

# **Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo**

**Héctor Cuesta Osorio\***

Abogado Universidad Católica de Colombia  
Estudiante de la Especialización de Estudios Políticos Universidad Sergio Arboleda

**Ernesto Zota Correa\*\***

Comunicador Social-Periodista Universidad Los Libertadores  
Estudiante de la Especialización de Estudios Políticos Universidad Sergio Arboleda

**Resumen:** En Colombia las entidades públicas vinculan a través de contratos de prestación de servicios o de apoyo a la gestión a talento humano con el fin de ejecutar actividades necesarias para el funcionamiento del aparato estatal. En los últimos años la vinculación de personal mediante esta modalidad contractual ha ido en ascenso, hasta superar en algunos casos de manera exorbitante el personal de planta, constituyendo este fenómeno una posible forma de evasión estatal al deber de garantizar las condiciones de seguridad social y estabilidad laboral reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional como elementos esenciales del derecho fundamental al trabajo digno. El presente artículo plantea los escenarios en que se mueve la contratación del recurso humano, principalmente en entidades gubernamentales y cómo esta forma de vinculación puede afectar la calidad de vida de los trabajadores.

**Descriptores / Palabras claves:** Contrato Realidad, Contrato de Prestación de Servicios, Contrato de Trabajo, Derecho al Trabajo, Trabajo Digno, Principio de Primacía de la Realidad.

**Objetivo general:** Analizar si los Contratos de Prestación de Servicios celebrados por entidades públicas se constituyen en Contratos Realidad, y éstos a su vez significan una violación a los derechos laborales protegidos por la normatividad nacional e internacional en materia de Derechos Humanos.

### **Objetivos específicos:**

- Estudiar el contrato realidad, sus causas y sus efectos jurídicos, a través del análisis de la normatividad vigente, doctrina y jurisprudencia en la materia.
- Comparar la legislación internacional en materia de contrato de trabajo y la protección de éste como parte de los Derechos Humanos.
- Establecer el impacto social que se genera por la vinculación de trabajadores bajo esta modalidad.

### **Introducción**

Al ser Colombia un país en vía de desarrollo y en constante interacción en materia comercial con otros países, a través de los tratados de libre comercio y otra clase de acuerdos transnacionales, requiere de mínimas condiciones que edifiquen un mercado laboral que proporcione, aparte de una mano de obra calificada, garantías que permitan desarrollar una labor en forma digna, desde el punto de vista de los derechos laborales.

Bajo este contexto, el Estado colombiano debe dar aplicación a normas de carácter internacional que regulan la situación laboral de cualquier ser humano, lo que debería constituir un irrestricto respeto a las condiciones y normas que rigen el derecho al trabajo consagrado en los tratados internacionales y que son vinculantes a nuestra carta política, en virtud del bloque de constitucionalidad.

En el mercado laboral del sector público existen diversas formas de vinculación, que determinan la conformación de su fuerza trabajadora, marcada por un sinnúmero de prácticas que diversifican el acceso al trabajo como fuente de sostenimiento de la población, pero que a su vez, generan una segregación desde el punto de vista social y económico, al desarrollarse condiciones y beneficios disímiles que terminan siendo una amenaza para la estabilidad y sostenibilidad del trabajador

promedio colombiano, no solamente desde el punto de vista socio-económico, sino desde la posibilidad de tener las garantías para el efectivo acceso y goce de una pensión.

Según informe de la Auditoría General de la República en el año 2010, el personal vinculado a algunas entidades públicas en Colombia a través de contratos de prestación de servicios superaba en gran medida al personal de planta, siendo los casos más representativos de esta situación el Senado de la República, el Fondo Nacional del Ahorro y la Defensoría del Pueblo, cuyo porcentaje de vinculación de talento humano por prestación de servicios excedió entre los años 2007 a 2009 en promedio al personal de planta 75%, 72% y 74%, respectivamente (Auditoría General de la República, 2010).

### **Problema de investigación**

El objeto de esta investigación es analizar una realidad social que afecta a las personas vinculadas a la oferta del mercado laboral del sector público colombiano denominada Contrato Realidad, que no gozan de los mismos beneficios que tienen las personas vinculadas mediante un contrato de trabajo. Actualmente se evidencia como fenómeno social la inclusión de personas a empresas del sector público, mediante el Contrato de Prestación de Servicios; sin embargo en el desarrollo de su ejecución se constituyen elementos que vislumbran una relación laboral como la contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, desconociendo los derechos mínimos que un Contrato de Trabajo por su naturaleza otorga al trabajador.

