

**CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD EN EL SECTOR PRIVADO**

**CLAUDIA YANETH SÁNCHEZ CUADROS**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS  
-CISJUC-  
BOGOTA D.C.  
2015**

**CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD EN EL SECTOR PRIVADO**

**CLAUDIA YANETH SÁNCHEZ CUADROS**  
**Cod. 2103543**

Monografía elaborada como requisito para optar al Título de  
Abogada

Asesor  
Dr. SEHIR GÓMEZ  
Abogado

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS**  
**-CISJUC-**  
**BOGOTA D.C.**  
**2015**



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

### **Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

#### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

#### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

---

**Firma del presidente del jurado**

---

**Firma del jurado**

---

**Firma del jurado**

**Bogotá D.C., Septiembre de 2015**

Dedico esta monografía a mi familia,

## **AGRADECIMIENTOS**

Hoy después de varios años de cursar mi carrera de Derecho, de haber efectuado todos los trámites pertinentes posteriores a la terminación de materias, debo agradecer a la Universidad Católica el haber impartido el conocimiento que hoy en día poseo, le doy las gracias por tener docentes con una trayectoria amplia y muchos conocimientos como mi tutor el Doctor Sehir Gómez, y entre otros buenos profesionales que impartieron su conocimiento e hicieron que hoy en día me sienta orgullosa y satisfecha de haber escogido el Derecho como mi profesión y a la Universidad Católica, como mi universidad de pregrado, las palabras realmente se quedan cortas para describir lo que la Universidad significó en mi vida personal, laboral, académica.

## CONTENIDO

	pág.
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>1. ASPECTOS PRELIMINARES</b>	<b>12</b>
<b>1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>12</b>
1.1.1 Formulación del problema	12
<b>1.2 JUSTIFICACIÓN</b>	<b>12</b>
<b>1.3 OBJETIVOS</b>	<b>12</b>
1.3.1 Objetivo principal	12
1.3.2 Objetivos específicos	13
<b>2. ESCLAVITUD</b>	<b>14</b>
<b>3. EL FEUDALISMO</b>	<b>16</b>
<b>3.1 FUERZAS PRODUCTIVAS</b>	<b>16</b>
<b>3.2 LA TEORÍA DEL VALOR-TRABAJO EN LA ECONOMÍA POLÍTICA CLÁSICA</b>	<b>17</b>
<b>3.3 EL VALOR DE LA FUERZA DE TRABAJO</b>	<b>17</b>
<b>4. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO</b>	<b>19</b>
<b>4.1 ORIGEN DE LA OIT</b>	<b>19</b>
<b>4.2 MANDATO DE LA OIT</b>	<b>19</b>
<b>4.3 LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO</b>	<b>20</b>
4.3.1 Convenio 155 de 1981	21
4.3.2 Convenio 157 de 1982	22
4.3.3 Convenio 161 de 1985	22
4.3.3.1 Funciones	23
<b>4.4 EL TRABAJO. DERECHO Y DEBER CONSTITUCIONAL</b>	<b>29</b>
4.4.1 El trabajo como obligación social	29
4.4.2 Principios generales del derecho laboral	30
4.4.2.1 Principio de autonomía de la voluntad privada	30
4.4.2.2 Principio de orden público	31
4.4.2.3 Principio de la consensualidad	31
4.4.2.4 Principios generales del derecho	32
4.4.3 Código Sustantivo de Trabajo	32
4.4.3.1 Relaciones que regula	32
<b>5. CONTRATO DE TRABAJO</b>	<b>33</b>
<b>5.1 DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO</b>	<b>33</b>
<b>5.2 ELEMENTOS ESENCIALES</b>	<b>33</b>

<b>5.3 QUÉ GENERA EL CONTRATO DE TRABAJO?</b>	<b>34</b>
5.3.1 Prestaciones sociales legales	34
5.3.2 Prestaciones sociales a cargo del empleador.	34
5.3.2.1 Auxilio de cesantía	35
5.3.2.2 Prima de servicios	35
5.3.2.3 Vacaciones	36
5.3.2.4 Dotación de labor	36
5.3.2.5 Subsidio familiar	36
<b>5.4 DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES</b>	<b>36</b>
<b>6. PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD</b>	<b>39</b>
6.1 CONSAGRACIÓN LEGAL	39
6.2 CONSAGRACIÓN JURISPRUDENCIAL.	41
6.2.1 Criterio objetivo	42
6.2.2 Criterio subjetivo	43
6.3 MECANISMOS PARA LOGRAR LA PREVALENCIA DE LA REALIDAD	43
6.3.1 Presunciones	43
6.4 CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD	45
6.4.1 Definición	45
6.4.2 Elementos del contrato	45
6.4.3 Derechos del empleador	45
6.4.4 Jurisprudencia	46
6.5 CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL	52
6.6 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA C 154 DE 1997	56
<b>7. CONCLUSIONES</b>	<b>68</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>69</b>

## LISTA DE CUADROS

	pág.
<b>Cuadro 1. Diferencias entre el contrato de trabajo vs. Contrato prestación de servicios sector privado</b>	<b>48</b>
<b>Cuadro 2. Diferencias entre Contrato prestación de servicios vs Contrato de trabajo sector público</b>	<b>60</b>

## RESUMEN

En el presente trabajo, se efectuó un abordaje amplio acerca de la historia del derecho laboral en el mundo, las diferentes etapas de las relaciones laborales, desde las civilizaciones más antiguas, pasando por los principales fenómenos sociales que contribuyeron a que hoy las relaciones laborales se hayan configurado como lo están en la actualidad. Se hizo un estudio acerca de la historia Colombiana y el esfuerzo que ha hecho el legislador por regular las relaciones laborales de una manera equitativa y clara. No se podía dejar de analizar las principales fuentes de derecho laboral como lo es el Código Sustantivo de Trabajo y el Código de Procedimiento Laboral. Se efectuó un análisis de la jurisprudencia que se han emitido por las altas Cortes y jueces en materia de Contrato de Trabajo Realidad, se estableció las principales diferencias entre las modalidades de contratación actuales y la manera dolosa como algunos empleadores pretenden burlar a la justicia estableciendo un contrato que no es coherente con la realidad, vulnerando los derechos de los trabajadores.

**Palabras Clave:** derecho laboral, contrato de trabajo, modalidades de contratación, relación laboral,

## INTRODUCCION

A lo largo del tiempo la sociedad ha sufrido cambios constantes, esto según la época, la evolución y las necesidades de la raza humana.

Es como relaciones entre amo y esclavo, feudales y siervos, en su momento fueron totalmente válidas, instauradas por la sociedad y aceptadas por todos, en estas relaciones no primaban los derechos del individuo como tal, sino quien era más fuerte, quien tenía el dinero y los medios para someter a su voluntad a la otra parte.

Con fenómenos sociales, económicos y culturales se ha logrado que la relación laboral sea más equitativa y equilibrada entre el empleador y el trabajador, se han desarrollado textos, pactos, tratados internacionales que de una u otra forma buscan garantizar los derechos del individuo en las relaciones laborales sin importar cuales sean sus características.

En el presente escrito se hará un recorrido por toda la historia de las relaciones laborales que se han venido presentando en las diferentes épocas del tiempo, se hará una descripción detallada de todos aquellos esfuerzos por algunos para mejorar la vida laboral de todos. Hasta llegar a los diferentes tipos de contratación que se manifiestan en Colombia. Así como su aporte social en el desarrollo de un país.

## 1. ASPECTOS PRELIMINARES

### 1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad los empleadores por evitar la carga prestacional, vinculan a sus empleados mediante contratos de trabajo como lo son prestación de servicios, obra o labor, agencia comercial, entre otros.

Las consecuencias que esto acarrea para el trabajador, para la sociedad son negativas y representan un retroceso en las luchas suscitadas anteriormente por trabajadores, gremios sindicales en busca del reconocimiento de derechos fundamentales para los trabajadores que hoy por hoy se ven en grave peligro por estas malas prácticas.

Las posibles causas, se pueden atribuir a la carga prestacional que genera un contrato de trabajo a término indefinido, la falta de estímulo por parte de las políticas implementadas por el legislador.

**1.1.1 Formulación del problema.** En Colombia existen varias formas de contratar laboralmente hablando y diferentes formas de asociación empleador Vs Trabajador.

¿Qué consecuencias tiene para el empleador y para el trabajador la configuración de lo que hoy se llama contrato de trabajo realidad?

### 1.2 JUSTIFICACIÓN

La importancia de este trabajo es conocer la historia, los orígenes de los derechos laborales que deben ser defendidos sin importar el momento histórico donde nos encontremos

### 1.3 OBJETIVOS

**1.3.1 Objetivo principal.** Desarrollar y determinar las consecuencias que trae, el dolo por parte de los empleadores al querer evadir la carga prestacional que genera contratar a sus trabajadores por la forma adecuada. Las consecuencias negativas que trae la falta de garantías para el trabajador como individuo en la sociedad, como miembro de una familia núcleo del desarrollo de la misma y por ultimo las consecuencias negativas para todo un país, ya que se han suscrito convenios internacionales, desarrollado leyes que en la práctica se ven violadas y que requiere que el estado intervenga de forma reactiva para el restablecimiento de los derechos del trabajador

### **1.3.2 Objetivos específicos**

- El presente escrito pretende hacer un recorrido por la historia en materia laboral, no sola en el mundo si no en Colombia, como las generaciones anteriores han luchado por el reconocimiento de derechos fundamentales que buscan garantizar al trabajador una vida digna y unos derechos acordes a su función en materia laboral.
- Delimitar claramente el objetivo y las diferencias de cada modalidad de contratación.
- Efectuar análisis jurisprudencial en materia de Contrato Trabajo Realidad
- Desarrollar el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas.

## 2. LA ESCLAVITUD

Pocos fenómenos culturales y sociales se replican en las sociedades del mundo, como la esclavitud. Este fue factor común en cada una de las civilizaciones del mundo, civilizaciones tan importantes como las desarrolladas en Grecia y Roma.

“En todas las épocas de la historia, de alguna manera el hombre ha tratado de explotar al hombre laboralmente, es decir hacer que otros trabajen para sí, por el mínimo de remuneración”<sup>1</sup>.

La relación más cruel entre trabajador y patrono de la que se conozca en toda la historia, es sin duda alguna la esclavitud. En su monografía el historiador Mauro Facundo Funes Oviedo definió la esclavitud como una forma de sometimiento del hombre por el hombre que se practicó desde la antigüedad y para vergüenza del hombre, continua en nuestros días bajo formas más sutiles<sup>2</sup>.

Se parte del principio que el esclavo no era considerado un ser humano, era un objeto que se podía vender o regalar al antojo de su amo, era sometido a tratos inhumanos y degradantes, se consideraba que no poseía alma, que no era un ser de Dios y que por lo tanto no sentía, no tenía ningún derecho ni mucho menos condiciones de vida o laborales dignas, sometido a duros trabajos físicos, abusos constantes y sin remuneración alguna.

La mano de obra del esclavo o del prisionero de guerra era la principal fuente de trabajo y desarrollo de las sociedades y civilizaciones antiguas, desplazando a la mano de obra de otras personas o como se les llamaban hombres libres.

En la civilización Griega la esclavitud era tan normal como sus filósofos, la esclavitud era esencial para desarrollar trabajos como la agricultura y la construcción. Los hombres libres se dedicaban a la política, en esta civilización se destacaban esclavos domésticos, esclavos dependientes, esclavos públicos y por último los cautivos de guerra. Estos últimos desempeñaban labores pesadas como la minería.

En la Roma antigua: la esclavitud fue un aspecto muy importante en el desarrollo de la sociedad, en ésta, en algún momento se permitió que el amo asesinara al esclavo, pero luego fue abolida por completo esta práctica. El amo debía respetarle la vida al esclavo y velar por su cuidado.

---

<sup>1</sup> SIERRA ROMERO, Gustavo Adolfo.\*\* La esclavitud como relación laboral, ayer y hoy. En Revista Económicas CUC. Barranquilla, Colombia, enero-diciembre, 2010, vol.31, n° 31, p. 61.

<sup>2</sup> Ibíd., p. 63

Como se ha visto, al igual que en las dos civilizaciones anteriormente mencionadas, en las demás que han tenido lugar en la historia del mundo, el esclavo no tenía ningún derecho, no era considerado persona, por tal motivo no tenía un salario o remuneración por su trabajo, era sometido a arduas y largas horas de trabajo obligado por parte de su amo, sometido a tratos inhumanos y degradantes.

