

Manifestaciones actuales del derecho al trabajo en Colombia *

Current manifestations of the right to work in Colombia

Edna Suley Ortiz Rojas

Candidata a magíster en derecho público, Universidad Surcolombiana, Colombia
m.granat@uksw.edu.pl

Gabriel Orlando Realpe Benavidez

Especialista en derecho laboral y seguridad social, Universidad del Rosario, Colombia
Docente Universidad Surcolombiana
grealpe@gmail.com

Recibido: 21/10/2019 Aprobado: 19/12/2019

DOI: 10.25054/16576799.2809

RESUMEN

El trabajo es concebido en nuestra Constitución Política que define a Colombia en un Estado Social de Derecho como un principio fundamental, entendido no solo como el uso de la fuerza humana en la transformación de la naturaleza en el proceso de producción para su subsistencia sino como una protección constitucional para laborar en unas condiciones dignas y justas. Este artículo se ocupa de realizar la definición del concepto de trabajo, como ha logrado establecerse en derecho fundante y la protección obtenida a nivel legal, normativo y jurisprudencial; abarca las nuevas formas de vinculación que se presentan en el sector productivo de acuerdo a la modalidad de trabajo, su clasificación y la tendencia a la tercerización laboral junto con sus implicaciones; por ultimo hace referencia a los mecanismos de protección que se pueden utilizar en lo que respecta a los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores y la importancia del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad en las relaciones laborales.

PALABRAS CLAVE

Derecho al Trabajo; Servidor Público; Sector Productivo; Trabajo Formal; Trabajo Informal; Tercerización Laboral

ABSTRACT

The work is conceived in our Political Constitution that defines Colombia in a Social State of Right as a fundamental principle, understood not only as the use of human force in the transformation of the nature in the process of production for its subsistence but a Constitutional protection to work in dignified and fair conditions. This article deals with the definition of the concept of work, and how it has been established in fundamental law and the protection obtained at legal, normative and jurisprudential level; it covers the new forms of bonding that are presented in the productive sector according to the modality of work, its classification and the tendency towards labor outsourcing along with its implications; finally, it refers to the protection mechanisms that can be used with regard to labor and social security rights of workers and the importance of the principle of primacy of reality over formality in labor relations.

*Artículo de reflexión

KEYWORDS

Right to Work; Public Server; Productive Sector; Formal Work; Informal work; Labor Outsourcing.

INTRODUCCIÓN

El Trabajo como derecho no siempre fue reconocido; es a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 25 que se reconoce como un derecho fundamental y lo expresa como una obligación social, por lo cual este goza en todas sus modalidades de una protección especial por el Estado; Estableciéndolo como un valor fundante del Estado Social de Derecho, que permite establecer las condiciones necesarias para llevar una vida digna y justas en el ejercicio de la profesión u oficio que le permita atender su subsistencia y contribuir con el desarrollo de la comunidad de la cual hace parte. Es de anotar que el derecho fundamental del trabajo y sus manifestaciones deben estar orientadas bajo unos principios fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

El derecho del trabajo en nuestro sistema jurídico colombiano adopta diversas manifestaciones entre las cuales encontramos el trabajo formal y el trabajo informal, sentándose una clara diferencia entre los dos, donde el primero es toda actividad personal que se encuentra regulada por normas especiales y el segundo sin regulación alguna; así mismo en el trabajo formal se presentan diferentes modalidades que son utilizadas en la relación laboral que se tiene entre el trabajador y el empleador; y es a partir de allí donde se enmarca la problemática, porque dependiendo de la calidad de labor que desempeñe o el contrato que acuerde así esta modalidad va a estar regida por una norma o ley, ya que no es la misma situación legal que tiene un servidor público, un trabajador oficial, un trabajador del sector privado, un contratista prestador de servicios a una ejecución de tercerización laboral; más aún cuando se utiliza una modalidad para disfrazar otra con el propósito de encontrar algunos beneficios por parte del empleador, generando que siempre sea el trabajador como la parte débil el que termine más afectado porque se le terminan violando sus derechos.

En atención a lo anterior descrito, el presente artículo se basó en la conceptualización del trabajo que se maneja, se resaltó la evolución del contrato

de trabajo y su reconocimiento como derecho fundamental; teniendo en cuenta los aspectos teóricos, jurisprudenciales y jurídicos; así mismo se instauró las modalidades de contratos establecidas en Colombia y la normatividad que rige a cada una de acuerdo a la forma de vinculación utilizada en el sector productivo, abarcando la importancia de la seguridad social y la primacía de la realidad sobre la formalidad como principios fundantes para salvaguardar al trabajo como derecho fundamental; lo cual conlleva a un análisis de cómo es concebido el concepto de trabajo, considerando que debe ser amplio ya que no sólo debe ser limitado por relaciones laborales subordinadas.

1. DERECHO AL TRABAJO

Según Marx, el trabajo es un proceso entre la naturaleza y el hombre, proceso en qué este realiza, regula y controla, mediante su propia acción su intercambio de materias con aquella. En este proceso, el hombre se enfrenta como un poder natural, con la materia de la naturaleza. (Ramírez, 2011, p. 72).

