarios para el despliegue de las

actividades difícilmente podrían lograrse resultados exitosos en el cumplimiento del objeto contractual. El cumplimiento de un horario no puede, entonces, considerarse como un indicio necesario sobre la existencia de relación de subordinación, con mayor razón cuando es el propio contratista quien en forma voluntaria se impone uno con el fin de ordenar las acciones tendientes al cumplimiento de su obligación. (CONSEJODEESTADO.SENTENCIARADICADO05001-23-31-000-2002-00293-01).

Lo anterior establecido por el órgano de cierre en este aparte citado es violatorio de derechos del trabajador a mi juicio, pues imponerle un horario a una persona es subordinación.

Advierte la Sala que entre el demandante y el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E., no existió una verdadera relación laboral, pues si bien se infiere la prestación personal del servicio conforme a los diversos contratos de prestación de servicios obrantes en el plenario, en los que se consignaron los términos y condiciones para ejercer la labor encomendada como Médico General y en donde las funciones desempeñadas por el actor eran del resorte de la entidad prestadora de salud; no demostró el elemento subordinación, como requisito necesario para establecer si bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, se ocultó la verdadera relación laboral entre las partes, en cuanto simplemente se limitó a allegar copias de los contratos de prestación de servicios y la agenda concertada para el cumplimiento del objeto de los mismos, sin que obren otras pruebas tendientes a demostrar dichas afirmaciones y en este sentido, la parte demandante no cumplió con la carga que le impone demostrar los supuestos fácticos en que se apoyan sus pretensiones. (SENTENCIA2011, 2020).

En este parte de la sentencia del consejo de estado del año 2020, el órgano de cierre invierte la carga de la prueba, pues contraria el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, que reza que en toda prestación personal del servicio se presumirá un contrato laboral, situación que deja en desventaja al trabajador.

De igual forma en materia de contratación estatal el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone,

son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. (ARTÍCULO32, LEY 80 DE 1993).

La Corte Constitucional en la sentencia C -154 de 1997, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del

contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo 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 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?. (SENTENCIAC-154, 1997).

Se deben tener en cuenta aspectos con los cuales se puede probar una subordinación y por ende configurarse un contrato de trabajo: indicios como la existencia y aplicación de un horario de trabajo, la asignación de turnos o la obligatoriedad de “marcar tarjeta” al ingreso al lugar de trabajo, los llamados de atención por escrito o vía correo electrónico o el reconocimiento de viáticos, son factores para suponer la subordinación de una persona hacia un jefe o una organización. (Hector, 2016).

Tanto la jurisprudencia como el ordenamiento jurídico establecen la directriz clara de cada tipo de contrato sea por prestación de servicio o contrato laboral.

En contratación estatal El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé lo siguiente;

En ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto (?) la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad. (ARTICULO7.DECRETO1950DE, 1973).

Es decir que el estado no podrá contratar para suplir necesidades publicas continuas o permanentes por personas vinculadas por este tipo de institución jurídica, de ser así no estarías frente a un contrato por prestación de servicios, sino ante un contrato de trabajo y ese empleado debe gozar de todos los derechos otorgados por el legislador.

Aunado a lo anterior debo manifestar que las altas corte han establecido que reconocido ese contrato de trabajo disfrazado con un contrato de prestación de servicio se reconocerá sus derechos, pero no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia de 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

Para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA) que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. ¿Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente? (SENTENCIA28/07/2005).

El principio de la primacía de la realidad sobre la forma es aquella garantía que tiene toda trabajador consagrado en al artículo 53 superior, en el que se establece que todo contrato en el que se de los elementos del artículo 23 del código sustantivo de trabajo, prestación personal del servicio, remuneración económica y subordinación, existirá un contrato laboral y debe gozar de todas las garantías, así en la formalidad le hayan dado el nombre que quieran.

Pero como contra - argumento no se puede alegar que el solo cumplimiento de horario permita la alegación que estamos frente a un contrato laboral y no frente al contrato de prestación de servicio, las altas cortes han establecido que tal situación no determina el elemento subordinación, que por el contrario se presenta es una coordinación en cuanto a las condiciones que se debe prestar el servicio, que requiere que sea en ciertas horas prestarse, pero el contratista tiene plena libertad en cuanto a como se materializa su labor.

Por lo antes dicho y como se viene manifestando en todo el documento me permito mencionar un aparte de la Sentencia 04117 de 2018 Consejo de Estado;

Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

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 las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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. 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 el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones

sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (SENTENCIA04117, 2018).

De igual forma en el contrato por prestación de servicio cuando el contratante sea una empresa privada, el contratista debe coordinar los horarios para la realización y materialización de la actividad a realizar, pues tanto las empresas privadas y el estado prestan servicios y por tal motivo debe fijarse unos parámetros en cuanto a los horarios, pues en muchos casos no puede ser al libre albedrío del contratista, pues la autonomía, la libertad y la independencia que goza el es respecto de su pericia y conocimiento.

CONCLUSIONES

El trabajo es un derecho fundamental establecido en el artículo 25 superior, El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. (Constitución Política 1991, Artículo 25).

El código sustantivo del trabajo conceptualiza y enuncia los elementos esenciales del contrato de trabajo, dejando muy claro cuando se está frente a una relación laboral o frente a otra modalidad de contrato.

Se vino desarrollando en todo el documento las similitudes y diferencias que hay entre el contrato de trabajo y el contrato por prestación de servicio, y a quedado claro que la única diferencia es la subordinación elemento esencial del contrato de trabajo y la coordinación ingrediente del contrato por prestación del servicio; hay otro aspecto a tener en cuenta es lo que establece el artículo 22 del código sustantivo del trabajo que enuncia lo siguiente, 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. (Codigo Sustantivo del Trabajo. Artículo 22).