Así como la esclavitud, fue el vehículo de desarrollo de muchas sociedades, países y continentes, luego de muchas luchas armadas e innumerables batallas la esclavitud fue abolida y se pasó a modelos sociales como la servidumbre.

Como resultado de un cambio en la sociedad donde por llamarlo de alguna forma el hombre buscaba su libertad y trato igualitario, se presentó un fenómeno social donde la relación era un poco más humana. Sin que esto significara que era igualitaria o garantista de derechos.

### **3. EL FEUDALISMO**

En Europa Central surge la relación Feudal entre los siglos IX al XV, si se puede llamar así era una relación más igualitaria entre el señor feudal y el campesino, eran hombres libres donde la voluntad primaba en su relación, el Feudal con una riqueza inmensa, poseedor de grandes lotes de tierra, proporcionaba protección a los campesinos, les asignaba una parte de sus tierras para que estos las trabajaran. Hubo un desarrollo importante en la economía, ya que se incentivó el trueque y el intercambio de productos, la relación laboral entre el señor feudal y el campesino era de prestación personal total, ya que a cambio de protección y tierras como se mencionó anteriormente, este último debía permanecer en las tierras del señor y estar disponible en cualquier momento.

El Feudal mantenía el orden, en la sociedad, se encargaba de cuidar a los campesinos de ataques de otras tribus. El campesino pagaba rentas al feudal además de su trabajo.

La mayor parte de esta sociedad la conformaban los campesinos libres, que trabajaban en grandes lotes de tierra ajena en su gran mayoría, ya que estas pertenecían al Sr feudal. En esta relación se mejoraron considerablemente las condiciones de los siervos, pero aun así no poseían una relación laboral equitativa, se conformaban con la protección del Feudal y con sacar su sustento diario, pero no tenían derecho a adquirir posesiones o cambiar su estatus social. Ni mucho menos se podía pensar en el desarrollo personal.

El trabajo era la fuente principal para el desarrollo del individuo y a su vez el desarrollo de una sociedad. No existía el concepto de garantías laborales, ni siquiera la remota idea de derechos sociales, simplemente lo importante era el poder, la acumulación de grandes extensiones de tierras y la asignación de labores determinadas a cada componente de la sociedad, artesanos, campesinos, labradores de tierras, servidumbre y por último el Feudal quien mandaba, era juez y parte en todas las situaciones que se podrían presentar en el día a día.

Luego vino el fenómeno capitalista: este modelo reemplazó de forma paulatina al feudalismo en este período grandes figuras como Marx, toman gran relevancia, Marx tituló este período como el de la evolución de la historia económica.

Se crean concepto como:

#### **3.1 FUERZAS PRODUCTIVAS**

Tales son las herramientas y todas las fuerzas motrices utilizadas por el hombre (aire, agua, electricidad, energía atómica, etc.). Pero hay que incluir también entre las fuerzas productivas todos los procedimientos laborales, el agrupamiento de los

obreros en fábricas o talleres y luego en complejos industriales, la división del trabajo y su racionamiento, entre otros, la ciencia interviene en la formación de las fuerzas productivas.

Dentro de la concepción Marxista, las fuerzas productivas están necesariamente en conexión con un tipo determinado de relaciones entre los hombres en la producción e incluso con el conjunto de la formación social. Para Engels, el escaso desarrollo de las fuerzas productivas en las sociedades primitivas tenía por consecuencia la falta absoluta de propiedad privada de medios de producción y a la inexistencia de clases antagónicas. Ese tipo de sociedad habría conocido un modo de producción que Engels denominaba comunismo primitivo. No obstante, las fuerzas productivas no sufren una evolución independiente. Esta puede verse obstaculizada o favorecida por el sistema de relaciones de producción y por las superestructuras políticas e ideológicas. Las fuerzas productivas son las que organizan, ya que son las bases del trabajo con las que cuenta una sociedad o una nación.

### **3.2 LA TEORÍA DEL VALOR-TRABAJO EN LA ECONOMÍA POLÍTICA CLÁSICA**

Adam Smith<sup>3</sup>, entendía que el trabajo era la medida exacta para cuantificar el valor. Para él, el valor era la cantidad de trabajo que uno podía recibir a cambio de su mercancía. Los bienes podían aumentar de valor, pero lo que siempre permanece invariable es el trabajo, o sea el desgaste de energía para producirlos, siendo entonces el trabajo el patrón definitivo e invariable del valor. Se trata de la teoría del valor comandado o adquirido. Aunque no era el factor determinante de los precios, estos oscilaban hacia su precio de producción gracias al juego de la oferta y la demanda.

Esto no quiere decir que todo bien producido necesariamente contiene trabajo, este trabajo es la fuerza de los hombres que han interactuado en el proceso de producción de dicho bien, o sea que en todo bien se vende la fuerza de trabajo (de cada hombre que interactuó en la producción).

### **3.3 EL VALOR DE LA FUERZA DE TRABAJO**

En el modo de producción capitalista la fuerza de trabajo, que es la capacidad de realizar alguna actividad laboral ya sea física o intelectual, es la única propiedad de unas personas (trabajadores asalariados). Por ser la capacidad de trabajar una mercancía especial que solo pueden desempeñar los seres humanos.

---

<sup>3</sup> SMITH, Adam. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Libro I, Capítulo 5: "Of the Real and Nominal Price of Commodities, or of their Price in Labour, and their Price in Money", Chicago, IL, University of Chicago Press, 1976

Al igual que el valor de cualquier mercancía, el valor de la fuerza de trabajo es el tiempo de trabajo socialmente necesario para producirla. Ésta se encuentra determinada por el valor de las mercancías que consume el trabajador, las mercancías que constituyen las necesidades promedio en una época en particular. Las necesidades van cambiando conforme cambie la sociedad por lo cual incluyen: alimentación, vivienda, transporte, entretenimiento, etc.

El modo de producción capitalista surgió con posterioridad a otros modos de producción que ya habían desarrollado la fuerza productiva del trabajo. Por lo cual la cantidad de mercancías que consume un trabajador por día pueden ser producidas en menos tiempo. Entonces, el tiempo de trabajo necesario para que el trabajador fabrique las mercancías que consume es menor al tiempo de trabajo que labora en la empresa que lo contrató.

La jornada laboral incluye el trabajo y el plustrabajo. Durante el primero el trabajador repone su valor, durante el segundo trabaja sin remuneración alguna para él y sí para el capitalista. Por ejemplo, la jornada laboral legal actual en muchos países es de 8 horas, entonces si el trabajo necesario es de 4 horas, el plustrabajo será de 4 horas, tiempo del cual se apropia el capitalista por su posición social como dueño de los medios de producción.

Sin embargo en este modelo capitalista, se deshumaniza por completo al hombre, solo se ve calificado como un medio de producción, donde los derechos como ser humano no eran tenidos en cuenta, simplemente lo que importaba era cuanto trabajaba el hombre para acumular riqueza y producir, producir y producir.

En aras de buscar la paz, basados en la justicia social fue creada la Organización Internacional del Trabajo.

Uno de los fenómenos mundiales más importantes que han marcado la historia es la creación de la Organización Internacional del Trabajo -OIT.

## **4. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO- OIT**

### **4.1 ORIGEN DE LA OIT**

La primera guerra mundial transformó el mapa social y económico del mundo. Fruto del proceso de paz la Organización Internacional del Trabajo OIT, fue creada en 1919, junto con la Sociedad de Naciones, en virtud del tratado de Versalles.

En la organización se cristalizó la preocupación por la reforma social suscitada por la revolución industrial, así como la convicción de una reforma realista solo podía realizarse con éxito en el plano internacional.

Veinticinco años más tarde, la OIT se preparó para el período de reconstrucción que seguiría a la Segunda Guerra Mundial, adoptando la declaración de Filadelfia, que constituye una reafirmación dinámica y ampliada de sus objetivos y principios fundamentales.

La declaración se anticipó al aumento del número de países independientes que se produjo después de la guerra, y presagió el inicio de una cooperación técnica a gran escala con los países en desarrollo, que se llevaría a cabo paralelamente a la labor normativa que la OIT había empezado en 1919.

En 1948 la OIT se convirtió en la primera organización especializada asociada a las Naciones Unidas. En 1969, con motivo de su aniversario 50, la organización fue galardonada con el premio Nobel de la paz.

La oficina Internacional del trabajo está presidida por un Director General, nombrado por el Consejo de Administración, Desde 1969 la OIT ha sido dirigida por: Albert Thomas de Francia (1919-1932) Harold Butler, del Reino Unido (1932-1938), Jhon Winnant, de los estados Unidos (1939-1941), Eduard Phelan, de Irlanda (1941-1948), David Morse, de los estados Unidos (1948-1970); Wilfred Jenks, del Reino Unido (1970- 1973); Francis Blanchard, de Francia (1973-1989), Michel Hansenne, de Belgica (1989-1999) marzo de 1999 por Juan Somavia en Octubre de 2012 Guy Ryder.

### **4.2 MANDATO DE LA OIT**

La Organización Internacional del Trabajo es un organismo especializado de las Naciones Unidas que procura fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos. Fue creada en 1919 y es el único resultado importante que aún perdura del tratado de Versalles, el cual dio origen a la Sociedad de Naciones, 1946 se convirtió en el primer organismo especializado de las Naciones Unidas.

La OIT formula normas internacionales del trabajo, que revisten la forma de convenio y de recomendaciones, por las que se fijan unas condiciones mínimas en materia de derechos laborales fundamentales; libertad sindical, derecho a la sindicación, derecho a la negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades y de trato, así como otras normas por la que se regulan condiciones que abarcan todo el espectro de cuestiones relacionadas con el trabajo, presta asistencia técnica, principalmente en los siguientes campos:

Formación y rehabilitación profesionales, política de empleo; administración del trabajo; legislación del trabajo y relaciones laborales; condiciones de trabajo; desarrollo gerencial; cooperativas; seguridad social; estadísticas laborales y seguridad y salud en el trabajo. Fomenta el desarrollo de organizaciones independientes de empleadores y de trabajadores y les facilita formación y asesoramiento técnico. Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la OIT es la única organización que cuenta con la estructura tripartita, en la que los trabajadores y empleadores participan en pie de igualdad con los gobiernos en las labores de sus órganos de administración.

#### **4.3 LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO**

Una de las funciones más antiguas e importantes de la OIT es la adopción por la Conferencia Internacional del Trabajo (gobiernos, empleadores y trabajadores) de los convenios y recomendaciones que constituyen las normas internacionales. Por medio de su ratificación por parte de los Estados Miembros, los convenios generan la obligación de aplicar sus disposiciones. Las recomendaciones brindan orientaciones sobre las políticas la legislación y la práctica.

Desde 1919 se han adoptado convenios y recomendaciones que abarcan prácticamente todas las cuestiones del mundo del trabajo incluyendo ciertos derechos humanos fundamentales (especialmente los relativos a la libertad de asociación, al derecho de sindicación y negociación colectiva, a la erradicación del trabajo forzoso y del trabajo infantil y a la discriminación en el empleo), la discriminación del trabajo, las relaciones laborales, la política de empleo, las condiciones de trabajo, la seguridad social, la seguridad y la salud en el trabajo, el empleo de la mujer y el empleo de ciertas categorías especiales, como los trabajadores migrantes y la gente de mar.

Cada estado miembro tiene que someter todos los convenios y recomendaciones adoptados por la conferencia a las autoridades nacionales competentes para que estas decidan la acción a adoptar, las ratificaciones de los convenios, que son los instrumentos internacionales llamados a ratificar han seguido aumentando. Para garantizar su aplicación en la legislación y en la práctica la OIT ha establecido el procedimiento de control internacional más avanzado dentro de su género. Se basa en la evaluación objetiva por un grupo de expertos independientes de la manera en que se cumplen las obligaciones y en el examen de los casos por los

organismos tripartitos de la organización. Existe un procedimiento especial para examinar las quejas por violación de la libertad sindical.

Como vimos en el texto anterior la OIT, es un organismo especializado de las Naciones Unidas enfocado en la regulación mediante tratados internacionales en materia laboral. Fue creada después de uno de los fenómenos sociales más importantes e impactantes que ha sufrido en el mundo entero, fue un esfuerzo por muchos estados en regular en materia laboral las legislaciones al interior de cada uno.