También, el trabajo es definido por la Real Academia de la Lengua Española como todo “Esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición al capital.”, es decir, es la realización de una actividad independiente de su origen, sea físico o intelectual que atendiendo a las habilidades, capacidades y/o destrezas de un individuo, que en su ejecución está llamada a otorgar un beneficio o una compensación que repercutirá positivamente en su bienestar, en cuanto le proporciona para sufragar los gastos propios de las necesidades básicas, así como contribuye a su desarrollo intelectual.

Aunado a lo anterior, la relación hombre naturaleza cambia significativamente, esta deja de ser directa y pasa a ser indirecta, ya que es afectada por un intermediario denominado propietario de los medios de producción, el cual coloca en subordinación al trabajador, quien en su lucha por la subsistencia y con el fin de suplir sus necesidades, se somete como medio para acrecentar la producción, aumentar el lucro, el poder y el dominio de este tercero; por el cual se crea una relación laboral.

Por su parte, la Constitución Política de 1991 desde su preámbulo declara entre sus objetivos, asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz; es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho, por ende, se debe entender el trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Constitución. Así mismo el artículo 25 de la Constitución Política, consagra: “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”; de tal modo que reconoce la libertad del individuo para escoger y ejercer un trabajo y a partir de ello garantiza su protección de tal modo que todos tengan derecho a este de un modo digno y justo.

Igualmente el artículo 39 de la Constitución Política determina que “Los trabajadores y los empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado” por tal motivo autoriza se organicen para defender sus derechos; el numeral 7 del artículo 40, establece que “todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”, por lo cual crea concursos para que los ciudadanos participen y puedan acceder a dichos cargos; los artículos 48 y 49 constituyen los derechos a la seguridad social en pensión y en salud, entre otros; de igual modo el artículo 53 regula los principios mínimos, fundamentales de la relación laboral; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; los artículos 122 y 123 señalan los derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; y por último y no menos importante el artículo 334 establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la Economía es el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular los de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios”

Lo que pone de presente un replanteamiento concreto y unificado del derecho como forma de organización que se ajusta a las exigencias y las transformaciones sociales, el cual va encaminado de la materialización del fenómeno de la constitucionalización; este mismo en materia

laboral, dotó al sistema de innumerables garantías y elevó a rango constitucional todas aquellas disposiciones relacionadas con el trabajo y que se encontraban desprotegidas, de tal modo que el ciudadano ve garantizado su dignidad y sus derechos fundamentales.

Más aun, con las nuevas relaciones de trabajo establecidas, en desarrollo de los mencionados artículos y para complementar la protección de estos derechos, se expidió el Código Sustantivo de Trabajo, que se encargó en su título preliminar denominado “Principios Generales” de definirlo como “...toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.” Por consiguiente, atendiendo a la desigualdad de los sujetos inmersos en el vínculo laboral, se hace necesario que el mismo sea investido de autonomía, lo que implica una separación de la regulación privada a la que se encontraba sometido.

No obstante a lo anterior la jurisprudencia de las altas cortes, en especial la de la Honorable Corte Constitucional como mayor órgano de cierre, se ha manifestado reiteradas veces con respecto al concepto del trabajo no sólo lo que involucra la actividad productiva y el derecho a acceder a esta, sino por el contrario, ha ido más allá y ha tomado un concepto más amplio el cual incluye la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. (CConst, C-593/2014, M. P. J. Pretelt).

De igual modo, la jurisprudencia de la Corporación a hondeado más al respecto, estableciendo que:

El trabajo, como factor fundamental de los procesos económicos y sociales, resulta de primordial importancia en razón de que posibilita los medios de subsistencia y la calidad de ésta para el mayor número de la población y de él depende de manera general el crecimiento y desarrollo económico. También de él se desprende variadas y complejas relaciones sociales concurrentes y

divergentes en punto a los intereses que en ellas se tratan; esta naturaleza básica del trabajo, reconocida por el Constituyente de 1991 desde el preámbulo de la Carta, también manifiesta en su contenido finalístico el propósito de asegurarlo de manera prioritaria, ante otros objetivos del Estado. (CConst, T-610/1992, M.P. F. Morón).

De cara a las normas internacionales que pactan los Estados Parte sobre derechos humanos, en relación con el trabajo el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica: Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna a igual salario por trabajo igual, a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada en caso necesario, por cualquier otro medio de protección. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. De tal manera y considerando que el trabajo tiene como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todo ser humano y que por ende debe ser protegido por un régimen de derecho para que este no sea vulnerado por la tiranía, este se incluyó en la declaración universal de los derechos humanos como ideal común para que todas las regiones se esfuercen, lo promulguen y lo apliquen.

De este modo el ordenamiento jurídico se ha visto enriquecido por la doctrina, la jurisprudencia de las altas cortes, el bloque de constitucionalidad, habida cuenta de la promulgación que hiciera la constituyente de la Carta Política de 1991, donde se plasmó una serie de principios, y se dispuso un marco para que el legislador expidiera la norma de orden público llamada a regir estas relaciones; así mismo se puede concluir sin temor de incurrir en un yerro que los diversos pronunciamientos realizados por la Corte en lo atinente al particular, tienen como punto central la concepción del trabajo como un derecho predicable de forma indistinta a la modalidad elegida libremente por parte de los sujetos, en tanto se constituye como una actividad de carácter laboral, que rinde un beneficio en ejecución de relaciones de carácter económico.

