

Nºs 231-232

Año LXXX

Enero-Junio, Julio-Diciembre 2012

Fundada en 1933

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA, ELEMENTO DIFERENCIADOR ENTRE UNA MODALIDAD LABORAL Y UNA NO LABORAL

RICARDO BARONA BETANCOURT*

Profesor e Investigador Derecho Laboral

Universidad Externado de Colombia

RESUMEN

Las modalidades laborales y las no laborales tienen los siguientes elementos comunes: La actividad personal y la remuneración; pero se diferencian en que la modalidad laboral tiene subordinación jurídica y la modalidad no laboral no presenta este elemento. Entonces, es importante revisar el concepto de subordinación jurídica para que los empleadores, los trabajadores, los sindicatos, los jueces, las autoridades administrativas, los órganos de control y los estudiosos del derecho del trabajo puedan saber fácilmente cuándo se encuentran frente a una relación laboral y cuándo frente a un contrato de prestación de servicios.

Palabras claves: Subordinación Jurídica. Contrato de Trabajo. Contrato de Prestación de Servicios. Primacía de la realidad.

* Miembro del Comité Editorial de la Revista Médico - Legal de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE). Miembro del Comité de Redacción de la Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho de Empleo de ADAPT University Press y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá (España). Candidato a Magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia.

ABSTRACT

The conditions at work and non-work have the following common elements: personnel and compensation activity, but differ in the type of work is legal subordination and non-work mode does not have this element. So it is important to review the concept of legal subordination for employers, workers, unions, judges, administrative authorities, supervisory bodies and labor law scholars can easily know when they are facing an employment relationship and when compared to a services contract.

Key words: Legal subordination. Labor contract. Servicing Agreement. Primacy of reality.

1. MODALIDADES LABORALES Y MODALIDADES NO LABORALES

En el Derecho del Trabajo se presenta una modalidad laboral cuando concurren objetivamente los siguientes elementos:

a) La actividad personal, es decir, realizada por sí mismo.

b) La continuada subordinación, es decir, la facultad que tiene el empleador para exigirle el cumplimiento de órdenes al trabajador, 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 del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

c) Un salario, sueldo o asignación como retribución del servicio¹.

Actualmente en Colombia los modos laborales hacen referencia a los Trabajadores Particulares, a los Trabajadores Oficiales y a los Empleados Públicos.

Por el contrario, estamos frente a una modalidad no laboral cuando se presenta la actividad personal, la remuneración o ingreso, pero, no se encuentra el elemento subordinación jurídica. En nuestro país la principal modalidad no laboral son los contratos de prestación de servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, explicaremos los principales elementos de la subordinación jurídica a la luz de las normas internacionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las diferentes modalidades

¹ Lafont, Francisco. *Tratado de Derecho Laboral Individual*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, pp. 333 a 341.

laborales; con la finalidad de poder distinguir claramente una relación laboral de un contrato de prestación de servicios.

2. ELEMENTOS DE LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA DEFINIDOS POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo ha establecido las siguientes características en materia de subordinación jurídica:

1) Los estados deben proporcionar, a los empleadores y trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes.

2) Los estados deben luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho.

3) La existencia de una relación de trabajo debe determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador.

4) Una relación de trabajo se configura con los siguientes indicios:

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

b) El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación,

vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador².

3. ELEMENTOS DE LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA DEFINIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido las siguientes características en materia de subordinación jurídica:

1) La subordinación se ha entendido como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, todo dirigido a lograr que la empresa marche según los fines y objetivos que se ha trazado. En conclusión, la subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor de la relación laboral ha sido entendida como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos³.

2) La subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud, toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador precisó que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a Colombia⁴.

² Recomendación N° 198 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada por la Conferencia General de la OIT el 15 de junio de 2006.

³ Sentencia C-386 de 2000 de la Corte Constitucional, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Sentencia C-1110 de 2001 de la Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

3) En tanto el empleador no ejerza sino un poder de hecho sobre el trabajador no se configurará una relación jurídica de subordinación sino una suerte de servidumbre o sometimiento que a la postre no le permitiría exigir el efectivo cumplimiento de sus obligaciones. Por ello, la ley autoriza al empleador para que ejerza un poder jurídico de subordinación respecto del trabajador, el cual se erige en elemento esencial, tipificador y diferencial de la relación laboral⁵.

4) Existe una relación laboral cuando se presentan los siguientes presupuestos: a) Se prestan servicios personales. b) Se pacta una subordinación que impone el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador. c) Se acuerda una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existe una relación contractual de prestación de servicios cuando se dan los siguientes postulados: a) Se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. b) No se pacta subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada. c) Se acuerde un valor por honorarios prestados. d) La labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

5) La ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores propias de la entidad deben ejecutarse, por regla general, mediante una relación laboral, para poder ejercer la subordinación jurídica. Es decir, 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 sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad pueden celebrarse contratos de prestación de servicios.

6) Cuando las funciones contratadas conllevan el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, estamos frente a una relación laboral y no contractual⁶.

4. LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA EN LOS TRABAJADORES PARTICULARES

El Código Sustantivo del Trabajo define la subordinación jurídica como la facultad que tiene el empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento

⁵ Sentencia C-299 de 1998 de la Corte Constitucional, M.P. Carlos Gaviria Diza.

⁶ Sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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. Pero esta facultad no puede afectar el honor, la dignidad y los derechos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos⁷.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral ha establecido las siguientes reglas en materia de subordinación jurídica:

1) Una de los aspectos indicativos de subordinación o dependencia laboral es la obligación de cumplir órdenes; por ejemplo, el cumplimiento de horario, el asistir a reuniones y la disponibilidad para con el empleador⁸.