Busca de una u otra forma sin transgredir la autonomía de cada país o cambiar su legislación interna, regular las leyes que estos implementen en su interior en materia laboral, considerando que el crecimiento económico es esencial pero no suficiente para asegurar la equidad y el progreso social.

Este organismo busca obligar a los países que hacen parte de ésta, a implementar leyes y desarrollar programas que incentiven el empleo, un trato igualitario para todos y sobre todo el respeto por los derechos de cada persona.

Los estados que hacen parte deben implementar políticas sociales sólidas y justas, crear instituciones que se encarguen de la vigilancia permanente acerca del cumplimiento por parte de todos de las leyes en materia laboral.

Colombia ha suscrito algunos tratados internacionales en materia laboral que posteriormente los implementó mediante leyes en la legislación interna. A continuación veremos algunos tratados directamente relacionados con los derechos fundamentales en materia laboral (empleador – trabajador- estado).

**4.3.1 Convenio 155 de 1981.** Entró en vigor el 11 de agosto de 1983 y fue incorporado a la legislación colombiana mediante la ley 524 de 1999. El cual abarca aspectos sobre la seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.

Hace referencia a que las regulaciones allí contenidas aplican a todos los trabajadores, empleados así sean del sector público o privado. En aspectos como: Lugar de trabajo, abarca, todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o acudir por razón de su trabajo y que se hallan bajo el control directo o indirecto de su empleador.

Todos los trabajadores tienen derecho a condiciones apropiadas para desarrollar su actividad laboral, dependiendo de su actividad laboral las condiciones deben ser las apropiadas. El empleador está en la obligación de velar por que estas condiciones sean las apropiadas.

El control de la aplicación de las leyes y de los reglamentos relativos a la seguridad, la higiene y el medio ambiente de trabajo deberá estar asegurado por un sistema de inspección apropiado y suficiente.

El sistema de control deberá prever sanciones adecuadas en caso de infracción de las leyes o de los reglamentos.

Deberán tomarse medidas para orientar a los empleadores y a los trabajadores con objeto de ayudarles a cumplir con sus obligaciones legales.

Las medidas de seguridad e higiene del trabajo no deberán implicar ninguna carga financiera para los trabajadores.

**4.3.2 Convenio 157 de 1982.** Entró en vigencia el 11 de septiembre de 1966 y fue incorporado a la Legislación Colombiana mediante la ley 524 de 1999

Este convenio versa sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social y aplicará entre las siguientes ramas de la seguridad social, a aquellas ramas respecto de las cuales éste en vigor una legislación del Estado Miembro.

- Asistencia médica
- Prestaciones económicas de enfermedad
- Prestaciones de maternidad
- Prestaciones de invalidez
- Prestaciones de vejez
- Prestaciones de supervivencia
- Prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales
- Prestaciones de desempleo
- Prestaciones familiares

**4.3.3 Convenio 161 de 1985.** Entró en vigor en la legislación Colombiana mediante la ley 378 de 1997.

Este tratado versa sobre el servicio de salud en el trabajo.

Este tratado regula los siguientes aspectos de la relación contractual. Esto designa unos servicios preventivos enfocados a asesorar al empleador acerca de:

- Los requisitos necesarios para establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo;
- La adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental,
- La expresión "representantes de los trabajadores en la empresa" designa a las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o de la práctica nacional.

#### **4.3.3.1 Funciones**

- Identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo.
- Vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores incluidos las instalaciones sanitarias, comedores y alojamientos, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador.
- Asesoramiento sobre la planificación y la organización del trabajo, incluido el diseño de los lugares de trabajo, sobre la selección, el mantenimiento y el estado de la maquinaria y de los equipos y sobre las sustancias utilizadas en el trabajo.
- Participación en el desarrollo de programas para el mejoramiento de las prácticas de trabajo, así como en las pruebas y la evaluación de nuevos equipos, en relación con la salud.
- Asesoramiento en materia de salud, de seguridad y de higiene en el trabajo y de ergonomía, así como en materia de equipos de protección individual y colectiva.
- Vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con el trabajo;

Los tratados internacionales regulan minuciosamente la legislación en materia de seguridad social para todo tipo de trabajadores, y los Estados parte deben velar por que esto se replique a su interior.

Estos son algunos de los tratados firmados y ratificados por Colombia, los cuales regulan en materia contractual aspectos tan importantes como la seguridad social, salud y un medio ambiente sano para el trabajador, así como una guía para los empleadores con el fin de llevar a cabo estas prácticas

Ahora bien se ha visto una reseña histórica del derecho al trabajo y toda la influencia que ejercen ciertos organismos en los países del mundo para que estén sincronizados con los últimos acuerdos acerca del trabajo como derecho y orden social, así como otros derechos fundamentales. Colombia no podía ser la excepción a esto, por tal motivo se hará un estudio en la historia colombiana acerca del trabajo como derecho fundamental.

Colombia ha hecho un gran esfuerzo por implementar mediante legislación reglas claras en materia laboral, garantizando el desarrollo y la gestión de los organismos encargados en esta materia.

A continuación se verá el esfuerzo más grande que ha hecho Colombia por cambiar su esquema político, al crear una nueva Constitución, una nueva ley de leyes, la que desde 1991 regiría la creación de la nueva legislación, la que cambiaría a Colombia, para ser un Estado Social de Derecho, un Estado garantista de los derechos fundamentales para todos los que aquí conviven.

Con la creación de la Constitución de 1991 Colombia se convirtió en un Estado Social de Derecho, esto quiere decir que no sólo se enuncian los derechos, si no que el Estado garantiza que estos se cumplan.

El trabajo como fundamento del Estado Social de Derecho.

El artículo 1 de la Constitución Política Vigente al proclamar que Colombia es un Estado Social de Derecho, expresa que la República se funda en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés genera<sup>4</sup>l.

El constituyente Colombiano de 1991 fue consciente de que el agregar el término “social” a la denominación clásica, y ya pacífica en cuanto a su significado, de “Estado de Derecho” estaba introduciendo dentro del constitucionalismo colombiano una clarísima innovación que en adelante y por su importancia condicionaría la forma de funcionar y de operar del mismo Estado y de sus distintos órganos en relación con el hombre, su dignidad y sus derechos.

---

<sup>4</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991, Op. cit.,

A continuación algunas gacetas donde se empieza a desarrollar el concepto de Estado Social de Derecho.

Ponencia Gaceta constitucional N<sup>o</sup> 112 del 13 de julio de 1991, ponencia para segundo debate de la Nueva constitución política de Colombia. Constituyente Augusto Ramírez Moreno vocero de la comisión codificadora. En la página 5 de esta ponencia lee la inclusión del título denominado “de los principios Fundamentales” con el que se inicia el texto de la carta, constituye la primera novedad introducida en su contenido normativo. Representan estos los postulados que se dan forma a los valores consagrados en el preámbulo y que orientan el Estado que renace y a su organización social. Se configuran así las bases del nuevo pacto político que debemos respetar para lograr el ideario que preside la adopción de nuestra ley fundamental.

La Asamblea comienza por definir los perfiles de un nuevo Estado a partir de dos conceptos que constituyen el eje del sistema político. El estado es Social de Derecho y la Soberanía Popular

El Estado adquiere una nueva dimensión para sumir conjuntamente con la sociedad, la responsabilidad de lograr los supremos fines y cumplimiento de los deberes sociales, esto conduce de manera necesaria a una mayor participación del ciudadano y de la sociedad en la forma de decisiones que lo afectan, la cual se ve reflejada a todo lo largo de las disposiciones de la Carta en donde el pueblo asume el papel de verdadero actor.

El término “social” tiene una trascendencia en las transformaciones institucionales de las principales democracias constitucionales del mundo la incidencia del Estado Social de Derecho en la organización sociopolítica.

Esta transformación puede describirse tanto cuantitativamente como cualitativamente, lo primero se relaciona con el tema de estado bienestar, según el cual el Estado Social es el que garantiza modelos o niveles mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente caridad. Lo segundo con el tema del Estado constitucional democrático respuesta jurídico – política derivada de la actividad intervencionista del estado que está fundada en nuevos valores y derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta en la creación de mecanismos de democracia participativa, con control política y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> RAMÍREZ MORENO, Augusto. Ponencia para segundo debate de la Nueva constitución política de Colombia. Bogotá D.C., Gaceta Constitucional N<sup>o</sup> 112 del 13 de julio de 1991, p. 5.

Los cambios antes mencionados se pueden resumir así, de acuerdo a la Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-446 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón: “la pérdida de importancia sacramental del texto original legal entendido como la emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”<sup>6</sup>.

En la Constitución de 1991, se proclamaron y se instauraron mecanismos para proteger los derechos fundamentales de todos los residentes en el estado Colombiano.

A continuación se verá los derechos Fundamentales que se ven directamente relacionados en las relaciones laborales

**Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan<sup>7</sup>

**“Artículo 25.** 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”<sup>8</sup>.

**Artículo 53:** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: 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

---

<sup>6</sup> OSPINA, Mario Andrés Breves reflexiones sobre constitucionalismo y justicia constitucional. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia Serie documentos de trabajo n° 17. Departamento de Derecho Constitucional, 2014. p. 22

<sup>7</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991. Actualizada. Bogotá DC., Leyer. 2010. p. 15

<sup>8</sup> *Ibíd.* p. 17-18

social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores<sup>9</sup>.

Evidentemente desde que Colombia se convirtió en un Estado Social de Derecho se le ha dado más importancia y primacía a los hechos, esto constituye base importante del presente análisis del contrato de trabajo realidad.

El derecho al trabajo es una de los fundamentos de la República. Naturalmente el precepto constitucional debe referirse y así lo hace a toda actividad que pueda desarrollar el hombre, intelectual o material, libre o subordinada, remunerada o gratuita.

De esta manera se define que trabajo no es solo actividad económica generadora de riqueza y tampoco con exclusividad al que es con ese objeto se presta en condiciones de subordinación, como eventualmente podrá o interpretarse desde el enfoque interesado en que advierta para esta modalidad, una preferencia excluyente de jerarquía constitucional, sino en general a todo tipo de actividad que el hombre desarrolla dignificándose y haciendo útil al grupo social del cual forma parte integrante.

Por lo tanto dicha actividad debe estar encuadrada dentro de la escala de valores adoptada en un determinado estadio del desarrollo de la sociedad de que se trate, pues debe ser útil para ella.

El trabajo en sí mismo no es creador de valores, considerado independiente de cualquier elemento de calificación que a él pueda acompañarse, el trabajo es nuestro respecto de cualquier idea de deber, de principios y de fines fundamentales que se sitúen como base de la vida social<sup>10</sup> es decir, de por sí mismo, ni bueno ni malo que expresa simplemente cualquier tipo de actividad del hombre consciente y finalista, por lo tanto el tendiente al logro de un determinado objetivo, de una cierta finalidad; pero este supuesto, no es, no puede ser el

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 32

<sup>10</sup> CERON DEL HIERRO. Antonio. *El Trabajo, el derecho Laboral y la Seguridad social en la Constitución política de Colombia*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké, 1996, p. 26.

concepto de trabajo al cual alude la Constitución Colombiana para proclamarlo fundamento de la República.

Es el trabajo, la actividad del hombre que resulta apta para el desarrollo del individuo y de la sociedad que no es contraria ni a la ley ni a las buenas costumbres, el que dignifica y eleva la condición humana, que es en fin. Útil para el grupo social, se trata evidentemente de un concepto cualificado de acuerdo con los valores sociales, culturales, económicos y políticos vigentes, pues solo es bajo tal entendimiento como el trabajo “ha sido exaltado como las más importante afirmación de la vida humana”<sup>11</sup> el trabajo en el fondo es la única dimensión del hombre.

Esta posición contemporánea, moderna y pragmática, fruto del desarrollo de la humanidad que permitió felizmente el abandono de conceptos que le negaban al trabajo la dignidad que ahora se le reconoce, no es una innovación del constituyente Colombiano, pues lo que se proclamó en nuestra Constitución de 1991, no es otra cosa que la ratificación de lo que al respecto han consagrado desde hace ya muchos años, las constituciones o normas superiores de casi todos los países del mundo en algunos casos anticipadamente al derecho positivo interno a través de la ratificación de los tratados o convenios públicos.