La Constitución Política de Colombia en su preámbulo asegura el trabajo como base de un orden político, económico y social. Así mismo, en su artículo primero preceptúa: “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el

respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Por otra parte, el hecho de proporcionar a una persona un trabajo digno y con el mínimo de garantías que surjan de una relación laboral, va en comunión con lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que consagra el derecho al trabajo como uno de los ideales comunes por el que deben esforzarse todas las naciones.

Este fenómeno, objeto de nuestro estudio, podría constituir una violación del derecho consagrado en la Constitución Política de Colombia y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Teniendo en cuenta lo anterior, en este estudio es menester determinar si efectivamente esta práctica puede constituirse en una flagrante violación de la legislación nacional en la materia, así como de los tratados internacionales ratificados por Colombia, para lo cual se entrará a analizar este tema de la siguiente manera:

### **Metodología**

El trabajo planteado es una investigación básica jurídica que tiene por objeto el estudio del Contrato Realidad desde la óptica legal colombiana, contrastada frente a la legislación foránea y tratados internacionales en materia de derecho al trabajo ratificados por Colombia.

Esta investigación estará orientada a desentrañar los elementos que determinan la práctica del contrato realidad, analizados a la luz de su relación con lo consagrado dentro de los derechos humanos y cómo esta situación puede afectar el ordenamiento jurídico y la estabilidad laboral en nuestro país.

El tema se abordará aplicando un esquema cualitativo, enfocándolo a partir de la descripción y el análisis normativo nacional e internacional, con base en técnica de análisis documental, para lo

cual se seguirá el siguiente orden: i) concepto y elementos del Contrato de Trabajo, ii) concepto y elementos del Contrato de Prestación de Servicios, iii) diferencias entre el Contrato de Trabajo y el Contrato de prestación de servicios, iv) aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad al caso objeto de estudio, v) configuración del Contrato Realidad, vi) integración del bloque de constitucionalidad e identificación de convenios internacionales, vii) la visión desde la Organización Internacional del Trabajo, viii) el impacto social generado por este tipo de contratación y ix) conclusiones.

### **Contrato de trabajo**

Según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo “es un convenio o acuerdo de voluntades, creador de obligaciones, celebrado entre una persona natural o jurídica (el empleador), para que el trabajador preste determinados servicios personales, bajo continuada subordinación del empleador, a cambio de una remuneración” Moreno & Gómez (citado por Fierro, 2011, p.13). Con esta primera premisa se puede identificar claramente que la constitución de un contrato de trabajo se distingue de las demás modalidades de vinculación por la realización por parte del trabajador de una actividad determinada, una evidente subordinación del empleado hacia el empleador y un pago por sus servicios.

Una vez reunidos estos elementos, se entiende la constitución de un contrato de trabajo y no deja de serlo, así las partes acuerden llamarlo de otra manera o se le agreguen unas condiciones especiales. En este sentido, la ley ampara al trabajador, aún más cuando en el artículo 24 el Código Sustantivo del Trabajo señala: “PRESUNCIÓN. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, el Ministerio del Trabajo de Colombia (2013) señala que un contrato de trabajo puede ser acordado de forma verbal o escrita, sin embargo se prefiere el escrito para que sirva de

prueba en un momento determinado. En todos los casos, el ordenamiento laboral colombiano debe proteger al trabajador, con los mismos derechos y obligaciones.

### **Elementos del contrato de trabajo**

Es oportuno entrar a analizar los elementos que constituyen un contrato de trabajo, para que de esta manera se pueda hacer una correcta diferenciación con los contratos de prestación de servicios.

- **La actividad personal:** Cuando existe un contrato de trabajo, el trabajador se compromete a realizar una actividad para su empleador. Ésta puede ser manual o intelectual y debe ser prestada por el mismo trabajador, no por un tercero. En los casos en los que el empleado permita la ayuda de un tercero para desempeñar sus funciones, su remuneración queda a su cargo, no como responsabilidad del empleador.
- **La subordinación:** Se entiende como la obligación del empleado a seguir las órdenes del empleador. En este caso, la legislación también protege al trabajador, entendiendo que la subordinación no puede ser justificación para irrespetar los derechos mínimos del trabajador. También es importante señalar que tales instrucciones no pueden ir en contra de la ley ni el reglamento interno de la organización.

Otro elemento a tener en cuenta en la Subordinación en el relacionado con el lugar de trabajo. Siempre que se produzca un cambio en el lugar geográfico pactado inicialmente, el empleador deberá garantizar que las condiciones del trabajador no desmejoren para él ni su familia. Un claro ejemplo de esta situación son los viáticos que se reconocen a los trabajadores cuando se trasladan a otras regiones por cuestiones laborales.

- **La remuneración:** Es entendida como una obligación del empleador y un derecho del trabajador por la actividad desarrollada. Es importante aclarar que esta remuneración puede ser en efectivo o en especie, de tal forma que el salario en especie no puede superar el 50% de la remuneración, salvo en los casos que el salario sea el mínimo y en consecuencia no puede ser el pago en especie superior al 30%.