La misma normatividad reza en su artículo 24 lo siguiente, Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, es decir que en toda prestación personal del servicio existe contrato de trabajo y será el empleador quien deberá demostrar lo contrario, como lo establecido la corte suprema de justicia en sentencia SL577-2020 (68636) del 12 de febrero de 2020:

Las anteriores conclusiones se encuentran acorde con jurisprudencia de esta Corporación, que ha enseñado que para los fines protectores que rodean el derecho del trabajo, el art. 24 del CST dispone que al trabajador solo le basta demostrar la ejecución personal de un servicio, para que se configure la presunción de la existencia de un vínculo laboral; como

contrapartida, el empleador deberá desvirtuar el hecho presumido a partir de elementos de convicción que avalen que el servicio «presumido» se ejecutó bajo una relación jurídica autónoma e independiente.

Dicho lo anterior queda en cabeza de los empleadores demostrar que hay otra institución jurídica y no una relación laboral, pero en el desarrollo de muchas sentencias la carga de la prueba la tiene el trabajador, contrariando la norma sustancial y habiendo contradicciones entre altas cortes. (sentencia SL577, 2020).

Para nadie es un secreto que muchas personas se someten a esta vulneración de sus derechos ciertos e indiscutibles por la poca oferta laboral que hay y aquellos que presentan acciones jurídicas tendientes a la protección de sus derechos fundamentales, les toca demostrar el elemento subordinación, como lo dejo establecido el consejo de estado en citas anteriores en el documento lo que resulta como se viene concluyendo en una laceración al ordenamiento jurídico sustancial.

Como es de público conocimiento la institución jurídica del contrato por prestación de servicio, se ha convertido en una modalidad de contrato evasiva, desfiguradora y vulneradora de derechos del trabajador, que viene siendo aplicada por entidades publicas y empresas privadas, con el animo de no reconocer las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social que goza todo trabajador.

Como dije en líneas anteriores muchas personas se someten a estas situaciones por conservar un empleo sin gozar de las condiciones que impone la ley al empleador porque no hay otra forma de ganarse la vida.

En sentencias relacionadas a lo largo del documento se estableció que para que en los contratos por prestación de servicios celebrados con el estado deben ser de la siguiente manera;

Para desvirtuar lo establecido en el artículo 5 del código sustantivo del trabajo en cuanto a la permanencia, el consejo de estado manifiesta en sentencia que debe haber un lapso de interrupción entre un contrato OPS y otro, para romper esa permanencia.

Y en la misma sentencia impone la carga de la prueba a el trabajador, situación que contraria ley sustancial antes en mención.

Ya para culminar si en proceso judicial en contra del estado se llegare a declarar la existencia de un contrato laboral donde inicialmente se pactó contrato por prestación de servicios, se reconocerán las prestaciones y demás emolumentos, pero no tendrá la calidad de servidor público.

Cito aparte de la sentencia de unificación del año 2021, No obstante lo expuesto, la Sala debe recordar que, sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y

puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la apariencia del contrato de prestación de servicios, este solo hecho de estar vinculado no le otorga la calidad de empleado público, puesto que, como lo ha reiterado esta corporación, para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión. (SENTENCIA DE UNIFICACION, 2021).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referencias

ARTÍCULO 32. (LEY 80 DE 1993). COLOMBIA, COLOMBIA.

ARTICULO 7. DECRETO 1950 DE. (1973). COLOMBIA, COLOMBIA.

Código Civil. (Artículo 1495). Código Civil. *Código Civil*. Colombia, Colombia, Colombia.

Código Sustantivo del Trabajo. (Artículo 23). Código Sustantivo del Trabajo. *Código Sustantivo del Trabajo*. Colombia, Colombia, Colombia.

Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 22. (s.f.). COLOMBIA, COLOMBIA.

Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 24. (s.f.). COLOMBIA, COLOMBIA.

Código Sustantivo de Trabajo. (Artículo 34). Código Sustantivo de Trabajo. *Código Sustantivo de Trabajo*. COLOMBIA, COLOMBIA, COLOMBIA.

CONSEJO DE ESTADO. SENTENCIA RADICADO 05001-23-31-000-2002-00293-01. (s.f.). COLOMBIA, COLOMBIA.

CONSTITUCIÓN, P. (1991). BOGOTÁ, COLOMBIA.

constitucional, C. (2003). Corte constitucional 2003. *Corte constitucional 2003*. COLOMBIA, COLOMBIA, COLOMBIA.

Constitución Política 1991. (Artículo 25). Constitución Política 1991. *Constitución Política 1991*. Colombia, Colombia, Colombia.

Hector, C. O. (2016). Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos. *Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos*. Colombia, Colombia.

SENTENCIA DE UNIFICACION, 2. (2021). SENTENCIA DE UNIFICACION, 2021. *SENTENCIA DE UNIFICACION, 2021. CONTRATO POR PRESTACION DE SERVICIOS*. COLOMBIA, COLOMBIA.

sentencia SL577, 2. (2020). sentencia SL577 (68636) del 12 de febrero de. *sentencia SL577 (68636) del 12 de febrero de*. COLOMBIA, COLOMBIA.

SENTENCIA04117, 2. (2018). Consejo de Estado Sentencia. *Consejo de Estado*. COLOMBIA, COLOMBIA, COLOMBIA.

SENTENCIA2011. (2020). CONSEJO DE ESTADO 2020. COLOMBIA.

SENTENCIA28/07/2005, E.-0. (s.f.).

SENTENCIAC-154. (1997). CORTE CONSTITUCIONAL DE1997. COLOMBIA.