Sin embargo es necesario evidenciar nuevamente que los delegatarios a la Asamblea constituyente de 1991 ligaron muy estrechamente este concepto de “trabajo” con el “Estado Social de Derecho” precisamente para destacar su cualificación y es así como en proyecto de “Acto Reformatorio de la Constitución” presentado por Guillermo Perry Rubio, Horacio Serpa y Eduardo Verano, en su exposición de motivos se explica que su objeto es “el reconocimiento del valor fundamental del trabajo humano para la construcción del Estado Social de Derecho y para la construcción de una nueva legitimidad para la convivencia democrática”<sup>12</sup>.

La Constitución de 1886, no declaraba en tal forma el valor fundamental del trabajo, como tampoco lo hizo ninguna de las reformas que a lo largo de toda su vigencia le fueron introducidas, seguramente a ello contribuyó, no el olvido y menos la ignorancia del reconocimiento universal que el trabajo se había hecho como valor supremo del hombre de la humanidad, sino la concepción filosófica y conceptual de dicho ordenamiento constitucional que era muy distinta a la del actual, es por ellos que no debe llamar la atención que dentro de un Estado Social de Derecho se le de al tema del trabajo un tratamiento constitucional destacado,

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 26

<sup>12</sup> LAMO GÓMEZ, Jorge Eduardo. El sentido del trabajo en las sociedades contemporáneas. Visión introductoria al derecho del trabajo en la legislación colombiana. Bucaramanga, Colombia. UNAD Eds. 2003, p. 83

tal como lo hace ahora nuestra nueva Constitución en varias de sus normas que tratan sobre los derechos Fundamentales en el Capítulo I y II.

#### **4.4 EL TRABAJO DERECHO Y DEBER CONSTITUCIONAL**

Después de haber efectuado un recorrido por la historia del derecho al trabajo, y estudiada la Constitución Política de 1991, se hará énfasis de cómo el derecho al trabajo es un deber y un derecho.

De acuerdo a la Carta Magna en su Artículo 25 “el trabajo es un derecho y una obligación social que goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”<sup>13</sup>

**4.4.1 El trabajo como obligación social.** Este es el valor real de un Estado Social de Derecho, la clásica acepción de que en derecho la capacidad es aquella aptitud de las personas para adquirir derechos y asumir obligaciones, cobra aquí indiscutible actualidad, pues si el hombre ha de gozar de los derechos y garantías que supone el vivir en una sociedad regida por normas de derecho, en igual forma debe estar su ánimo dispuesto a soportar las cargas que como contraprestación son consubstanciales a tal circunstancia. Si el trabajo dignifica al hombre y le permite alcanzar los más altos niveles de realizaciones personal, de la misma manera en su proyección social resulta de vital importancia, pues sin el concurso unánime y solidario de todos los individuos que componen el grupo social, la vida de este, su desarrollo y organización, serían menos que vana quimera. El hombre debe darle a su grupo, a su nación, a su Estado, la contribución que este le exija para la realización de los fines colectivos, contribución que ha de concretarse en muchas actitudes o conductas, una de las cuales quizás la de mayor entidad y trascendencia es el trabajo.

En un Estado Social de Derecho entendiendo por tal, como ya se ha dicho aquel que busca la realización del hombre dentro de un contexto de justicia social, determinado por normas de derecho de poder vinculante universal, es aún más evidente que el trabajo se constituye en el vehículo indispensable para el logro de esa misma finalidad y por lo tanto que él debe ser tenido como una clara obligación de la persona, cuyo incumplimiento si es individual, descalifica al individuo como miembro del grupo al que pertenece, es decir, a ese mismo Estado, y si llegare a adquirir entidad colectiva, representaría el principio del caos y de la desintegración social.

Una vez más con el escrito anterior queda ratificado que el trabajo es el derecho fundamental que forma una sociedad, ya que contribuye de manera esencial al

---

<sup>13</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991. Op cit. p. 17-18

desarrollo económico social del individuo que la conforma. El Estado debe garantizar que esto se cumpla, ya que debe desarrollar políticas no solo que generen empleo sino que este empleo tenga las condiciones mínimas que garanticen la dignidad del ser humano y su entorno familiar.

Los componentes sociales del trabajo, no solo se reducen a componentes salariales, o de remuneración mensual por la actividad realizada. También constituyen una serie de prebendas que abarcan al individuo como ser social, por ejemplo las vacaciones, cesantías, seguridad social, prima por servicios entre otros. El estado debe reglamentar de manera clara mediante leyes las obligaciones y derechos contraídos por las partes, para ser más claros vamos a describir aquellas prebendas que mencionamos anteriormente.

Para dar continuidad al derecho al trabajo, que mejor herramienta para garantizar y regular el derecho al trabajo y las relaciones laborales, que la creación del Código sustantivo del Trabajo. Aunque este fue anterior a la Constitución de 1991, ha sufrido varias modificaciones en aras de actualizarlo a la realidad.

Para ser más claros con la descripción de cada modelo de contrataciones deberes y derechos de cada una de las partes, a continuación trabajaremos el Código Sustantivo de Trabajo colombiano, el cual de una manera clara y expresa describe cada tipo de contrato.

Se empezará por el Contrato Laboral que es quizá el más comúnmente evadido por los empleadores, ya que tiene implicaciones de tipo social de seguridad y garantías, para las partes, tal vez por su connotación y por generar tantas obligaciones para el empleador es que actualmente se evade y se intenta disfrazar bajo otras modalidades de contratación, lo cual se tratará más adelante.

**4.4.2 Principios generales del derecho laboral.** Para dejar claros conceptos inherentes a este escrito, empezaremos por establecer los principios generales del derecho laboral y que es un contrato de trabajo.

**4.4.2.1 Principio de autonomía de la voluntad privada.** El derecho no siempre resulta suficiente para regular todas las actuaciones de los miembros de una sociedad, por tal motivo el principio de la libertad del ser individual la capacidad del hombre de auto determinarse, de expresar su pensamiento y voluntad, su capacidad de regularse en sociedad y dirigirse en ella.

En conclusión la iniciativa particular siempre debe estar enmarcada por el orden público y siempre el interés general prima sobre el interés particular, este principio rige no solo las relaciones laborales sino todas las relaciones contractuales.

Otro principio que rige las relaciones contractuales no solo las laborales es el principio de la **buena fe**.

En la medida en que el derecho social del trabajo permite que los sujetos satisfagan intereses legítimos tendrá ya una connotación ética de que cualquier actuación va a estar regida por la honestidad y el firme compromiso de cumplirlo a cabalidad, tal y como fue pactado en un comienzo y que las obligaciones y derechos contraídos dentro de la capacidad de negociación son producto de la voluntad y del principio de buena fe, que sea un contrato justo y equitativo en la medida de lo justo para las partes que lo integran.

El contrato debe estar libre de vicios de consentimiento, como el error, fuerza y dolo, es decir que las partes que intervengan en el contrato lo hagan de una manera honesta, respetuosas de las normas generales y sobretodo conscientes de las implicaciones que trae constituir una relación contractual.

**4.4.2.2 Principio de orden público.** En el desarrollo de las relaciones Jurídico-Laborales se ha ido decantando una serie de normas que resultan imprescindibles para el interés general la materialización de estas la preservación del orden publico indirectamente va en algunas ocasiones en contravía al interese particular.

Dicho conjunto de normas son trabas que se imponen a los intereses particulares, estas normas son de obligatorio cumplimiento dada la necesidad de mantener cierto orden en las relaciones de trabajo.

De esta manera el Estado de forma obligatoria debe intervenir para regular estas relaciones y no dejar solo al libre designio de los particulares las reglas que rijan sus relaciones.

Cabe anotar que las relaciones jurídico-laborales pueden ser establecidas reguladas y extintas aun contra la voluntad de los contratantes.

Para el caso particular en que el contrato de trabajo se presente en una relación contractual, es el estado y las normas generales quienes las determinan obligaciones y los derechos contraídos por cada extremo, aun cuando estas estén en desacuerdo con respecto a la decisión y a las normas aplicables para el caso concreto.

**4.4.2.3 Principio de la consensualidad.** Este principio hace referencia al acuerdo de voluntades entre los contratantes. El principio de la consensualidad es el resultado de la buena fe de la autonomía de la voluntad privada y está regido por el principio del orden público, no es válido un acuerdo que va en contravía a cualquiera de los principios anteriormente expuestos, si no hay buena fe por parte de uno de los extremos del contrato incurriendo al engaño para que el otro extremo acceda a sus pretensiones; o si por el contrario las dos partes se ponen

de acuerdo para cometer actos que van en contra de las normas que rigen la sociedad, estas relaciones contractuales no tienen validez ante el derecho y es el estado quien entra a regular y corregir los vicios presentados en ellas, mediante normas de orden público de imperativo cumplimiento.

**4.4.2.4 Principios generales del derecho.** Sirven para interpretar y discernir, las normas laborales en referencia a derechos como la libertad, lo cual le permite al ser humano asociarse y establecer relaciones contractuales enmarcadas por el derecho.

El derecho a la libertad debe estar protegido tutelado por la Constitución Política y las demás normas que rijan un país y una sociedad, este principio debe desarrollarse en las normas para hacerlo exigible y ejecutable.

De la necesidad de implementar y exigir los derechos fundamentales del individuo hacen que no solo se creen leyes sino organismos e instituciones políticas y administrativas.

Jurídicamente los principios generales del derecho sirven de reglas de interpretación de las normas legales, o sea son garantías consagradas en la forma positiva, toda vez que sientan el real sentido de si mandato y también sirven como normas positivas de carecer supletorio en ausencia de la norma aplicable.

**4.4.3 Código Sustantivo de Trabajo.** El objeto y la finalidad del Código Sustantivo del Trabajo es lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

**4.4.3.1 Relaciones que regula.** Regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares.

## 5. CONTRATO DE TRABAJO

### 5.1 DEFINICIÓN

“Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador y la remuneración, cualquiera que sea su forma”<sup>14</sup>.

### 5.2 ELEMENTOS ESENCIALES

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

- La actividad personal del trabajador, es decir realizadas por sí mismo
- Subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.
- Un salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entienden que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Pero ¿qué sucede si dentro de una relación contractual particular en materia laboral existen diferencias entre lo acordado en documentos y lo que en realidad sucede?

---

<sup>14</sup> CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO. Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo". Bogotá D.C., Colombia. Publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949. Artículo 22. p. 13

Como bien se señala en el Código Sustantivo de Trabajo, el contrato laboral tiene unos elementos claros y que de llegarse a presentar en la realidad prima esta sobre cualquier nombre que se le haya asignado a la relación laboral al comienzo.

### **5.3 QUÉ GENERA EL CONTRATO DE TRABAJO?**

**5.3.1 Prestaciones sociales legales.** Como su denominación lo indica, son las que otorga la ley, bien sea a través del Congreso o por medio de Decretos.

**5.3.2 Prestaciones sociales a cargo del empleador<sup>15</sup>.** La ley ha establecido a favor de los trabajadores y a cargo directo de los empleadores las siguientes prestaciones sociales:

- Auxilio de Cesantía (Artículo 249 del CST)
- Intereses a la Cesantía (Ley 52 de 1975)
- Auxilio de transporte (Ley 15 de 1959)
- Dotación de labor (Ley 11 de 1984)
- Prima de servicios (Artículo 306 de CST)
- Subsidio familiar, cuando el empleador no se afilia a una caja de compensación familiar
- Pensión sanción, cuando el empleador despide a un trabajador sin justa causa, después de 10 años de servicio y nunca lo afilió a un sistema de seguridad social
- Pensión de Vejez, cuando el empleador no afilió al trabajador a un sistema de seguridad social y este se cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicio.
- Pensión invalidez, cuando el empleador no afilió al trabajador a un sistema de seguridad social
- Seguro de vida, cuando el empleador no afilia al trabajador a un sistema de seguridad social (Ley 11 de 1984, artículo 12)

---

<sup>15</sup> Ibíd.

- Gastos de entierro, cuando el empleador no afilia al trabajador a un sistema de seguridad social (artículo 247 de CST)
- Licencia de maternidad, cuando el empleador no afilia la trabajadora a un sistema de seguridad social (Ley 50 de 1990, artículo 34)
- Riesgos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuando el empleador no afilió al trabajador a un sistema de seguridad social.

**5.3.2.1 Auxilio de cesantía.** Es una suma de dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador a la terminación del contrato de trabajo. Para que atienda a su subsistencia durante un lapso que permanezca inactivo o desempleado.