De igual manera hay otros elementos a tener en cuenta en la remuneración de trabajadores: en Colombia y los países vinculados a la Organización Internacional del Trabajo -OIT- existe un salario mínimo, por lo cual ningún trabajador debe ganar menos de esa cantidad, con excepción de las personas que trabajan medio tiempo o menos. Ante esto la Corte Suprema de Justicia (2004) ha señalado: "...aunque el artículo 132 del código exige el respeto del Salario mínimo en toda hipótesis laboral, éste resulta inaplicable, dentro de su regulación actual, a aquellos casos en que no se remunera la duración del esfuerzo del trabajador sino el resultado de ese esfuerzo, sea corto o largo el tiempo empleado en conseguirlo, sin imponerle una jornada de trabajo para cumplir su cometido".

### **Contrato de prestación de servicios**

La definición legal del Contrato de Prestación de Servicios desde 1976 es la siguiente: "desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante" (Decreto ley 150 de 1976). Sin embargo la Ley 80 de 1993 agregó la expresión: "desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad" (Atehortúa, Hernández & Ospina, 2010, p.79).

Teniendo en cuenta las clases de contratos de prestación de servicios: (Simplemente de servicios, servicios profesionales, servicios artísticos, de apoyo a la gestión, servicios especializados, suministro de servicios y sector Defensa), que existen en Colombia y las diversas interpretaciones que se han dado al respecto, es necesario acudir a la jurisprudencia emitida por las Cortes para obtener mayor claridad sobre su naturaleza. La Corte Constitucional (2003) se refirió así:

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.

Asimismo, El Consejo de Estado (2003) se pronunció frente a la posibilidad de contratar personas para apoyar las actividades logísticas y calificadas de una entidad, cuando la misma no tiene el suficiente recurso humano para llevarlas a cabo:

En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa;



además que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

De estos pronunciamientos de las Cortes, se puede inferir claramente varios aspectos a tener en cuenta: en primer lugar, los contratos de prestación de servicios se deben celebrar entre entidades estatales y personas naturales, siempre y cuando la entidad no cuente con personal para desarrollar tales actividades. Otro factor a señalar es la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico. No es legal que a un contratista se le someta a situaciones como cumplir un horario o recibir llamados de atención por parte de un funcionario de mayor rango.

A estas características se suma el carácter excepcional y la temporalidad de los contratos de prestación de servicios. El artículo 32. 3 de la ley 80 de 1993, señala que estos contratos sólo se deben celebrar “por el tiempo estrictamente necesario”, por lo tanto, cuando se produce una renovación continua de contratos para desarrollar la misma actividad, en una labor constante para la entidad podría configurarse una falta a la ley por parte de la entidad contratante.

Para evitar tales situaciones, el artículo 17 de la ley 790 de 2002 ordena a las entidades a disponer de los cargos necesarios para poder desarrollar las actividades propias de su funcionamiento y no tener la necesidad de acudir a contratistas, salvo en los casos mencionados con anterioridad para actividades transitorias o excepcionales. En consecuencia, las entidades están obligadas a crear los cargos correspondientes para estas actividades permanentes, y en ningún caso contratar estos servicios profesionales mediante contratos de prestación de servicios.

## **Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios**

Para comprender de mejor manera el tema aquí tratado, es importante identificar las principales diferencias entre estas dos formas de vinculación:

- Teniendo en cuenta el carácter de actividad independiente, el contrato de prestación de servicios puede suscribirse con una persona natural o jurídica, mientras que el contrato de trabajo, por las características mencionadas, únicamente puede ser desarrollado por una persona natural que goza de los beneficios laborales.
- La independencia y autonomía del contratista. Esto quiere decir que puede contar con la disposición de su tiempo para desarrollar las actividades encomendadas, siempre y cuando cumpla con la ejecución del contrato. El trabajador sí debe cumplir horarios y se encuentra subordinado para el resto de sus funciones.
- El trabajador, salvo casos especiales debe tener dedicación exclusiva a su labor, mientras el contratista tiene la libertad de ejecutar al mismo tiempo otros contratos de prestación de servicios. Esto permite que una buena parte de los contratistas presten sus servicios en varias entidades simultáneamente.
- El contratista recibe el pago de honorarios como contraprestación a la labor desempeñada, mientras el trabajador recibe un salario, además del pago de prestaciones sociales y el amparo del régimen laboral. En este aspecto se evidencia una clara desventaja para las personas que suscriben contratos de prestación de servicios.