2) El simple rótulo formal o aparente que se le asigne a los contratos y a los documentos que aparecen en la relación laboral, no desdibujan la subordinación jurídica⁹.

3) Cuando una persona cumple un horario de trabajo y obedece órdenes impartidas por un coordinador existe subordinación jurídica, pero ésta no puede ser desvirtuada con el argumento que la persona realizó los aportes a la seguridad social por su cuenta¹⁰.

4) La subordinación jurídica se presenta cuando el trabajador ejecuta labores esenciales o propias de la actividad principal del empleador. Sin embargo, la denominación o nombre otorgado a los pagos recibidos por el trabajador no impide la configuración de la subordinación jurídica en los casos de ejecución de actividades propias del empleador¹¹.

5. LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA EN LOS TRABAJADORES OFICIALES

El decreto 2127 de 1945 define la subordinación jurídica como la dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad

⁷ Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (Subrogado artículo 1 de la ley 50 de 1990).

⁸ Sentencia 22259 del 2 de agosto de 2004 de la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral, M.P. Luis Javier Osorio López.

⁹ Sentencia 23987 del 16 de marzo de 2005 de la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

¹⁰ Sentencia 23466 del 4 de Noviembre de 2004 de la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral, M.P. Luis Javier Osorio López.

¹¹ Sentencia 27761 del 26 de septiembre de 2006 de la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral, M.P. Camilo Tarquino Gallego.

de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional. Sin embargo, la subordinación jurídica no puede ser desvirtuada utilizando las siguientes estrategias:

- a) El nombre que se le da al contrato.
- b) Las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural.
- c) Las modalidades de la labor.
- d) El tiempo que se invierta en la ejecución del trabajo.
- e) El sitio donde se realice la labor, así sea el domicilio del trabajador.
- f) La naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza.
- g) El sistema de pago¹².

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral ha establecido las siguientes reglas en materia de subordinación jurídica:

1) No puede razonablemente caber duda de que la obligación que tiene quien presta un servicio personal de cumplir con un horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio y, por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de subordinación laboral, en cuanto implica control especial del patrono¹³.

2) La existencia de un superior inmediato es un elemento de la subordinación jurídica. Es decir, la situación de jerarquía es una característica de los contratos de trabajo, más aún cuando se han recibido llamados de atención en relación con la forma de la prestación de los servicios y el cumplimiento de las actividades contratadas¹⁴.

¹² Artículos 2 y 3 del Decreto 2127 de 1945.

¹³ Sentencia 26707 del 2 de marzo de 2006 de la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral, M.P. Luis Javier Osorio López.

¹⁴ Sentencia 26483 del 7 de febrero de 2006 de la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

6. LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA EN LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La subordinación jurídica en los empleados públicos consiste en la facultad que tiene el empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes¹⁵.

Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido las siguientes reglas en materia de subordinación jurídica:

1) Uno de los elementos que fundamentan la configuración de la subordinación jurídica son los siguientes: El cumplimiento de horario, la recepción de ordenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, la permanencia y la continuidad del servicio¹⁶.

2) La subordinación jurídica de los empleados públicos está nutrida por las funciones propias de los cargos consignadas en la ley o en los reglamentos¹⁷.

7. PROTECCIÓN EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DONDE EXISTE SUBORDINACIÓN JURÍDICA

Cuando una persona es vinculada por medio de un contrato de prestación de servicios, pero existe subordinación jurídica; en este caso puede buscar la protección de sus derechos laborales y de seguridad social, así:

1) Solicitar la aplicación del principio de primacía de la realidad o que la existencia de una relación de trabajo no depende de los pactos realizados por las partes, ni de la apariencia contractual, ni de las relaciones jurídicas subjetivas, sino, por el contrario, de la situación real en que se halla el trabajador respecto del patrono, de la realidad de los hechos a que aquél se encuentra vinculado y de las situaciones objetivas que surgen indistintamente de la nomenclatura utilizada para definir la relación.

2) Los trabajadores particulares pueden solicitar la aplicación de las siguientes reglas:

a) Una vez reunidos los elementos de prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, se entiende que existe contrato de trabajo y

¹⁵ Villegas Arbeláez, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral*. Tomo I. Editorial Legis. Bogotá, 2000. p. 168.

¹⁶ Sentencia del 4 de marzo de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Expediente N° 1413-2008, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁷ Sentencia del 22 de octubre de 2009 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Expediente N° 0134-2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

b) Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Es decir, que una vez probados los elementos de prestación personal del servicio y remuneración, se presume la existencia de un contrato de trabajo. Adicionalmente, esta presunción debe ser desvirtuada por el empleador.

3) Los trabajadores del sector público pueden solicitar la aplicación de las siguientes reglas:

a) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones¹⁸. Sin duda, esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En conclusión, la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios, cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, es una medida adecuada y necesaria, por cuanto de esta manera se impide que los nominadores desconozcan el concurso de méritos como regla general de ingreso a la función pública, evadan la responsabilidad prestacional y desconozcan las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, tales como el derecho a la igualdad de oportunidades, a la remuneración mínima vital y móvil, a la estabilidad laboral, a la irrenunciabilidad de derechos ciertos y a la aplicación del principio de favorabilidad, entre otros¹⁹.

b) Las empresas sociales del Estado pueden desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, empresas sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad²⁰. Sin embargo, esta contratación sólo es posible en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo a las empresas sociales del Estado para operar mediante terceros, sólo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o

¹⁸ Artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968.

¹⁹ Sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰ Artículo 59 de la Ley 1438 de 2011.

propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados²¹.

²¹ Sentencia C-171 de 2012 de la Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.