Sobre el Auxilio de Cesantía el CST expresa lo siguiente: “Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicio y proporcionalmente por fracción de año”<sup>16</sup>.

**5.3.2.2 Prima de servicios.** La prima de servicios que antes operaba como la distribución de utilidades que el empleador hacía sus trabajadores, continúa con ese carácter, pero ahora como una prestación social ordenada por la ley.

En efecto el artículo 306 del CST dice: “Toda empresa de carácter permanente está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, como una prestación especial. una prima de servicios”<sup>17</sup>. Esta es equivalente a un salario mensual: 15 días en el mes de junio y 15 días en el mes de diciembre.

Esta prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior.

Mediante sentencia C 100 del 8 de febrero de 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “toda empresa de carácter permanente”<sup>18</sup> contenida en el numeral 1 del artículo 306 del CST.

---

<sup>16</sup> CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO. Op. cit. Art. 249, p. 99

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 99

<sup>18</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 100 del 8 de febrero de 2005. Demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “*toda empresa de carácter permanente*” contenidas en el numeral 1º del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. expediente D-5265 , Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis

Una empresa se considera de carácter permanente cuando su objeto social tiene una duración no inferior a un año. La sentencia antes mencionada es de trascendental importancia, puesto que de ahora en adelante empresa o empleador, no obstante no tenga el carácter de permanente deberá pagar a sus trabajadores el valor de la prima de servicios, por el solo hecho de haber prestado el servicio.

**5.3.2.3 Vacaciones.** Son un descanso al que tiene derecho un trabajador que ha laborado durante un año al servicio de un empleador. Por ser un descanso que merece el trabajador su compensación en dinero es permitida en algunos casos por el ministerio.

**5.3.2.4 Dotación de labor.** La ley 11 de 1984<sup>19</sup> estableció la prestación consistente en suministrar una dotación de calzado y vestido de labor a todos los trabajadores cuya remuneración mensual no exceda dos veces el salario mínimo legal mensual vigente. (O el salario más alto donde exista convención colectiva).

**5.3.2.5 Subsidio familiar.** “El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas que tenga a cargo”<sup>20</sup>. Esta prestación está a cargo directo del empleador cuando este no se afilia a una caja de compensación familiar. En caso contrario, será el empleador quien las que pague directamente esta prestación.

## **5.4 DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES**

Cuando un trabajador celebra un contrato de trabajo con un empleador, ya sea verbal o escrito, adquiere además del derecho a ser tratado con dignidad y respeto los siguientes:

- Afiliación al sistema de seguridad social en salud, en pensiones y en riesgos profesionales, la cual debe hacerse simultáneamente con la suscripción del contrato de trabajo.
- Pago de salario en las condiciones pactadas.

---

<sup>19</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 11 (24, feb, 1984). Por la cual se reforman algunas normas de los Códigos Sustantivo y Procesal del Trabajo. Bogotá D.C., Diario Oficial No 36.517 de 30 de abril de 1984.

<sup>20</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-440 (25, mayo, 2011). . Subsidio familiar. M. P. GABRIEL Eduardo Mendoza Martelo., p. 1.

- Auxilio de transporte, cuando el trabajador devengue hasta dos veces el salario mínimo legal mensual vigente y requiera de un medio de transporte para desplazarse hasta el lugar de trabajo.
- Dotación consistente en calzado y vestido de labor, cuando el trabajador devengue hasta dos veces el salario mínimo legal mensual vigente.
- Subsidio familiar, cuando el trabajador devengue hasta cuatro veces el salario mínimo mensual legal vigente y tenga personas a cargo y en el evento de que ambos cónyuge o compañero permanente trabajen que sumadas sus remuneraciones no sobrepasen los seis salarios mínimos legales mensuales vigentes. El trabajador tiene la obligación de presentar al empleador o a la caja de compensación familiar en al cual este afiliado, los registros de nacimiento de las personas a su cargo.
- Prima de servicios
- Vacaciones otorgadas y liquidadas
- Auxilio de cesantía
- Intereses sobre el auxilio de cesantía
- Indemnización en caso de terminación unilateral o injusta del contrato por parte del empleador o en caso de un despido indirecto o auto despido.
- Pago de la sanción que se aplica al empleador cuando éste estando obligado a ello no consigne el auxilio de la cesantía del trabajador en un fondo administrador de dicha prestación social.
- Pensión de vejez, a cargo de la seguridad social, o del empleador, si éste no afilió al trabajador a ningún sistema de seguridad social.
- Protección a la maternidad, a cargo de la seguridad social, o del empleador que no afilió a la trabajadora a un sistema de seguridad social
- Seguro de vida a cargo de la seguridad social o del empleador según sea el caso.
- Gastos de entierro a cargo de la seguridad social o del empleador según sea el caso.

Como bien lo redacta el autor del libro “Legislación Laboral teoría y práctica”<sup>21</sup>, son muchas las obligaciones que se contraen mediante el contrato de trabajo, especialmente las pecuniarias, las cuales el empleador en su gran mayoría evita a toda costa asumir, disfrazando un contrato laboral con cualquiera otra modalidad de contratación, las cuales serán analizadas más adelante.

El factor común de todas estas acreencias es el enfoque social que se le da al individuo, ya que todas ellas van encaminadas a suplir las diferentes necesidades que se presentan al ser humano, el derecho a un descanso remunerado, un valor monetario mensual en caso de quedar cesante, protección de maternidad, entre otros. Es el principal objetivo del derecho al trabajo ya que no solo se garantiza el desarrollo de la sociedad a través del desarrollo del individuo, sino ataca varios frentes como es su entorno social, familiar y personal.

Por todas aquellas cargas laborales que son asumidas por el empleador este busca evitarlas de alguna manera, queriendo engañar a la ley o al trabajador configurando una contratación por servicios, obra o labor, agencias comerciales, en fin todas aquellas modalidades de relaciones contractuales, que se van creando cuyo objeto no es establecer una relación a largo plazo, sino al contrario suplir una necesidad determinada.

Para contrarrestar este fenómeno se ha creado jurisprudencia y doctrina acerca de aspectos de llegarse a presentar y demostrar mediante juicio o proceso, los derechos del trabajador serán protegidos de manera eficaz e inmediata, trayendo graves consecuencias para el empleador quien de una manera ventajosa y tal vez por qué no decirlo dolosa, busca violar todos aquellos derechos del trabajador derivados de su actividad social.

El trabajo como fuente de desarrollo de la humanidad así como de la sociedad, debe tener unas condiciones mínimas y justas para quien la integra, así como el hombre debe propender por el desarrollo de su entorno social y de la sociedad en general, el Estado y la sociedad debe garantizar el fenómeno de éste, diferentes actividades que le permitan al ser humano desarrollarse como persona y a su familia como núcleo de la sociedad.

Cada ser humano es completamente diferente, así son las actividades laborales que desarrolla, cada uno a su manera contribuye a que la sociedad y el estado se desarrollen, es así como actividades operarias, de empleo doméstico, el trabajador independiente por nombrar algunas actividades, toman la misma relevancia que los congresistas o líderes de empresas multinacionales, que en Colombia radican sus actividades económicas, todos absolutamente todos contribuyen al desarrollo

---

<sup>21</sup> GÓMEZ ESCOBAR, Sehir. Legislación Laboral teoría y Práctica. Bogotá (Cundinamarca, Colombia). Publication: Mc Graw Hill, 1998. 232p.

de Colombia, por tal motivo el Estado debe garantizar que todas estas actividades puedan llevarse a cabo de una manera digna y eficaz según sean sus características particulares, el Estado debe garantizar unas condiciones justas pagos acorde con su horario y enfocado a satisfacer sus necesidades básicas.

Desarrollar leyes que regulen los diferentes tipos de contratación en aras de evitar que a toda costa personas o entidades vulneren estos derechos.

Creando organismos que están obligados y encargados de velar porque no solo se estipulen derechos y obligaciones, sino que se garanticen de una manera eficiente, ágil y oportuna para todos creando seguridad en las instituciones y un marco jurídico el cual debe ser respetado y seguido por todos. En materia laboral se aplican varios derechos fundamentales, directamente relacionados con el individuo y otros indirectamente relacionados con él y su entorno social, por conexidad.

Además del reconocimiento y garantía de los derechos personalísimos, el derecho laboral involucra derechos sociales y económicos, que deben ser protegidos y en las relaciones contractuales. Derechos que son de aplicación directa o inmediata.

Para el caso concreto de este escrito se va a desarrollar el principio de la primacía de la realidad.

## 6. PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos.

En estos términos se ha consagrado “el principio de la primacía de la realidad, uno de los fundamentales en el derecho del trabajo”<sup>22</sup>.

### 6.1 CONSAGRACIÓN LEGAL.

Aunque dicho principio no tiene una expresa consagración legal, él tiene apoyo en algunos textos laborales.

Ej., la parte final del artículo 13 del CST dice: “No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo”<sup>23</sup>.

Aunque está referido al mínimo “de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores”<sup>24</sup> sienta el criterio de que lo formal debe subordinarse a lo real vale decir, el mínimo de los derechos queriendo significar que lo real aquí es la ley.

La parte final del artículo 14 del CST dice: “Los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrefutables”<sup>25</sup>.

Limita nuevamente, el legislador al postulado de la autonomía de la voluntad.

Numeral 2 Artículo 23 Código Sustantivo de Trabajo: “una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agregan”<sup>26</sup>.

Es así mismo la concreción de la controversia entre lo nominal y lo real, entre la declaración y la intención, pero más allá pues se corrige la intención hacia los

---

<sup>22</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Art. 53. Op. cit. p. 32.

<sup>23</sup> COLOMBIA CODIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO. Op. cit., p. 12.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, art. 13. p. 13

<sup>25</sup> *Ibíd.*, p. 14

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p. 146

hechos, pues estos se harán primar sobre la denominaciones artificiosas, porque en este punto, el principio de la inoperatividad de las normas laborales viene a impulsar y completar el principio mencionado anteriormente detallado.

Por último, el Principio de la Primacía de la Realidad, tiene una particular consagración legislativa, al tratar el código de las normas favorables, es decir, el indubio pro operario, ya que según el Art. 21 CST:

Nuestro estatuto legal, empero, no autoriza la aplicación del principio de favor para completar, interpretar o alterar el alcance objetivo de la prueba, en la cual debe sustentarse necesariamente el juicio fáctico del juez. De modo que resulta necesario eliminar la deuda en la apreciación de los hechos, debe hacerlo el fallador con criterio lógico y científico, y no de acuerdo con el principio de favorabilidad que ni viene al caso porque la ley lo restringe al evento de un conflicto normativo<sup>27</sup>.

## 6.2 CONSAGRACIÓN JURISPRUDENCIAL

En la Sentencia de Casación Laboral del 1 de diciembre de 1981, donde magistralmente, el Doctor Fernando Uribe Restrepo, plantea y enarbola muy en alto el Principio de la Primacía de la Realidad “como uno de los fundamentales en el derecho del trabajo”<sup>28</sup> pero ya con anterioridad la jurisprudencia se había referido a él, aunque sin otorgarle una particular denominación.

Vale la pena citar Así en Casación de Noviembre 27 de 1957 se dijo: “Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato”<sup>29</sup>.

Luego en sentencia de 24 de abril de 1975 afirmo la Sala: “Esta apreciación no es errónea, porque precisamente la relación de trabajo puede existir aun cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual ha de atenerse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen del propio contrato, sino de otras pruebas”<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 15

<sup>28</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, -SECCIÓN PRIMERA. Radicado 7922 (1, dic, 1981) M-P. Fernando Uribe Restrepo,

<sup>29</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia Abril 24/75. Radicado 2392, pp. 458-459

<sup>30</sup> *Ibíd.* p. 459.

Luego dijo:

Ni menos aún, puede avenirse con los dictados de la buena fe que el patrono le liquide sus prestaciones a quien deje de servirle con base en un salario inferior al realmente pagado, y únicamente sobre la parte que esté contabilizada en libros de la empresa, y mientras más difícil haya sido la tarea de establecer la cuantía del salario real para el sentenciador, más grande será la responsabilidad del empresario, por hacerlo así una venia aparente a la ley laboral, pero desconociéndola en el contenido intrínseco de su imperio<sup>31</sup>.