- Los conflictos relacionados con contratos de prestación de servicios tienen a la Jurisdicción Contencioso Administrativa como su juez, mientras que para solucionar las controversias derivadas de contratos de trabajo están los jueces laborales.
- En conflictos derivados de relaciones laborales, principalmente en los contratos de prestación de servicios entra a operar el llamado principio de primacía de la realidad, el cual establece que en la práctica, la labor desarrollada por un contratista en una organización tiene mayor alcance frente a lo pactado en documentos o acuerdos iniciales. En el acápite siguiente se ampliará este concepto.
- Mientras que el contratista se debe afiliar y cotizar como independiente al Sistema General de Seguridad Social -SGSS-, al trabajador la liquidación por estos conceptos se le realiza desde la organización con la cual suscribió un contrato de trabajo.

### **Principio de la primacía de la realidad**

Este principio es fundamental para demostrar subordinación en una relación contractual que se convierte en laboral, teniendo en cuenta la realidad de la ejecución de la actividad a cargo del individuo. Ante esto, la Corte Constitucional (1998) señaló:

La Carta Política establece en cabeza de todos los trabajadores, sin discriminación alguna, una especial protección del Estado, y les garantiza el ejercicio pleno y efectivo de un trabajo en condiciones dignas y justas, así como un trato igual. Por lo tanto, cuando a un reducido sector de trabajadores que prestan sus servicios personales remunerados en forma habitual, en desarrollo de un contrato civil o comercial, y pretenden alegar la subordinación jurídica, al trasladársele la carga de la prueba de la subordinación, se produce ciertamente, dentro del criterio de la

prevalencia de la realidad sobre la forma, una discriminación en relación con el resto de los trabajadores, colocando a aquellos, en una situación más desfavorable frente al empleador, no obstante que la Constitución exige para todos un trato igual. Se declarará la inexecutable del inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que dicha norma es 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 empleador, y que en forma evidente han reunido los presupuestos propios de la relación de trabajo, lo que deberá ser examinado y decidido por el juez laboral en el correspondiente juicio.

Adicionalmente a lo expresado por la Corte Constitucional, 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.

Igualmente, la Constitución Política de 1991 en su artículo 53 se refiere a este asunto en los siguientes términos:

“El Congreso expedirá el Estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del 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 del Derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**”.

Por lo anterior, en toda relación contractual donde se presume un vínculo laboral, prima la realidad, por encima de contratos firmados donde se nombre de manera distinta la vinculación o los acuerdos previos. Un contrato de prestación de servicios deja de tener tal naturaleza, cuando se comprueba que el contratista se convierte en un trabajador por cuenta de las actividades desarrolladas y, sobre todo, cuando se demuestren procesos de subordinación.

### **Configuración del contrato realidad**

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. En tal sentido, logrando demostrar la actividad personal, la remuneración y la continuada subordinación del contratista frente a la entidad contratante, o dicho de otra manera, del trabajador frente al empleador, es posible que un trabajador obtenga los beneficios de las leyes laborales que al respecto se aplican en Colombia (Ochoa, D., Silvia, A., & Sarmiento, J., 2015).

El catedrático Jaime Alfonso Cubides (2010), al indicar: “tienen en la jurisprudencia la luz al final del camino que les servirá de tabla de salvación para que las interpretaciones hechas por los jueces puedan responder en el futuro fallos verdaderamente relevantes, en términos de justicia y equidad para el empleado y el empleador” (p.438). Considera que ha sido determinante el papel de la jurisprudencia para determinar la realidad en las relaciones individuales de trabajo.

Existe considerable jurisprudencia sobre los contratos de prestación de servicios que se convierten en contratos de trabajo. Desde 1993 se tiene registro de pronunciamientos de las Altas

Cortes al respecto. El siguiente es un extracto de la primera decisión que tomó la Corte Constitucional (1994) en relación al llamado contrato realidad:

“Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo substancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: **los accidentes deben definirse cada vez más por lo sustancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la carta política**”.

En consecuencia, la configuración del contrato realidad se da cuando el principio de primacía de la realidad demuestra que un trabajador que es vinculado mediante un contrato de prestación de servicios, realmente es un empleado, teniendo en cuenta sus obligaciones con la organización y la rutina laboral que desempeña en el cumplimiento de las funciones por las cuales fue contratado.

### **Bloque de constitucionalidad**

Nuestro ordenamiento jurídico a través de los artículos 92 y 93 de la Constitución Política, establecen el denominado Bloque de Constitucionalidad, el cual hace referencia a normas y principios de carácter legal que no integran de manera formal nuestro articulado.

Este ha sido definido por nuestra Corte Constitucional (1995) así: “El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el

articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”.