2. FORMAS DE VINCULACIÓN AL SECTOR PRODUCTIVO

Los términos trabajo y empleo se utilizan muchas veces queriendo indicar lo mismo, pero la realidad es que pese a que se encuentran relacionados no guardan el mismo concepto, ya que “el empleo hace referencia al trabajo que se realiza a través de una contratación dependiente y subordinada” (Orjuela et al., 2011). Mientras el trabajo como ya se había expuesto es toda actividad realizada por los seres humanos con el objetivo de lograr la consecución de un recurso económico en aras de solventar el mínimo vital propio y familiar.

Así mismo se puede enmarcar algunos tipos de modalidades de trabajo, entendiéndose esta como aquella clasificación de las disímiles formas en las que puede presentarse el contrato de trabajo, que adquiere gran relevancia ya que resulta “fundamental para individualizar la repartición de los riesgos contractuales entre las partes y, en general, la disciplina a éste aplicable” (Ley Biagi, 2003). Adicional a ello, “desde el punto de vista legal, los efectos jurídicos sobre el trabajo son distintos de acuerdo con la modalidad o clasificación del trabajo que se esté desarrollando”. (Manrique, 2013).

Por lo anterior vamos a iniciar hablando del **Trabajo Informal**, el cual no está sujeto a un contrato ni a una regulación sino todo lo contrario, este se encuentra al margen del control tributario del Estado y de las disposiciones legales en materia Laboral. Orjuela et al. (2011) expresa que, a diferencia del Trabajo Formal, este no se ve sujeto a garantías, pues estos son actividades laborales desempeñadas por trabajadores independientes, vendedores ambulantes, microempresas, empleadas domésticas entre otros. Por ello tradicionalmente las actividades informales se han caracterizado por presentar condiciones laborales desfavorables ya que no cuenta con una debida protección legal para la obtención de una estabilidad económica social.

En cuanto al **Trabajo Formal** se puede enunciar que este goza de un sistema de protección legal debido a que se encuentra regulado, además reúne

tanto el sector público como el sector privado, así como las diferentes clases o formas de vinculación laboral que ha contemplado principalmente el régimen jurídico, como son; la vinculación legal y reglamentaria, que se encarga de regular el empleo público y que de conformidad con el artículo 22 de la Constitución Política enuncia: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”; de otro lado está la vinculación laboral contractual que corresponde a los trabajadores oficiales, los cuales están vinculados por una relación contractual laboral regida por los decretos 3135 de 1968, 1336 de 1986 y el 1083 de 2015; finalmente los contratos de prestación de servicios, que se encuentra regulados por la ley 80 de 1993, en cuyo artículo 32 señala que este tipo de contratos sólo se puede celebrar entre personas naturales y la administración cuando las actividades no puedan ser realizadas por el personal de la planta o se requiera de conocimiento especializado.

Acaecido lo anterior, el **Trabajo Formal** se puede clasificar en:

Servidores Público: Concepto introducido por la Constitución Política de 1991, el cual incorporó en el concepto a todas las personas que están al servicio del Estado y de la comunidad; así mismo el inciso 2 de su artículo 123 arrojó en este concepto a todas aquellas personas naturales que ejercen funciones públicas en la forma previstas por la constitución, la ley y el reglamento; además de lo anterior empleo los artículos (6, 122, 123, 124, 126, 127 y 129) para sugerir que son las que están vinculadas al Estado para el cumplimiento de tareas estatales y los particulares investidos por la autoridad del Estado para desempeñar funciones públicas de manera transitoria las cuales están.

Según el artículo 123 de la Constitución Política determina que son servidores públicos los **Miembros de las Corporaciones Públicas**, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicio. Atendiendo este criterio normativo de clasificación del servidor público se tiene como primera medida los **Miembros de las**

Corporaciones Públicas, los cuales son elegidos popularmente mediante el sufragio de un voto; de este grupo hacen parte los Congresistas conformado por los Senadores y los Representantes a la Cámara donde el primero es elegido para una circunscripción Nacional mientras el segundo se elige para una circunscripción regional, los Diputados pertenecientes a las asambleas departamental, los Concejos Distritales o Municipales y los JAL (Junta de Administración Local) ediles.

Como segundo grupo se tiene **Los Empleados Públicos**, que son los que prestan sus servicios en las entidades públicas y quienes desempeñan labores de dirección confianza y manejo en las empresas industriales y comerciales del Estado conforme a sus estatutos. (Martínez y Ramírez, 2008). Este grupo se encuentra determinado por los artículos 5° del decreto 3135 de 1968, artículo 2° del decreto 1848 de 1969 y 2.2.5.1.3. del decreto 1083 de 2015; así mismo la Ley 909 de 2004 en su artículo 5 expone que por regla general los empleos públicos son de **Carrera Administrativa**; no obstante, los clasifica como los de Carrera Administrativa, los de libre nombramiento y remoción, los provisionales y los de elección popular.