Finalmente ha dicho la Corte: “nunca podrá disfrazarse una relación laboral bajo un contrato de cuentas en participación, pues en este último la retribución consiste en una cuota utilidad obtenida con el negocio común de la utilidad obtenida con el negocio común y en el primer evento (contrato de trabajo) no existe resultado alguno para causarse. Tampoco porque son incompatibles”<sup>32</sup>

**6.2.1 Criterio objetivo.** Uno de los profesores expertos en la materia el profesor Mario de la Cueva señala que gracias al aludido principio “la existencia de una relación de trabajo, depende en consecuencia no de lo que las partes hubieren pactado sino de la situación real en que el trabajador colocado”<sup>33</sup>, y es que como dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor.

Y en esa misma línea, Deveali sostiene que “la mayoría de las normas que constituyen el derecho del trabajo, se refieren más que al contrato, considerado como negocio jurídico y a su estipulación a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación del trabajo y la aplicabilidad y los efectos de aquellas, dependen más que el del tenor de las cláusulas contractuales, de las modalidades

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 463

<sup>32</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL. 30 Jul.1980. Citado por: PEREZ HUERTAS, Freddy Rolando. *Op.cit.*, p. 64.

<sup>33</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia de 26 de enero de 2007. Radicado 29418 Acta N° 3, Magistrado Ponente Luís Javier Osorio López., p. 1

concretas de dicha prestación<sup>34</sup> y prosigue “también en esta oportunidad la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual”<sup>35</sup>.

**6.2.2 Criterio subjetivo.** Pertenece a este sector de la doctrina el pensador español Pérez Botija, cuando sostiene:

De la conducta de dos personas, puede deducirse la existencia de un contrato de trabajo, aun cuando los propios interesados tuvieran interés en negarlo (para burlar, por ejemplo al seguro social, ley de jornada) como el contrato existe o al menos a efectos legales se presupone siempre existente desde que una persona preste trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena aunque los sujetos de una relación laboral no quieren contrato, e incluso afirme expresamente ante un órgano público que su relación de servicio no constituye contrato de trabajo, este producirá efectos<sup>36</sup>.

Para luego terminar diciendo: “la suposición de la existencia del contrato entre quien da trabajo o utiliza servicio y el que lo presta, fundase en la idea del consentimiento tácito, aun cuando los propios interesados tuvieran interés en negarlo”<sup>37</sup>

En el mismo sentido el profesor Clark Dice “el contrato laboral y el contenido de sus estipulaciones se desprende más de la conducta de las partes y de sus actos tácitos que de una prestación formal del consentimiento”<sup>38</sup>.

## **6.3 MECANISMOS PARA LOGRAR LA PREVALENCIA DE LA REALIDAD**

**6.3.1 Presunciones.** El más claro mecanismo con que cuenta el ordenamiento laboral, para preservar su ampliación y vigencia y por ende proteger el trabajo humano subordinado, reviste la forma de una presunción legislativa.

En efecto esta presunción legal también se halla cimentada en fuertes indicios y en los principios regidos por la experiencia que arroja las relaciones laborales. Sin embargo cabe diferenciar indicio de presunción, pues indicio es la cosa, el

---

<sup>34</sup> DEVEALI, Mario L. Tratado de derecho del trabajo. 2 da. ed. Buenos Aires, Argentina: La Ley. 1966, p. 63

<sup>35</sup> *Ibíd.*, p. 64

<sup>36</sup> PEREZ BOTIJA, Eugenio. El contrato de trabajo: Comentarios a la ley, doctrina y Jurisprudencia. 2ª ed. Madrid, España: Afrodísio Aguado S.A. 1954

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 126.

<sup>38</sup> CLARK, Daniel Lindley. “The Law of de employment of labor”. En PÉREZ BOTIJA, Eugenio. El contrato de trabajo: Comentarios a la ley, doctrina y Jurisprudencia. 2ª ed. Madrid. España: Afrodísio Aguado S.A. 1954. p. 126.

suceso, el hecho conocido del cual se infiere otra cosa, otro hecho desconocido. Debemos pues, prescindir en absoluto de considerar el indicio como forma lógica de pensar, al modo de la presunción. Decir que un indicio es una presunción resulta tan absurdo como por ejemplo. Que una cerilla es el fuego.

Así pues el artículo 24 del Código Sustantivo Laboral, no hace sino repetir el juicio lógico plasmado en el numeral segundo del artículo 23, *ibídem* al decir “se presume que toda relación laboral está regida por un contrato de trabajo”<sup>39</sup>. Pues ya se había preceptuado que 2. “Una vez reunidos los tres elementos que trata este artículo 23 CST (elementos de la relación de trabajo) se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por la razón del nombre que se le dé, ni otras modalidades o condiciones que se le agreguen”<sup>40</sup>.

Es pues esta presunción legislativa un juicio lógico, el cual, se pretende imponer hasta tanto no se pruebe lo contrario. Este juicio lógico surge de la inferencia y la observación de que casi siempre la relación laboral deviene a la vida jurídica a través de un contrato de trabajo. Por ello se considera como cierto que cada vez que haya una relación de trabajo, existe un contrato laboral. En consecuencia, por este juicio lógico basta tan solo probar el hecho indicador, habida cuenta de la libertad de la prueba.

Para que opere la consecuencia, o sea la producción de plena convicción en la mente del juez, por lo tanto solo se probará la actividad personal, para crear al juez la convicción de que esta en presencia de un contrato de trabajo. Aquí vale la pena señalar cómo el procedimiento laboral favorece al trabajador que intenta probar, por ejemplo la simulación puesto que solo deberá probar su servicio, su actividad personal, a diferencia del régimen civil donde tres exigencias se necesitan cumplir en el proceso, para acceder en forma positiva a la acción de simulación o prevalencia; que se demuestre la existencia del contrato ficto; que el demandante tenga derecho para proponer la acción y que existan pruebas eficaces y conducentes hará llevar el ánimo de convencimiento sobre la ficción.

Además, la presunción del artículo 24 cierra en forma legal el camino a todo intento de construcción de una teoría pura de la relación laboral, prescindiendo del contrato, con ella impone la contractualidad de la relación de trabajo, de tal forma que el contrato es el origen y fuente de la relación de trabajo, aunque sin desconocer que la relación de trabajo ha llamado el contrato de un hondo contenido personal, impidiendo que se considere al contrato como una figura que pueda ser sustituida por la relación de trabajo.

---

<sup>39</sup> CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO, Op. cit., p. 17

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 17

De otro lado, qué efecto procesal tendrá la presunción con la carga de la prueba. Primero debemos tener presente, que toda presunción supone el concurso de tres circunstancias. Un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad, y en realidad quedan fuera del campo del objeto de la prueba, los dos últimos elementos.

En conclusión, las presunciones no invierten la carga de la prueba, pues ellos son subrogados de prueba.

Ya se ha efectuado una investigación acerca de los principios generales que rigen todas las relaciones jurídicas en especial el derecho laboral, se entrará en materia acerca de la existencia del contrato de trabajo realidad.

## **6.4 CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD**

**6.4.1 Definición.** El Contrato de trabajo realidad es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

**6.4.2 Elementos del contrato.** El contrato de trabajo debe tener los elementos de un contrato como los que se establecen en el derecho civil, los cuales son:

- Capacidad de las partes para contratar
- Consentimiento
- Causa y objeto lícito.

Pero para que sea de característica laboral deben darse tres elementos que son:

- Prestación personal del servicio. Es decir que la persona contratada debe efectuar la actividad personalmente. No puede delegar las funciones para las que fue contratado.
- Subordinación. Esta subordinación debe ser continuada, el trabajador depende 100% de su empleador, el empleador está facultado para exigir al trabajador sus órdenes y lineamientos, bajo el parámetro del respeto por la dignidad humana.
- Salario. Este es en contraprestación por los servicios recibidos

El contrato de trabajo busca garantizar de una otra forma que los derechos y deberes de las partes involucradas estén completamente claros y que se cumplan a cabalidad.

**6.4.3 Derechos del empleador.** El empleador tiene una serie de derechos como es la exigencia del cumplimiento de la actividad para la cual contrató a otra persona, pero en contraprestación de ello éste debe garantizar que el trabajador tenga unas garantías mínimas de sobrevivencia, estas garantías son:

- Salario justo para la actividad realizada
- Horario de trabajo
- Seguridad social
- Garantías prestacionales (pensión, cesantías, primas etc.)
- Afiliación a ARL
- EPS
- Toda la carga prestacional que de este contrato se deriven

Es quizá las garantías que el contrato de trabajo ofrece a los trabajadores lo que hace, que en este momento los empleadores quieran disfrazar con diferentes tipos de contratación el contrato laboral, lo que ha originado que el Contrato de Trabajo Realidad sea hoy por hoy un fenómeno laboral y social que se está presentando en las relaciones contractuales de tipo laboral.

**6.4.4 Jurisprudencia.** A continuación veremos jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, donde se especifica el desarrollo de cada uno de los elementos en materia probatoria y principios generales que rigen las relaciones laborales.

Es así como en el proceso 34223 de 13/04/2010 de casación magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, hace énfasis en los siguientes principios:

1. Prevalece la realidad sobre las formas: Es decir que aún cuando haya un contrato de prestación de servicios en la formalidad, si se presentan los tres elementos del contrato de trabajo en la realidad lo que prima es el contrato de trabajo.
2. La subordinación, en una relación laboral no debe probarse ésta se presume Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que

quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica.

3. Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza, implica un traslado de la carga de la prueba al empresario.
4. El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 CP.), quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

Esto no quiere decir que cualquier relación contractual, es una relación regida por el contrato de trabajo, hay labores o actividades que se pueden prestar de forma independiente e insubordinada lo cual configura otro tipo de contratación, como prestación de servicios, agente independiente, pero le corresponde al beneficiario de estas labores demostrar que no hubo ninguna subordinación o dependencia por parte de quien las prestaba.

Es importante aclarar que cuando el empleador es el Estado, porque en el sector particular dicho contrato no existe.

El contrato de prestación de servicios es quizá uno de los que más se “confunde” por parte del empleador a la hora de establecer un contrato de trabajo, como lo analizaremos a continuación en el proceso N0. 37912 Magistrado DR. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

Donde se demanda a ISS por despido sin justa causa de una funcionaria y la existencia de Contrato de Trabajo Realidad, ya que según la accionante se configuraron los tres elementos esenciales del contrato, los cuales establecimos anteriormente.

El demandante en su defensa aludió que la vinculación del demandante se dio como contratista por medio de la modalidad contrato de prestación de servicios, los cuales están regidos por la ley 80 de 1993, que ésta era autónoma e independiente, y por tanto no estaba sujeta a subordinación o dependencia de índole laboral; que no se presentó ningún vicio del consentimiento que afectara la contratación de la actora, quien tenía pleno conocimiento de que no existía contrato de trabajo alguno, ni el derecho al pago de prestaciones sociales; que el artículo 122 de la Carta Política prohíbe a las entidades del sector público

contratar directamente cuando el cargo no está expresamente autorizado en la Constitución y la ley, y en estas circunstancias cualquier otra vinculación de personal requiere que estén creados nuevos cargos; que en cambio por causa de la escisión del ISS en los términos del Decreto 1750 de 2003, se ha venido reduciendo la planta de personal; que no procede el reembolso de dineros cancelados a la promotora del proceso por concepto de aportes a la seguridad social, toda vez que los contratos celebrados no generan relación laboral; y que la accionante recibió los honorarios acordados y a la finalización del último contrato, las partes decidieron liquidarlo manifestando que quedaban a paz y salvo por todo concepto.

Para el caso que nos concierne la sentencia de primera instancia reconoció la existencia del contrato de trabajo ya que la parte demandada no desvirtuó la existencia de los tres elementos y condenó a pagar los derechos adquiridos por la demandante durante su relación contractual con el ISS.

Como lo mencioné anteriormente el contrato de prestación de servicios es uno de los que más suele utilizarse por parte del empleador para evadir la carga prestacional y obligaciones que trae el contrato laboral.

Qué es y cómo funciona el contrato de prestación de servicios?

Lo primero que se debe establecer son las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios; a continuación se detallan algunas de las más importantes.