Ahora bien, el articulado de nuestra Carta Magna establece parámetros de adopción de legislación internacional, tal y como bien lo resumió la Corte Constitucional (2003) en Sentencia C 067:

a) El artículo 9º, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;

b) El artículo 93, según el cual “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”.

c) El artículo 94, que establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

e) El artículo 53 que preceptúa: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, y

f) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.

Es oportuno mencionar que se ha definido el concepto de bloque de constitucionalidad en dos sentidos mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional: el primero en *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P. arts. 93 y 103), este concepto se evidencia en la Sentencia C 198 de 1998 y se reitera en Sentencia C 582 de 1999.

El otro denominado *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, se refiere a disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional, este sentido se evidencia en la Sentencia C 774 de 2001.

En consideración a este desarrollo legal en relación a nuestra legislación interna, hay que establecer que la Organización Internacional del Trabajo -OIT- fue constituida el 11 de abril de 1919 en virtud del Tratado de Versalles. Igualmente es importante mencionar que Colombia es miembro de la OIT desde el año 1919, por lo cual el país ha ratificado 48 convenios (45 actualmente en vigor), entre los cuales se encuentran los 8 convenios fundamentales. El Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182) es el más reciente y fue ratificado el 28 de enero del 2005.



En el reconocimiento de los tratados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuentran establecidos en el citado *stricto sensu* los convenios 87 y 88 relacionados con el tema de libertad sindical. Los otros convenios ratificados por Colombia ante la OIT en virtud de la interpretación dada, tendrían asidero en el denominado *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, lo que implicaría que normativamente tienen un carácter coercitivo superior al de la legislación ordinaria y estatutaria y son la base de la interpretación de las normas sometidas a control de la Honorable Corte Constitucional para analizar su constitucionalidad respecto de la carta magna y del bloque en comento.

Partiendo de lo anterior, es claro que los convenios internacionales en materia laboral quedan vinculados a la interpretación de los derechos laborales, tal como lo aclara el profesor Luis Andrés Fajardo (2007) a raíz de la sentencia C-401/05 de la Honorable Corte Constitucional así:

En el ámbito laboral, la Corte ha manifestado que algunos convenios internacionales del trabajo forman parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido lato (C.P., art. 93, inciso 2), lo cual significa que se constituyen en un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y para darle plena efectividad al principio fundamental de la protección al trabajador (C.P., art. 1) y al derecho al trabajo (C.P. arts. 25 y 53); además, corresponde a la Corte señalar los convenios internacionales del trabajo que forman parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto (C.P., art. 93, inciso 1), cuando determinen que el derecho humano que reconozcan no pueda ser limitado durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición. (p.22)

Así mismo, la Corte Constitucional (1999) mediante sentencia T-568 reconoce la obligatoriedad de los derechos laborales teniendo en cuenta que: “En lo que hace a los derechos laborales, el cumplir de buena fe las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados, consiste en ampliar en lo posible el espectro de protección de los derechos de los trabajadores en el orden

interno, de acuerdo con los avances de la legislación y jurisprudencia internacionales. Se supone entonces, que los Estados deben abstenerse de legislar internamente en contra de los tratados ratificados sobre la materia (...)"

Dentro de la mencionada jurisprudencia también sostiene: "Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos - entre ellas, la OIT-; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas Organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos, como se explicó anteriormente. En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio".

Con base en lo expuesto, es claro que el artículo 53 de la Constitución Política por el cual se establecen los principios básicos que deben regir la legislación en materia laboral que expide el Congreso e incorpora los convenios ratificados por nuestro país en la materia, que para el caso que nos ocupa, es el sustento constitucional de vigencia de los convenios de la OIT en Colombia, lo cual está sustentado en el citado artículo de acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional (2001) en Sentencia T 1303:

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna", lo que hace es reafirmar aún más el deber de interpretar los derechos humanos (dentro de ellos los derechos sociales) de conformidad con los tratados internacionales. No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1° C.P.), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad en virtud del

inciso 2° del artículo 93 de la C.P. y tal característica se refuerza con lo determinado en el inciso 4° del artículo 53 ibídem.

Asimismo, El artículo segundo de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo (2013) establece lo siguiente: “Órganos”

La Organización permanente comprende:

- (a) la Conferencia General de los representantes de los Miembros;
- (b) el Consejo de Administración, compuesto como lo indica el artículo 7; y
- (c) la Oficina Internacional del Trabajo, que estará bajo la dirección del Consejo de Administración”.

Dentro del seno de la Conferencia General de la OIT, el cual es el órgano superior en la estructura del organismo multilateral, los Estados miembros se reúnen anualmente para realizar la sanción de convenios y recomendaciones, así como también para examinar las memorias correspondientes del avance de cada país en materia laboral, en virtud de los compromisos establecidos en la conferencia.