Alusivo a los **Empleos de Carrera** como ya se había mencionado anteriormente su vinculación es legal y reglamentaria, al cual se ingresa tras superar un concurso de mérito, donde una vez la persona supera la etapa del proceso de selección es nombrada en periodo de prueba por seis meses, donde al final es evaluado e inscrito en el régimen de carrera por medio del acto de nombramiento y posesión del empleado, en consecuencia, a contrario sensu estos no disponen de la facultar de discutir las condiciones en el momento del acto o la posesión, sino que solo están posibilitados para presentar peticiones respetuosas, situación que fue modificada con la adopción mediante el decreto 1072 de 2015, de una serie de mecanismos de negociación colectiva, que los habilita para la presentación de pliegos de solicitudes que de forma posterior serán discutidos con la correspondiente entidad estatal, caso en el cual de llegarse a un acuerdo, se proferirá el correspondiente acto administrativo. En lo concerniente a las

controversias que surjan entre estos sujetos y aquellas relativas a la seguridad social tratándose de administradoras públicas, serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 104 del CPACA. (Rodríguez, 2015).

El artículo 4 del Decreto 770 de 2005 y el artículo 4 del Decreto 785 de 2005 clasifica los Empleos de Carrera de acuerdo a unos niveles jerárquicos; entre los que se tienen, el nivel Directivo que corresponde a funciones de dirección general, el nivel Asesor que se basa en asesorar a los empleados de la alta dirección, Nivel Profesional que demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, el Nivel Técnico que comprende los empleos cuyas funciones requiere conocimiento técnico y por último el Nivel Asistencial que entrevé los empleos cuya función implica ejercicios de actividades de apoyo.

Como segundo empleo público se tiene los **Provisionales**, el cual es definido por el departamento administrativo de la función pública como un mecanismo de carácter excepcional y transitorio, para proveer en forma temporal un empleo de carrera administrativa con personal que no ha sido seleccionado mediante el sistema de mérito con el fin de evitar interrupción en la prestación del servicio. Estos empleos tienen un régimen de transición en la ley 443 de 1998 y la ley 27 de 1992, además de estar regulado por la ley 909 de 2004, el decreto 4968 de 2007 modifica el párrafo transitorio de del artículo 8° del decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1° de los decretos 3820 de 2007 y 1937 de 2007, donde se indica los eventos en los que la CNSC podrá autorizar empleos provisionales sin previa convocatoria a concurso cuando por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad, y a la vez señala el término de duración de los mismos.

La sentencia 1248 de 2005 determina que la desvinculación de los empleos que ocupan un cargo provisional debe ser precedida por un acto motivado, donde la administración debe motivar el acto con el fin de garantizar el debido proceso y se pueda hacer efectiva la desvinculación del empleado sin ningún inconveniente.

Ahora bien, de acuerdo con Hernández (2004), los empleos de **Libre Nombramiento y Remoción** son aquellos cuya provisión corresponde de manera discrecional a la autoridad nominadora, es decir, son estar sujeta a trámite de procedimiento alguno; es suficiente la manifestación expresa de la voluntad del nominador a través del acto de nombramiento, y que el designado acepte y cumpla los requisitos señalados para ejercer el correspondiente empleo. Estos empleos están regulados principalmente por la ley 909 de 2004 y sus decreto reglamentario 1227 de 2005, 3905 de 2009, 4500 de 2005 y 4567 de 2011; donde se enmarca su ingreso, su provisión por los empleados de carrera el cual tiene un término de tres (3) meses para vacancia definitiva y de tres (3) en comisión, su evaluación y su retro; a nivel jerárquico está prevista en el Decreto 770 de 2005 para los organismos y entidades de orden Nacional y en el decreto 785 de 2005 para el nivel territorial, sin establecer diferencia alguna.

La constitución política de 1991, enumera casos específicos de empleos de esta naturaleza. Por ejemplo, el de ministro y director de departamento administrativo (art 189 No.1); de agente diplomático y consular (art. 189 No.2); o el de gerente o director de establecimiento público y de empresas industriales o comerciales del Departamento (art. 305 No. 5), los cuales tienen un periodo fijo institucional; de igual modo el artículo primero de la ley 61 de 1987 establece cuales son las entidades empleadoras de empleos de libre nombramiento y remoción.

De igual modo, en el marco de empleos públicos se tiene los empleos de **Elección Popular**, donde el artículo 260 de la Constitución Política como ley señala específicamente que autoridades o funcionarios públicos son elegidos en forma directa por los ciudadanos a lo que se le llama elección popular. Pero recordemos que así mismo el artículo 125 de la Constitución Política indica que los empleos de elección popular solo abarca algunos servidores de elección popular; por lo cual Martínez y Ramírez (2008) en la interpretación que le hacen a este artículo señala taxativamente que son empleos públicos de elección popular los del Presidente de la República, Vicepresidente, Gobernador y Alcalde ya que son empleos que

tienen funciones precisas en la Constitución y la ley, situación que no sucede con los miembros de las Corporaciones las cuales son determinadas por estas mismas; lo cual va de conformidad a lo que establece el artículo 123 de la Constitución que indica que los miembros de las corporaciones públicas no desempeñan empleos públicos aunque por obviedad desempeñen funciones públicas.