**Cuadro 1. Diferencias entre el contrato de trabajo vs Contrato prestación de servicios sector privado**

<b>Contrato de trabajo</b>	<b>Contrato de Prestación de servicios</b>
Está regido únicamente por el código sustantivo de trabajo	Su fuente puede ser de origen civil para la cual lo rige el Código Civil o puede ser de origen comercial para tales efectos este será regido por el código de comercio.
Los extremos del contrato se les denomina empleador- trabajador	Se denominan contratante – contratista
Genera una absoluta dependencia y jerarquización	No hay jerarquías entre los integrantes de la relación contractual
Se presta por un periodo	Se contrata por periodos de tiempo cortos o determinados para una labor específica de carácter no permanente.
Existe carga prestacional a cargo del empleador (trabajador dependiente)	La carga prestacional es asumida por el contratista/ Independiente.

Según la Corte Constitucional en la Sentencia C – 154 de 1997, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, señaló: que un contrato de prestación de servicios es la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Para efectos de regulación en materia prestacional para las contrataciones de índole no laboral, el art 23 del Decreto 1703 de 2002 dispone:

Cotizaciones en contratación no laboral. Para efectos de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría y cuya duración sea superior a tres (3) meses, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>41</sup>.

Para continuar con la investigación, se examinará el proceso NO. 36506 Magistrado Ponente Luís Javier Osorio López.

En este proceso se demanda al ISS por existencia de contrato de trabajo realidad, con el doctor Alberto Enrique Camargo.

En esta ocasión el accionante alega que se desarrollaron los elementos del contrato de trabajo, ya que hubo prestación personal, subordinación al 100% por parte del Galeno para con el ISS y pago de salario en contraprestación por la actividad desarrollada en forma de honorarios.

El demandado alega que no se presentaron los elementos esenciales del contrato de trabajo, reconoció su vinculación a esta entidad por medio de contrato de prestación de servicios, que el profesional conservó siempre su autonomía e independencia, que cualquier orden impartida tenía que ver con el cumplimiento del contrato administrativo bajo el amparo de la ley 80 de 1993.

Alegó mala fe por parte de accionante al reclamar derechos no adquiridos en esta relación contractual.

De los aportes más importantes que debemos destacar de este proceso:

MALA FE por parte de la entidad contratante

---

<sup>41</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1703. ( 2, agosto, 2002). "Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud". Bogotá, D.C.: Diario Oficial. N° 44893. p. 3.

- Se puede decir que es mala fe por parte de la entidad al usar la figura del contrato de prestación de servicios para evadir la carga prestacional que genera un contrato de trabajo?
- Aun cuando en el ejercicio de sus funciones en la realidad haya un sometimiento jerárquico de una de las partes con la otra?

Lo anterior teniendo en cuenta que para el caso que nos ocupa el cargo que estaba desempeñando el profesional de la salud era de carácter permanente, el contrato de prestación de servicios versa sobre una actividad en particular y su duración depende única y exclusivamente del tiempo en que tarde en llevarse a cabo.

Por lo cual el empleador no puede aludir que estaba ante un error invencible por entender que el tipo de vinculación que debía efectuarse era un contrato de prestación de servicios profesionales. Como lo pretendió en su defensa, esta es una práctica común en las entidades estatales con nóminas paralelas y con vinculación como contratistas de un gran porcentaje de los profesionales en salud que para ellas laboran, lo que para estas entidades resulta benéfico en temas de carga prestacional traducido en ahorro monetario.

Siendo así las cosas en este caso en concreto sería viable efectuarse los siguientes interrogantes:

- Pero acaso los médicos que laboran para ellas no deben estar en las instituciones de salud?
- Determinado profesional en la salud puede delegar a un tercero la atención de un paciente?
- Los profesionales de la salud pueden llegar a los hospitales a la hora que ellos estimen conveniente?
- Pueden acaso hacer un turno con el número de horas que ellos quieran?

Con respecto a la buena fe que alegó la demandada por, según ella encontrarse en un error invencible la Corte ha dicho:

La buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

Más sin embargo, cabe anotar, que la buena fe no se puede sostener con el infringimiento de la ley laboral, como sucede en este caso en particular, donde no queda duda de que la relación que unió a las partes se desarrolló desde un principio con la subordinación jurídica específica propia de un contrato de trabajo, en los términos de los artículos 1° de la Ley 6ª de 1945 y 1° del Decreto 2127 de igual año<sup>42</sup>.

En este caso particular se celebraron 22 contratos por prestación de servicios de manera ininterrumpida entre el ISS y el señor Alberto Enrique Camargo, lo cual demuestra que la labor para la que fue contratado, no fue un tema de carácter temporal sino para suplir una necesidad de funcionamiento básico y permanente para esta entidad.

Si esto se presenta en una entidad del Estado como el ISS donde su carácter social debe prevalecer sobre el sentido de lo monetario, que será con aquellas empresas cuyo carácter económico obedece solamente al lucro de sus propietarios?

Las empresas deben garantizar no solo un correcto funcionamiento dentro de su giro de negocio sino garantizar que los derechos de sus funcionarios y empleados a cargo se respeten de manera obligatoria, determinar qué modelo de contratación es el adecuado para vincular a una persona, no es para nada justo que una persona cuyos ingresos dependen única y exclusivamente de su trabajo sean vinculado por ejemplo por contrato de prestación de servicios, cuando en realidad deben cumplir horario, deben ser prestados por ellos exclusivamente y sobretodo que tenga una total dependencia de un empleador, sin recibir la carga prestacional que de ello se derive.

Lo cual socialmente es totalmente reprochable, para el caso concreto el ISS una empresa de esta magnitud escudando su defensa en un error de tipo invencible con la contratación efectuada, aludiendo que estaban amparados en la ley 80 de 1993, es un hecho donde a todas luces se demuestra la mala fe por parte de las empresas contratantes a la hora de enfrentar cargas prestacionales que no están dispuestas a asumir por tener ganancias monetarias al final del ejercicio.

Las empresas tienen un carácter social, el cual por el afán de lucro personal se ve totalmente descuidado y en la mayoría de los casos vulnerados, donde cuando la relación laboral termina, es el aparato judicial quien debe entrar a dirimir estos conflictos declarando:

- Qué tipo de relación contractual existió

---

<sup>42</sup> CORTE CONSTITUCIONAL.- SALA DE CASACIÓN LABORAL. Proceso N0. 36506 Magistrado Ponente Luís Javier Osorio López, p. 16.

- Condenando a pagar los derechos adquiridos durante el tiempo de la relación laboral.

Ahora bien vamos a investigar acerca de otras modalidades de contratación como lo es el de agencia comercial

## 6.5 CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

Según el Código De Comercio, el Contrato de Agencia Comercial es un contrato por medio del cual una persona o empresa, encarga a otra persona o empresa denominada agente, para que venda sus productos, los produzca o preste sus servicios, en un determinado territorio, actuando de forma independiente y estable como representante de uno o varios de sus productos o servicios.

Se requiere de registro mercantil, es decir, el contrato de agencia comercial debe inscribirse en la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde se van a ejecutar las actividades y en el lugar de la celebración del contrato.

El contrato de agencia comercial debe tener al menos los siguientes elementos.

- Nombres, apellidos, domicilio, y documento de identificación de las partes intervinientes en el contrato (empresario y agente).
- El objeto del contrato y el ramo de actividades a desarrollar.
- Los poderes o facultades del agente y sus limitaciones.
- El término de duración del contrato.
- El territorio en el cual va a desarrollar sus actividades el agente.

A continuación se relacionan los artículos del Código de Comercio en materia regulatoria.

- ARTICULO 1317. AGENCIA COMERCIAL. “Por medio del contrato de agencia, un [comerciante](#) asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.  
La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.
- ARTICULO 1318. EXCLUSIVIDAD A FAVOR DEL AGENTE. “Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos.”
- ARTICULO 1319. EXCLUSIVIDAD A FAVOR DEL AGENCIADO. “En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.”

- ARTICULO 1320. CONTENIDO DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL. “El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil.  
No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos.”
- ARTICULO 1321. CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO Y RENDICION DE INFORMES. “El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.”
- ARTICULO 1322. REMUNERACION DEL AGENTE. “El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga {de acuerdo con la otra parte para} no concluir el negocio<sup>43</sup>.”
- ARTICULO 1325. JUSTAS CAUSAS PARA DAR POR TERMINADO EL MANDATO. “Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:
  - 1) Por parte del empresario:
    - El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley
    - Cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario
    - La *quiebra* o insolvencia del agente
    - La liquidación o terminación de actividades
  - 2) Por parte del agente
    - El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales
    - Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente
    - La *quiebra* o insolvencia del empresario
    - La terminación de actividades.
- ARTICULO 1326. DERECHO DE RETENCIÓN. “El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización.”

---

<sup>43</sup> CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA. 32ª ed. Bogotá D.C.; Legis, pp. 195-196

- ARTICULO 1327. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA “PROVOCADA POR EL EMPRESARIO. Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324.”
- ARTICULO 1328. SUJECION A LAS LEYES COLOMBIANAS. “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.”
- ARTICULO 1329. TERMINO DE PRESCRIPCION DE ACCIONES. “Las acciones que emanan del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años<sup>44</sup>.”

Aun cuando se vio claramente que el contrato de agencia comercial está regido única y exclusivamente por el código de comercio en la práctica vemos que muchas de estas actividades con la realidad se tornan en un contrato laboral, cuyo fin son actividades comerciales y mercantiles.

Para aterrizar un poco más el tema en la realidad actual verificaremos el Proceso 30301 de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CASACION LABORAL Magistrado ponente Carlos Isaac Nader.

El accionante Eparquio José Maestre efectuó un contrato de agencia comercial SOCIEDAD COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL CESAR Y LA GUAJIRA LTDA. (COOTRACEGUA). En el año 1991.

Se dejó claro anteriormente que el contrato de agencia comercial facultaba a una persona para comercializar distribuir los productos de otra en determinado lugar, pero de forma independiente sin sometimiento alguno o jerarquización, para el caso particular que nos ocupa el señor Eparquio José Maestre, trabajó bajo la subordinación del gerente de la sucursal de la demandada, obedeciendo órdenes ya que se desempeñaba como administrador de la tienda, la remuneración que el recibía se le denominaban comisiones. Pero no se le reconocían las prestaciones sociales a las que había lugar, por la relación laboral que se había generado.

Cuál es la línea delgada entre requerimiento y orden? Que podemos establecer para diferenciar lo que acarrea un contrato laboral y una agencia comercial?

Tal fue la confusión de los hechos que en primera instancia concedió parcialmente las pretensiones del demandante, pero en segunda instancia se revocó la sentencia aludiendo el tribunal que no se había demostrado la subordinación ya

---

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 196-197

que los requerimientos efectuados por parte de la demandada eran parte del contrato establecido entre las partes.

Por otra parte el tribunal aludió que la remuneración era derivada del contrato de agencia comercial y no tenía connotación salarial o laboral alguna, así como las instrucciones, controles y vigilancia realizada por la empresa no revelan la subordinación que el accionante reclama.

Por ultimo en sentencia de casación lo que aludió la sala de la Corte Suprema de justicia es que el demandante no logró demostrar de manera veraz los yerros en el fallo que profirió el Tribunal por tal motivo no casa la sentencia.

Pero más allá del fallo de la sala en este caso puntual, lo que debemos analizar es cuando hay subordinación y cuando hay requerimientos establecidos en el ejercicio del contrato de agencia comercial. Aun cuando no es necesario que el agente sea dueño de su empresa para contratar de forma independiente el hecho de cumplir un horario y de desempeñarse como administrador de una tienda o sucursal y estar bajo la supervisión permanente del gerente hace de esto un Contrato de Trabajo Realidad?

Anteriormente mencionamos que hay una presunción legal en el sentido de que toda relación personal está regida por un contrato de trabajo, pero que esta presunción puede ser desvirtuada por la parte interesada si se logra demostrar que los servicios no se prestaron mediante contrato de trabajo o nexo laboral sino mediante el desarrollo de un contrato civil o comercial.

En el expediente N0. 27420 Corte suprema de Justicia Sala Laboral Magistrado ponente Camilo Tarquino Gallego, del 16 de agosto de 2006.

El demandante MARCELINO CAMARGO AGUIRRE contra DYNA Y CIA S.A.

En este caso el demandante alega que hubo un contrato de trabajo entre él y la demandada.

Que la demandada para disfrazar la relación laboral que se estaba generando lo presionó para que creara una empresa unipersonal lo anterior para establecer un contrato de agencia comercial.

Él alude que los recursos que él utilizaba en el ejercicio de sus labores no eran propios sino de la demandada, que él estaba bajo supervisión del gerente de la zona y que recibía instrucciones claras por parte de la oficina principal para efectuar informes y reporte de las ventas.