En la octogésima sexta conferencia llevada a cabo en junio de 1998 se instituyó la Declaración de la OIT (2013) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, cuyo numeral segundo establece: “Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

### **Visión desde la Organización Internacional del Trabajo**

A raíz de la declaración efectuada se instituyó que en la Conferencia se debe realizar anualmente el examen al denominado Informe Global, actividad que se encuentra a cargo de la Oficina Internacional del Trabajo y del Director General de la organización.

En virtud del ejercicio de las conferencias, en la celebrada en junio de 1999, el Director General Juan Somavia, presentó en junio de 1999 en Ginebra, el informe descrito, señalando que dentro del contexto social, económico y político en el que se desenvuelve la sociedad actual se requerían de establecer herramientas que propendieran por políticas de Estado que garantizaran en forma eficiente el concepto que él denominó trabajo decente, del cual en su intervención adujo lo siguiente: “Actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana” (Procuraduría General de la Nación, 2012, p.22). Y agregó que para cumplir con ese propósito era necesario trabajar sobre cuatro objetivos estratégicos:

1. Las oportunidades de empleo e ingresos
2. La promoción de los derechos fundamentales en el trabajo

3. La protección social

4. El diálogo social”.

El propósito fundamental de esta concepción de trabajo decente buscaba generar igualdad de género desde el punto de vista de acceso al mercado laboral y a condiciones equitativas dentro del mismo, si bien visto desde el punto de vista del bloque de constitucionalidad, al ser un concepto que no está desarrollado de forma expresa en algún convenio posterior, estaría integrado por vía de interpretación en nuestra legislación para efectuar un control constitucional efectivo sobre la normatividad laboral colombiana.

Esta interpretación debe tener en cuenta q las condiciones en las que se desarrollan el trabajo en el mercado laboral colombiano a partir de la concepción de trabajo decente y en particular en su numeral 1, en el que se denomina lo referente a la remuneración como: “el principal incentivo de los trabajadores para desempeñar sus tareas es el de obtener una remuneración que les permita mantener condiciones adecuadas de vida a ellos y a sus familias. Como se señaló antes, la remuneración que se tiene en cuenta para el concepto de trabajo decente no es únicamente la que se hace en dinero, sino también en especie” (Procuraduría General de la Nación, 2012, p.25).

Ahora bien, en consideración a lo expuesto en este nuevo concepto, si nos enfocamos en su segundo objetivo estratégico encontraríamos la protección de la que deben gozar los trabajadores en materia de sus derechos fundamentales, por lo tanto de acuerdo al objeto de nuestro estudio, los derechos fundamentales para los trabajadores en términos de Dharam Ghai, tienen como finalidad: “(...) asegurar que el trabajo se asocie con la dignidad, equidad, libertad, remuneración adecuada, seguridad social y voz, representación y participación para todas las clases de trabajadores. Los derechos del trabajo forman parte de una agenda más amplia de derechos

humanos, que a su vez se derivan de una larga tradición de profundas raíces filosóficas, teológicas y jurídicas” (Procuraduría General de la Nación, 2012, p.26).

Este concepto universal adoptado por la OIT en cabeza de su Director General, guarda consonancia con lo reglado en el artículo 25 de nuestra constitución que establece: “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”; razón por la cual es un pilar fundante de nuestro Estado el proveer un trabajo en condiciones dignas y que se funden en la dignidad humana como valor primario dentro de ese ejercicio de protección y de igualdad que debe proveer el Estado colombiano a sus asociados.

En virtud de esta obligación el artículo 53 de la Constitución Política desarrolla como principios que integran el trabajo digno los siguientes:

- 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.

Este significado se enlaza con la concepción reglada en nuestro Código Sustantivo del Trabajo en el que se establece cuales son las condiciones en las que se configura un contrato de trabajo, y que de acuerdo al análisis efectuado la existencia de la subordinación como el elemento del que se desprenden la existencia de todas las garantías que en la ejecución del denominado contrato realidad transgreden los derechos mínimos que constituyen el derecho al trabajo desde lo estipulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos Humanos, las cuales tienen carácter vinculante en nuestra legislación a través del ya descrito bloque de constitucionalidad, tal y como se pronunció en su momento la Corte Constitucional (2004) en Sentencia C-038 al establecer los deberes del Estado en virtud del bloque de constitucionalidad:

“(…) Pero igualmente existe la obligación del Estado de garantizar no sólo esos mínimos constitucionales sino también de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. Así lo establecen expresamente los artículos 2 y 25 de la Carta, que señalan que el Estado debe proteger especialmente el trabajo y que es deber de las autoridades garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Igualmente, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador. En efecto, estos tratados reconocen el derecho al trabajo (arts 6 y 7) y establecen el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales (art 1 Protocolo y art 2 PIDESC”).