Como tercer grupo se tiene los **Trabajadores Oficiales**, ostentan esta calidad las personas que desempeñen las funciones (criterio funcional) y/o cargos (criterio orgánico) a que hacen referencia los artículos 5° del Decreto 3135 de 1968, 3° del decreto 1848 de 1969, 76 del decreto 1042 de 1978 y 2.2.5.1.3. Del decreto 1083 de 2015, los cuales se encuentran vinculados a la administración pública por medio de contrato de trabajo, que los hace titulares de un mínimo de garantías y los faculta para discutir sus condiciones laborales en el momento de la suscripción del contrato y aún después por medio de pliegos de peticiones presentados en ejercicio de su derecho de asociación, con excepción de aquellos que laboren en empresas de servicios públicos que se erijan como esenciales. Aunado a ello, les son aplicables las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo en lo relacionado a la parte colectiva en la que pueden negociar, así como los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1083 de 2015, en materia prestacional. Por tanto, los conflictos que se llegaren a suscitar serán de competencia del juez laboral y no del contencioso administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 712 de 2001 y el numeral 4 del artículo 105 del CPACA.

En otro margen de clasificación del trabajo formal se encuentra el **Trabajo Privado**, donde la base de dicho trabajo reside en la propiedad privada sobre los medios de producción. (García, 2016). La principal característica de este tipo de trabajo es el contrato laboral, definido en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, como “aquél 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”

Además este constituye como elementos esenciales para su configuración o presunción, de

conformidad con el artículo 23 del CST se tienen: la prestación personal del servicio entendida como el desarrollo de las actividades propias del cargo de forma personal sin la posibilidad de delegar a un tercero para ello; la subordinación alusiva a la facultad que radica en cabeza del empleado para poder impartir órdenes e instrucciones al trabajador y la remuneración que se constituye como la contraprestación que recibe el trabajador por la prestación del servicio al empleador. Acorde a lo anterior se puede establecer que las partes no son iguales, debido a que el empleador tiene bajo su dirección al trabajador y siempre va a generar mayor fuerza o poder sobre el trabajador.

De igual modo, el capítulo IV artículo 37 del CST, dispone las modalidades del contrato de trabajo, entre las que se encuentran: el **Contrato verbal** (Art.38 CST): este no se encuentra consignado por escrito, pero de forma verbal las partes han acordado lo correspondiente a la labor, lugar de prestación del servicio, cuantía y forma de remuneración, así como la duración del mismo.

El **Contrato escrito** (Art.39 CST): el documento debe contener lo atinente a la identificación de las partes (empleador y trabajador), cargo, labores, lugar de prestación del servicio, remuneración y duración del contrato, al igual que las cláusulas pactadas entre las partes.

Además de lo ya expuesto el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la duración del contrato de trabajo se encuentra supeditada a la naturaleza del mismo o la autonomía de las partes, dentro de las cuales se **tiene Contrato a término fijo** (Art. 46 CST): establece una fecha exacta de finalización del mismo, lo que no impide que se dé su renovación de forma legal o automática. Éste debe constar por escrito y no puede superar los 3 años. **Contrato a término indefinido**, su duración es indefinida (Art. 47 CST): En él no se establece un término de duración, sino que se encuentra sometida su finalización a la voluntad de las partes, razón por la cual no se presenta la figura de la renovación. El **Contrato de obra o labor**, se suscribe por el término necesario para la culminación de la obra o labor encomendada, por tanto, es una forma de contrato fijo.

El **Contrato ocasional**, accidental o transitorio: es de la misma naturaleza del contrato fijo, tiene por objeto cubrir una labor de forma temporal, transitoria o accidental.

Entre el Trabajo Privado podemos destacar el **Trabajo dependiente**; también denominado subordinado, se constituye como la modalidad más utilizada cuya regulación se encuentra consignada en el CST, consistente en una relación regida por la reciprocidad de derechos y deberes que se predica entre las partes, caracterizada principalmente por la facultad que ostenta el empleador para impartir ordenes, establecer jornadas, así como el exigir el cumplimiento de un reglamento al trabajador.

El **Trabajo independiente**; recibe el nombre de autónomo, pues contrario a la modalidad de dependencia, se encuentra despojado de la subordinación que se constituye como principal elemento de este vínculo, por ende, ante la ausencia de esta figura, el sujeto se encuentra en la libre disposición de decidir cuándo y cómo realizar la actividad laboral. En consecuencia, su fundamentación remite al derecho privado, más específicamente al derecho civil y comercial, aunque en aspectos tales como la seguridad social se ven investidos de las mismas garantías que se aplica a los primeros.

El **Trabajo material**; entendido éste como todo aquel trabajo que demanda un esfuerzo físico más que intelectual.

El **Trabajo intelectual**; En contraposición a la anterior modalidad, se refiere a una prevalencia del intelecto sobre la fuerza física.

El **Trabajo permanente**; es aquel cuyo término de duración está llamado a extenderse en el tiempo. El **Trabajo transitorio**; implica una limitación en el tiempo.

Otra clase de trabajo formal que se tiene es el **Trabajo asociado o cooperado**; consiste en la asociación de una pluralidad de individuos en pro de la consecución de un interés común que redunde en la obtención de ingresos como remuneración de la prestación de un servicio, para lo que se ven forzados a asumir el riesgo propio de las actividades de índole empresarial. Su mayor exponente son las denominadas **Cooperativas de**

trabajo asociado; que se constituyen como una modalidad de trabajo cooperativo sin ánimo de lucro, donde los asociados -personas naturales- se vinculan de manera voluntaria, de conformidad con lo que disponía el artículo 3 del Decreto 468 de 1990, ostentando la calidad de empleados y trabajadores con una ausencia total de subordinación o dependencia, pues el mismo se constituye a través de la contribución directa a la cooperativa de sus aportes de tipo: económico, en bienes o fuerza de trabajo, en pro de la consecución de ingresos para su subsistencia; encontrándose fundamentada su creación en los principios de solidaridad, libertad de empresa, libertad de organización y participación democrática. (Orjuela, Segura y Tovar, 2012).

Situadas en la categoría de las llamadas integrales en tanto su objeto social versa sobre dos o más actividades conexas, en lo concerniente a la producción, distribución, consumo y prestación de servicios; cuya regulación se encuentra consignada en el Decreto 4588 de 2006, reglamentario de la actividad, hoy incorporado al Decreto Único Reglamentario del Sector del Trabajo 1072 de 2015; el Decreto 1466 de 2007, sobre trabajo decente; y la Ley 1233 de 2008, por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado, con destino al servicio nacional de aprendizaje -SENA, al instituto colombiano de bienestar familiar- ICBF y a las cajas de compensación familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones. (Pérez, 2016).

Además de lo antes expuesto se tiene el **Contrato de Prestación de Servicios**; señalado por la corte constitucional mediante sentencia C – 154 de 1997 como la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe elemento de subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir ordenes en la ejecución de la labor contratada.

Como se puede ver, esta modalidad de trabajo difiere del contrato de trabajo al no haber una relación directa entre el empleador y el trabajador, por ende, no supone los mismos elementos

esenciales consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo pese a que tienen en común la prestación personal del servicio, dada la adaptabilidad de este al objeto de cualquiera de los dos contratos. De igual modo el mismo puede ser de carácter civil o comercial atendiendo a las circunstancias particulares, lo que no implica la constitución de un vínculo laboral que los haga acreedores de las garantías de que son titulares los trabajadores; por consiguiente, todas y cada una de las actividades desplegadas por parte del contratista se hace con total independencia, es decir, no se acredita la existencia de subordinación o dependencia, consistente en la impartición de órdenes en ejecución del referido contrato (Const., 1991).

El numeral 3 de la ley 80 de 1993 indica que el contrato de prestación de servicio es una modalidad de contrato estatal¹ 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 de que esas actividades no puedan ser cumplidas por los empleados de planta esa entidad o en caso de que la actividad requiera de conocimientos especializados. Entendiéndose entonces, que este tipo de contrato le da total autonomía e independencia al contratista, se requiere para atender una necesidad específica por lo cual tiene un término estrictamente necesario, tiene una obligación de hacer y no genera prestaciones sociales.

Concurrente a lo expuesto, el contratista es el que asume todos los riesgos y gastos que genera la ejecución del contrato, entre ellos se tiene el Sistema de Seguridad Social en salud y en pensión cuya base de cotización es desde un salario mínimo legal vigente hasta el 40% del valor mensual del contrato; definido en el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007; esto no exime al contratista de cotizar sobre el valor total del contrato siempre y cuando no supere los 25 salarios mínimos legales vigentes, ni influye el tiempo que dure el contrato; sobre este porcentaje se realiza el aporte en salud que a la fecha corresponde al 12,5% y el aporte en pensión

que de igual forma corresponde al 16%; el Sistema de Riesgos Laborales establecido como obligatorio cuando la duración del contrato supera el mes, según la ley 1562 de 2012 reglamentada por el decreto 0723 de 2013; por último se tiene la Retención en la fuente, que según el inciso 3 y 4 del artículo 392 del código tributario (Estatuto 761) establece que la tarifa para los contribuyentes no obligados a declarar es del 10% para profesionales y del 6% no profesionales, del valor total del contrato y la tarifa para los obligados a declarar será la señalada por el gobierno Nacional en cualquiera de los dos casos.

En la actualidad se creó una nueva figura de contratación, llamada **Tercerización Laboral**, definida y regulada por el decreto 583 de 2016, en el numeral 6 de su capítulo dos (2) enuncia la Tercerización como los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumpla con las normas laborales vigentes; Es decir, se habla de esta modalidad cuando una empresa o empleador contrata a un tercero y le confía el suministro de bienes y servicios asumiendo por su cuenta los riesgos y los recursos financieros, materiales y humanos; no obstante lo que hacen los empleadores es recurrir a una agencia (tercero) y esta contrata trabajadores para que opere las funciones que en inicio debería ser ejecutado por la entidad contratante bajo subordinación².

De igual forma en este mismo decreto se establece que si se vincula personal para el desarrollo de las actividades misionales permanentes de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales del trabajador la Tercerización se volverá ilegal; sin embargo hay empleadores que utilizan otras modalidades de contratación laboral entre las que se tiene empresas de servicio temporal (ETS), cooperativas de trabajo asociado (CTA), agencia de empleo, contrato sindical, sociedades por acciones simplificadas (SAS) y contrato de prestación de servicios como forma de Tercerización en el que hay un intermediario laboral que actúa como tercero entre un empleador y un trabajador quien es el que presta el servicio de manera subordinada y permanente.