### **Impacto social generado por este tipo de contratación**

Es importante mencionar que cuando una empresa pública o privada contrata a una persona para desarrollar una actividad, ésta debe asumir costos diferentes al salario, como las cargas

prestacionales, los parafiscales y los aportes a la seguridad social. Por eso se estima que a una organización en Colombia le cuesta 1.52 veces más tener un empleado, adicional al salario que devenga. Las cargas prestacionales están constituidas por las primas de servicios, las cesantías (con sus intereses) y las vacaciones.

También es oportuno señalar que los pagos parafiscales le representan a la compañía el 10% del salario del empleado cada mes, además de rubros por dotaciones, gastos funerarios, liquidaciones de contratos, incapacidades y licencias de maternidad, además de indemnizaciones por despidos sin justa causa.

El panorama para los contratistas es bien distinto. La organización únicamente debe pagar el valor del contrato acordado por el servicio, nada más, ni primas, cesantías, vacaciones, etc. Adicionalmente hay que resaltar que al contratista se le efectúa retención en la fuente según sus honorarios mensuales y la responsabilidad por la cotización al Sistema de Seguridad Social corre por responsabilidad propia.

Estas condiciones suponen una considerable desventaja de los contratistas con respecto a las personas que gozan de un contrato de trabajo con las características mencionadas a lo largo de este artículo, y en consecuencia van en contravía de los conceptos de trabajo digno que ha promulgado la OIT y que Colombia por vía de bloque de constitucionalidad ha adoptado.

En tal sentido, se puede afirmar que los contratos de prestación de servicios atentan contra el derecho al trabajo digno, en condiciones que garanticen una adecuada calidad de vida al trabajador y a su familia. Aun cuando el contratista recibe sus honorarios por la labor



desempeñada, se perciben condiciones menos favorables que un individuo que cuenta con los beneficios que las leyes laborales otorgan.

Cabe anotar que en el país no existe un consolidado estadístico en el cual se pueda establecer información exacta respecto de la cantidad de trabajadores vinculados mediante esta modalidad, de acuerdo a la revista *kien y ke* (2013) en virtud de la información arrojada por la Gran Encuesta Nacional de Hogares del año 2012, se obtiene que alrededor de 8'900.000 colombianos se encuentran dentro de esta forma de informalidad, así mismo el Ministro de Trabajo en el año 2012 sostuvo que “por cada 100 empleados de planta en las entidades territoriales, hay 107 con un contrato por prestación de servicios. Es decir: 100.240 empleados por planta reportados y 170.441 personas vinculadas por contratos de prestación de servicios”.

De allí es claro afirmar que el trabajador está facultado para acudir a instancias judiciales para obtener el reconocimiento de su relación laboral de acuerdo a la manera en la que desempeña su trabajo, lo cual le permite obtener todo lo adeudado por la ejecución de la labor por la que fue contratado; pero en la práctica también representa una vulneración a una remuneración justa, debido a que judicialmente se aplica la regla de la prescripción de las acreencias en materia laboral de acuerdo a lo expuesto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo que reza: “Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”.

Con la aplicación de la norma expuesta y en virtud del reconocimiento de la relación laboral por parte de los jueces laborales no se están concediendo los intereses moratorios por el no pago de

los derechos que se pueden exigir solamente cuando el juez determina la existencia del contrato de trabajo en estricto sentido y en su defecto otorgar la aplicación de la prescripción para un reconocimiento previo de la relación laboral, lo que constituye una vulneración flagrante al no poder obtenerse los réditos de la remuneración que fue negada en su momento al trabajador vinculado mediante prestación de servicios.

## **Conclusiones**

1. Las entidades estatales colombianas están dando una errada utilización a la contratación por la modalidad de prestación de servicios, si se tiene en cuenta que esta clase de vinculación debe ser temporal y para ejercer una labor en la que no esté capacitado el recurso humano de la organización. La realidad indica que las actividades que desarrollan los contratistas en muchas ocasiones se convierten en permanentes, lo que supone que las entidades deberían efectuar los respectivos concursos para ocupar estos cargos definitivamente.
2. El Estado colombiano corre grandes riesgos jurídicos al continuar con la práctica desbordada de contratación por prestación de servicios o las llamadas “nóminas paralelas”. La propia Contralora General Sandra Morelli ha reconocido que este tema “no puede ser de reacción inmediata, ni goza de solución urgente, porque en el Estado colombiano hay millones y millones de personas contratadas por modalidad de contratos de servicios”, lo que puede comprometer la sostenibilidad fiscal del Estado, si éste es sometido a masivas demandas millonarias por estos conceptos.
3. Es paradójico que sea el mismo Estado Colombiano quien atente contra la estabilidad laboral de sus ciudadanos, en el entendido que constitucionalmente es quien debe

garantizar condiciones de dignidad para el ejercicio de una actividad fundamental en el crecimiento del país como es la del trabajo. En teoría el escenario jurídico parece proteger a los ciudadanos en procura de su seguridad laboral, pero en la práctica Colombia se encuentra lejos de refrendar lo escrito en el papel, con lo que sucede en sus instituciones.