1 Todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se definen a continuación: (1). Contrato de Obra, (2). Contrato de Consultoría, (3). Contrato de Prestación de Servicios, (4). Contrato de Concesión, (5). Encargos fiduciarios y fiducia pública. (Ley 80, 1993. Art. 32)
2 Subcontratación.

3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No siendo suficiente que Colombia se declare en su Constitución Política como un Estado Social de Derecho y con el fin de salvaguardar el trabajo como un derecho en el marco jurídico para proporcionar las garantías pertinentes a los ciudadanos, se forjó algunos principios en esta misma, entendidos como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Por consiguiente, los principios son mandatos de optimización caracterizados por ser cumplidos en las medidas de las posibilidades fácticas o jurídicas, yaciendo estas últimas determinadas a través de principios y reglas que juegan un sentido contrario (Alexy, 1988).

El artículo 53 de la carta política expone los principios mínimos fundamentales relacionados con el trabajo, constituye igualdad de oportunidades para todos, exalta aquellos derechos inviolables e irrenunciables de los trabajadores los cuales no son conciliables, que se deben respetar ya que son elevados a rango constitucional por lo tanto están por encima de cualquier normatividad y de cualquier realidad sociales consagrada en la primacía de la realidad sobre formalidades; proporciona garantías al trabajador aplicando la situación más favorable entre las que se tiene la seguridad social; además se apoya en los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y los convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores.

A partir de ello la Corte Constitucional expuso en una de sus sentencias que estos principios esenciales enmarcados en el artículo 53 hacen parte del estatuto del trabajo que también se relacionan con la organización política del Estado Social de Derecho, ligado al funcionamiento del Estado empeñado en combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección; todo esto, a través de herramientas que genera este mismo artículo (art. 53 C.P.) dirigidas a la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país a una vida justa dentro de las

posibilidades económicas que estén a su alcance. (CConst, C-055/1999, M. P. C. Gaviria).

Igualmente, la Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental; de esta manera los artículos 48 y 49 de la carta política establecen la seguridad social por un lado como un derecho irrenunciable y por otro lado como un servicio público, de tal manera, que por la estructura de este derecho es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. (CConst, T-164/2013, M. P. J. Pretelt).

En el ámbito internacional son varios los instrumentos que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social y su debida protección; por ejemplo el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que toda persona tiene derecho a la Seguridad Social como medio de subsistencia; El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona, como miembro de una sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a otros derechos ya sea con recursos del Estado; el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra diversas circunstancias para llevar una vida digna; en el mismo sentido el Código Iberoamericano de la Seguridad Social aprobado por la ley 516 de 1999, en su artículo 1° instituye que reconoce la seguridad social como un principio inalienable.

Aunado a lo anterior se deduce que el derecho a la seguridad social desde cualquier ámbito ya sea legal, jurisprudencial o por los convenios o tratados internacionales debidamente ratificados es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad que a la vez permite proteger a las personas que están en impedimento físico o mental e independiente de la causa que le haya otorgado dicha imposibilidad, para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna.

Pese a lo ya expuesto no siempre el derecho de la seguridad social es efectivo por lo que hay que recurrir a algunos medios como la acción de tutela cuando este adquiere el rasgo de un derecho subjetivo debido a que la deficiencia de normatividad vulnera el derecho a llevar una vida

digna; así como los demás principios consagrados en la Constitución política relacionados con los derechos de los trabajadores cuando son vulnerados pese a que son considerados como derechos fundamentales.

De igual forma se tiene la **Primacía de la Realidad sobre las Formas**, este principio sobre las formas lleva implícita la garantía de los derechos de los trabajadores, como parte débil de la relación frente a las condiciones que rodeen el contrato pactado, que no puede, en consecuencia, desconocer aquellas prerrogativas reconocidas fruto de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. Por tanto, no puede concebirse la noción de contrato de trabajo de la inmaterialidad, sino que debe partir de la contextualización del mismo.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha manifestado, señalando que:

El derecho opera en la realidad, y tiene exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues, de no ser así, jamás se concertarían 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 sustancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes deben definir cada vez más 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. (CConst, C-023/1994, M. P. V. Naranjo).

Hoy por hoy, figuras tales como el contrato de prestación de servicios han sido utilizadas como instrumentos para el desconocimiento de los derechos laborales de los individuos que atendiendo a las circunstancias que rodean la prestación del servicio que realizan a favor de determinada persona natural o jurídica, se encuentran bajo una relación regida por un contrato de trabajo, razón por la cual el artículo 53 de la Constitución establece la primacía de la realidad sobre las forma, cuya aplicación es procedente en aquellos casos donde se presentan acreditados los elementos esenciales consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, más específicamente en lo referente a la subordinación que se materializa principalmente en la imposición

de una jornada de trabajo y el acatamiento de las órdenes impartidas por parte del empleador.

CONCLUSIONES

El congreso de Colombia, en la actualidad no ha cumplido con su deber Constitucional de expedir un estatuto del trabajo según lo establece el Artículo 53 de la Constitución Política, toda vez que en el país no se encuentran regulado el trabajo informal que se manifiesta en:

- Los vendedores ambulantes
- El mototaxismo
- Persona que prestan servicios a través de plataformas tecnológicas (Uber)

El trabajo debe ser concebido desde un concepto amplio, no solo limitándolo a relaciones de trabajo subordinadas donde el más afectado es el empleado ya que es la parte débil en un contrato de trabajo; siendo el empleador la parte más beneficiada.

La Garantía de la seguridad social (principio artículo 53 CP), solo se materializa en las manifestaciones de trabajo formal como:

- Trabajo Subordinado
- Contrato de Prestación de servicios
- Cooperativas de trabajo asociado
- Sindicatos de gremio
- Trabajo independiente

La Garantía de la Seguridad Social (principio artículo 53 CP) no se materializa en las manifestaciones de trabajo Informal:

- Los Vendedores ambulantes
- El mototaxismo
- Personas que prestan servicios a través de plataformas tecnológicas (Uber)

Por ello la seguridad social como principio fundante se debe materializar en cualquier modalidad de trabajo, permitiéndole a todo ciudadano llevar una vida digna como lo establecen los artículos ya expuestos de nuestra Constitución

El sector productivo del país utiliza de manera indebida manifestaciones de trabajo formal (Contrato de Prestación De Servicios, Cooperativas de trabajo asociado, Sindicatos de Gremio) en aras de realizar un fraude a las manifestaciones de

trabajo subordinado (trabajadores privados, Empleados Públicos, trabajadores Especiales).

La primacía de la realidad sobre las formalidades es un principio útil para declarar verdaderas relaciones de trabajo cuando se hace un uso indebido de las manifestaciones de trabajo formal (Contrato de Prestación De Servicios, Cooperativas de trabajo asociado, Sindicatos de Gremio).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Alexy, R. (1988). Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica, DOXA, Filosofía del Derecho, publicaciones periódicas, (5) p.143.
- II. Hernández, P. (2004). Bases Constitucionales de función pública – Empleo Público. Bogotá: Ed. Jurídica Gustavo Briñez.
- III. Manrique, J. (2013). Introducción al concepto de derecho al trabajo y su vínculo con las formas de trabajo independiente, subordinado y autogestionario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- IV. Martínez, E. y Ramírez, J. (2008). Régimen del Servidor Público. Bogotá: Ed. Librería el Profesional.
- V. Orjuela, L., Segura, D. E., y Tovar, S. L. (2012). Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- VI. Orjuela, L., Segura, D. E., y Tovar, S. L., y Velandia, P. (2011). Protección del derecho al trabajo: Jurisprudencia Constitucional. 1ra ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia
- VII. Pérez, M. (2016). Contratación laboral, intermediación y servicios. 2da ed. Colombia: Legis.
- VIII. Ramírez, J. E. (2011). Economía Política. 3ra ed. Bogotá, Colombia: ABC.
- IX. Rodríguez, L. (2015). Derecho administrativo General y colombiano. 19 ed. Colombia: Temis.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- X. CConst, C-023/1994, M. P. V. Naranjo. (Corte Constitucional 27 de enero de 1994).
- XI. CConst, C-154/1997, M. P. H. Herrera. (Corte Constitucional 19 de marzo de 1997).
- XII. CConst, C-055/1999, M. P. C. Gaviria. (Corte Constitucional 03 de febrero de 1999).
- XIII. CConst, C-593/2014, M. P. J. Pretelt. (Corte Constitucional 20 de agosto de 2014).
- XIV. CConst, T-610/1992, M.P. F. Morón. (Corte Constitucional 14 de diciembre de 1992).

- XV. CConst, T-164/2013, M. P. J. Pretelt. (Corte Constitucional 22 de marzo de 2013).

REFERENCIAS NORMATIVAS

- XVI. Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991). Ed. 32. Legis.
- XVII. Congreso de Colombia. (05 de diciembre de 2001) Reforma Código Procesal del Trabajo. [Ley 712 de 2001] DO: 44.640.
- XVIII. Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993] DO:
- XIX. Congreso de Colombia. (23 de septiembre de 2004) Regulación del Sistema del Empleo Público. [Ley 909 de 2004]. DO: 45.680.
- XX. Congreso de Colombia. (11 de julio de 2012) Sistema de Riesgo Laboral. [Ley 1562 de 2012]. DO: 48.488.
- XXI. Congreso de Colombia. (31 de diciembre de 1987) Carrera Administrativa. [Ley 61 de 1987]. DO: 38.171.
- XXII. Congreso de Colombia. (04 de agosto de 1999) Código Iberoamericano de Seguridad Social. [Ley 516 de 1999]. DO: 43.656.
- XXIII. Código Sustantivo del Trabajo [CST], (1950). Decreto Ley 3743 de 1950.

- XXIV. Ley Biagi, (2003). Ley habilitante de la República Italiana (14 de febrero de 2003). Jurista promotor: Marco Biagi.

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- XXV. Colegio de Abogados del Trabajo Colombia. (2013). Compendio teórico práctico de derecho del trabajo Individual y colectivo. Colombia: Legis.
- XXVI. Neita, D. K. (2016). La Protección de los derechos laborales y de seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- XXVII. Plazas, G. (2015). La Nueva Práctica Laboral. 7 ed. Bogotá, Colombia: Printer.