4. Resulta incomprensible que los esfuerzos en materia fiscal con el manejo de exenciones en parafiscales en nuestro país hayan sido reconocidos por la OIT en su Informe sobre el Trabajo en el Mundo 2013: "Reparando el tejido económico y social", destacando las políticas fiscales en materia de generación de empleo pero sin realizar un análisis profundo sobre las consecuencias en materia de equidad y respeto de la protección de los derechos mínimos de los trabajadores, lo cual no solo representa una contradicción respecto de los postulados del organismo multilateral tanto en lo expuesto en el desarrollo de la concepción de trabajo decente, sino que desconoce uno de los principales objetivos de la OIT trazado en el Tratado de Versalles el cual es el mejoramiento continuo de las condiciones de trabajo.
  
5. Es claro que en materia internacional y en la legislación interna esta modalidad de contratación no está sustentada y desarrollada en cifras, conceptos e instrumentos que vinculen a los Estados al respeto irrestricto de la configuración y aplicación del trabajo decente como base de la legislación laboral, en este caso colombiana; lo que conlleva a que los vacíos existentes conllevan a la interpretación como criterio auxiliar para el reconocimiento de un derecho humano. Por lo expuesto y a través de lo desarrollado en este ejercicio, el contrato realidad constituye una vulneración fehaciente de los derechos humanos, pero requiere que se presente una evolución jurídica en materia jurisdiccional

nacional y extranjera que permita un reconocimiento efectivo y una protección garantista del derecho al trabajo en nuestro país.

## **Referencias**

Atehortúa, C. A., Hernández, A & Ospina, J. (2010). *Temas en Contratos Estatales*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike,

Auditoría General de la República. (2010). *Estadísticas de funcionarios de planta frente a personal vinculado por prestación de servicios, en las entidades vigiladas por la Contraloría General de la República*.

Consejo de Estado. (1996) Exp. 12541.

Corte Suprema de Justicia (2004) *Sala Laboral N° 21061 Acta N° 78*.

Corte Constitucional. (2003) Sentencia C-094-03.

Corte Constitucional. (1998) Sentencia C- 665/98.

Corte Constitucional. (1994) Sentencia C- 323/94.

Corte Constitucional. (1995) Sentencia C-225/95

Corte Constitucional. (2003) Sentencia C 067/2003

Corte Constitucional. (1999). Sentencia T-568/99

Cubides, J.A. (2010) *El contrato realidad a la luz de la jurisprudencia relevante en Colombia y Venezuela*. Revista Derecho del Trabajo (9).

- Fajardo, L.A. (2007). *Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia*. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 7(13), 15-34.
- Fierro, J. (2011) *¿El contrato de prestación de servicios genera relación laboral?* Universidad de la Sabana, Colombia.
- Revista Kien y Ke. (2013). *El drama de los trabajadores por prestación de servicios*. Bogotá: recuperado de [http://noticias.co.msn.com/colombia/articulo\\_kienyke.aspx?cp-documentid=260148202&page=0](http://noticias.co.msn.com/colombia/articulo_kienyke.aspx?cp-documentid=260148202&page=0)
- Ministerio del Trabajo (2013). Bogotá. Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/preguntas-frecuentes/contrato-de-trabajo.html>
- Ochoa, D., Silvia, A., & Sarmiento, J. (2015). Actividades y uso del tiempo de las y los jóvenes que ni estudian ni trabajan en Colombia. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 15(29), 149-162.
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). Lima, Perú: recuperado de <http://www.ilo.org/lima/paises/colombia/lang--es/index.htm>
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). Lima, Perú: recuperado de [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO)
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). Lima, Perú: recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). Lima, Perú: recuperado de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_214476.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_214476.pdf)
- Procuraduría General de la Nación. (2012). *Trabajo digno y decente en Colombia: Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Bogotá: recuperado de [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia\\_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%281%29.pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%281%29.pdf)

Revista Portafolio. (2012). *Nóminas paralelas siguen en varias instituciones del Estado*. Bogotá: recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/nominas-paralelas-siguen-varias-instituciones-del-estado>

Senado de Colombia. (2013). Código Sustantivo del Trabajo, artículo 488. Bogotá: recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_sustantivo\\_trabajo\\_pr017.html#488](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo_pr017.html#488)