Para el pago de sus comisiones éste mensualmente debía generar una factura de cobro a la demandada, las cuales debían cumplir con unos lineamientos de índole

tributaria por ser empresa unipersonal, que según el accionante le resultaban desfavorables.

La demandada en su contestación negó los cargos y reconoció que entre él y el demandante existía una relación de tipo comercial como lo es un contrato de agencia comercial, que las instrucciones que se le dieron eran en el ejercicio del contrato comercial antes declarado.

La primera instancia terminó con sentencia de 22 de agosto de 2003 (fls. 261 a 265), mediante la cual, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la sociedad demandada, de todas las pretensiones, e impuso las costas al actor.

La sentencia del Tribunal en segunda instancia confirmó la de primera instancia.

Aludiendo que las comunicaciones enviadas por el demandante al demandado eran comunicaciones que no necesariamente llevaban a comprobar subordinación u órdenes expresas.

El demandante no logró demostrar que la conformación de la empresa Unipersonal era una forma de disfrazar la relación laboral realmente existente entre él y la demandada. Finalmente negó las pretensiones del demandante.

En el fallo de casación la sentencia no casó, ya que el recurrente no logró demostrar que las dos instancias habían incurrido en yerros a la hora de la aplicación de la norma.

Adicionalmente argumentó que el recurrente debió demostrar de manera clara y concisa que el que él hubiera creado una empresa unipersonal fue el resultado de una presión ejercida por parte de la demandada para disfrazar su relación laboral.

## **6.6 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA C 154 DE 1997**

Dando continuidad con el trabajo y el análisis jurisprudencial que se ha efectuado para determinar las principales diferencias entre el Contrato De Prestación de Servicios y Contrato Laboral, donde se evidencia claramente que no es posible una “confusión” u omisión por parte del empleador a la hora de efectuar la contratación de una persona.

Aun cuando el objeto del presente escrito, tiene relación al Contrato de Trabajo Realidad en el Sector Privado, la sentencia citada anteriormente tiene aplicación a la contratación en el sector público, la razón del análisis de la misma para este escrito es porque dada su importancia y los conceptos emitidos por la Corte Constitucional y los intervinientes que clarifican y eliminan posibles vacíos jurídicos en los que se puede excusar el empleador para engañar o disfrazar una

relación laboral con un contrato de origen civil como lo es el contrato de prestación de servicios.

En primer lugar se tiene el análisis en cuestión:

Antecedentes: Los ciudadanos: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero. Haciendo uso del derecho consagrado en el numeral 4o. del artículo 241 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa".

Texto de la norma demandada:

"LEY 80 DE 1993  
(octubre 28)  
por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración  
Pública  
EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

(...)

### III. DEL CONTRATO ESTATAL

ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales 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:

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”.

Según los actores que artículos vulnera la norma antes citada? Artículos 1, 2,13, 25, 53, 93, 94, 122, 123, 125 y 366 de la Constitución Política

Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y los Convenios 87, 98, 100 y 111 de la O.I.T.

Según los ciudadanos esta norma incentiva y promueve que el estado y sus entidades contraten mediante la prestación de servicios personal para su funcionamiento normal y la persecución de los fines del estado, según ellos se le daría un tratamiento similar tanto al contratista como al empleado público vinculado a la entidad, en cuanto a las calidades de actividades diarias pero con el agravante de las condiciones que aplican para el contrato de prestación de servicios.

Para los actores estas condiciones son discriminatorias y desiguales para el contratista, ya que en la práctica sus labores son similares a las del funcionario público pero sin las garantías prestacionales propias de su vinculación laboral.

Generando esto un desmedro en las condiciones laborales del contratista sin garantías prestacionales ni estabilidad laboral.

Los actores hacen referencia que en la norma acusada no se limita claramente para que tipo de actividades es aplicable la contratación de prestación de servicios, que por tal motivo deja al libre albedrío de la entidad contratar por prestación de servicios cualquier tipo de labor en función del correcto y eficaz funcionamiento de la entidad.

Los actores también plantean que esta norma viola el artículo 25 de la Constitución Política, cuando expresamente establece que que en ningún caso los contratos de prestación de servicios generan relación laboral ni prestaciones sociales. Desconociendo el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas.

“Consideran, igualmente, que varios de los principios constitucionales de la función pública se transgreden vulnerándose así los artículos 122, 123 y 125 de la Carta, por cuanto se induce a que las actividades que ordinariamente corresponden a un empleo público se lleven a cabo por personas carentes de toda investidura pública, sin la calidad de servidores públicos, sin funciones detalladas y sin acceso al servicio público por medio de la carrera administrativa, sino por el contrario generalizándose la potestad del libre nombramiento para esas vinculaciones.”

“También, indican que con la discriminación aludida se desconoce la vigencia de los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados y que hacen parte de la legislación interna, transgrediendo los artículos 93 y 53 de la Carta. Con esa vulneración, resultan infringidas diversas disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 aprobado mediante la ley 74 de 1968, y en los Convenios 87, 98, 100 y 111 de la O.I.T. aprobados a través de las leyes 26 y 27 de 1976, 54 de 1962 y 22 de 1967, respectivamente.”

“Por último, establecen que la preceptiva acusada viola el principio fundamental del Estado Social de Derecho (C.P., art.1), contraría los fines esenciales que consagran los artículos 2 y 366 de la Carta y resultan incompatibles con los valores de justicia, igualdad, orden social justo y dignidad humana proclamados en el preámbulo y en el mismo artículo 1o. de la Constitución Política.

Según lo enunciado anteriormente y habiendo surtido todos los trámites pertinentes la Corte constitucional, empieza efectuando las siguientes precisiones acerca del tema:

- Para perseguir los fines del Estado la entidades deben contratar personal idóneo, que debe ser vinculado a la entidad según la ley o reglamento aplicable
- Las funciones de estos trabajadores debe esta estipuladas claramente en la ley o el reglamento, “ el funcionario público puede hacer única y exclusivamente lo que le autoriza la ley o el reglamento aplicable a su cargo”
- para efectuar la contratación de su personal de planta las entidades deben establecer claramente los cargos funciones y presupuesto asignado para tal fin.
- Los funcionarios públicos tienen la seguridad de su ingreso, permanencia y ascenso, ya que hay planes de carrera y meritocracia que deben ser cumplidos por los trabajadores de las entidades, estos planes carreras y meritocracia son transparentes para todos los que allí laboren.
- El estado cuenta con instrumentos apropiados para alcanzar los fines que persigue, por esta razón los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad si no que representan un medio para “la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del estado en forma legal armónica y eficaz”
- Por esta razón las entidades estatales hacen uso de la autonomía de la voluntad para efectuar contratación por prestación de servicios, aunque para ellos se deben cumplir varios requisitos a saber:
  - Esta modalidad de contratación se debe seguir con observancia y cumplimiento del Estatuto General de Contratación Administrativa en la ley 80 de 1993.
  - Aun cuando las entidades ejercen el derecho de autonomía de la voluntad, esta autonomía se ve limitada por el estatuto mencionado anteriormente y las leyes aplicables en materia de contratación, ya que se establecen criterios objetivos de selección de los contratistas que quiera establecer vínculos contractuales con el estado.

**Cuadro 2. Diferencias entre Contrato prestación de servicios vs Contrato de trabajo sector público.**

Diferencias	
Contrato prestación de Servicios	Contrato de Trabajo
versa sobre la obligación de hacer se establece el objeto del contrato	Son funciones establecidas por la ley o el reglamento de la entidad aplicables al cargo
Su ejecución parte de la experiencia, capacitación y formación profesional del contratista en determinada materia	Dado el nivel de especialización, el personal debe cumplir con los requisitos que se establece para el cargo
La realización de la actividad puntual se establece después de que la entidad verifique si con el personal de planta no es posible suplir esta necesidad.	Aun cuando el personal que se tiene contratado por plante es personal Idóneo, su formación profesional no es suficiente para la ejecución de la actividad puntual
El objeto contractual la realización temporal de las actividades inherentes al mismo	La ejecución de sus funciones no es transitoria o por tiempo determinado, la ejecución es permanente
El contratista posee autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico	El funcionario público no tiene autonomía e independencia, sus funciones están limitadas por la ley y el reglamento
Dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la ejecución del contrato	Las decisiones que toma están sujetas a la ley y el reglamento, así como las ordenes de un superior jerárquico
La vigencia del contrato es temporal, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual pactado	La vigencia del contrato laboral es indeterminada, no hay objeto contractual, es nombrado por acto administrativo con las solemnidades que sean aplicables al cargo
Se establece Objeto contractual	No se establece objeto contractual, se estipulan Funciones
Se pacta unos honorarios	se estipula salario y prestaciones pertinentes
Mano de Obra Calificada	No es necesaria la mano de Obra calificada
se puede establecer con una persona Jurídica o Natural	Se establece con personas naturales
El vínculo es contractual derivado de la ejecución del contrato, no existe subordinación	Las actividades del funcionario están sujetas a las órdenes del Superior Jerárquico, el vínculo que se establece es laboral

Habiendo determinado estas diferencia claves y claramente sustanciales, la Corte también ha precisado que si en la ejecución del contrato la entidad ve la necesidad y determina que este debe ser de carácter permanente y que es inherente al funcionamiento normal de la entidad, esta debe efectuar todos los trámites

pertinentes para vincular al contratista a su plante de personas y hacer las estimaciones presupuestales pertinentes.

Para la Corte el factor de subordinación o dependencia es la que determina la diferencia entre el contrato laboral y la prestación de servicios. En este mismo sentido la corte establece que bajo el modelo de prestación de servicios la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista o algo distinto a la ejecución del objeto del contrato.

Por lo tanto no es admisible errores en la configuración de los modelos de contratación, por parte de las entidades.

Luego de efectuar estas diferenciaciones claras acerca de los modelos de contratación, la Corte efectúa el análisis de la norma demandada y precisa.

1. Bajo la norma demandada no es está violando el derecho a la igualdad ya que no se puede predicar desigualdad en situaciones fácticas diversas. Puesto que las situaciones en los dos modelos de contratación son opuestos y tienen situación fácticas diversas en que unos y otros desempeñan, en cuanto a las finalidades, obligaciones y responsabilidades que cumplen.
2. El contratista no se transforma en funcionario público ni trabajador oficial
3. Incluso la Corte señala que en la norma se está defendiendo cabalmente el derecho a la igualdad ya que restringe la contratación de personas naturales por prestación de servicios única y exclusivamente cuando con el personal de planta no se pueda satisfacer la necesidad puntual.
4. En este mismo sentido la Corte precisa que los accionantes no tienen razón al afirmar que las entidades pueden de una u otra forma solucionar insuficiencia en la planta de personal para satisfacer las necesidades de la entidad, con la contratación de personal por medio de contratación de prestación de servicios, teniendo en cuenta el carácter temporal que aplica para este modelo de contratación.
5. Así mismo la Corte señala que de ninguna forma se violan los Artículos 1-2 y 25 de la constitución así como el artículo 53, en el sentido en que la norma acusada viola el principio de la realidad sobre las formas, ya que se estableció que si en la ejecución del contrato de prestación de servicios su naturaleza cambia a ser permanente e inherente a la función de la entidad esta debe cambiar el modelo de contratación y estimarlo en su presupuesto y de llegarse a presentar el caso que la entidad no lo haga de manera honesta u oficiosa el contratista tiene el derecho y la obligación de recurrir a la vía gubernativa para hacer valer los derechos laborales adquiridos y de llegarse a demostrar la existencia del contrato de trabajo el estado garantizará de manera eficaz la aplicación de los derechos y el pago de las acreencias laborales debidas al Contratista.
6. La Corte precisa que en la norma acusada no existe desnaturalización alguna de los modelos de contratación, al contrario se establecen reglas claras del

modelo de contratación por prestación de servicios, en aras de un funcionamiento eficaz de estado (p. ).

Por último, la Corte señala que se escapa del control de constitucionalidad, la deformación en que incurra la administración en la esencia y contenido natural de ese contrato para dar paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral. Finalmente en caso de llegarse a presentar y a demostrar por parte del afectado el error de la administración el estado velará por la protección del derecho al trabajo y todas las garantías que se desprenden del contrato laboral.

Por los motivos anteriormente expuestos la Corte declara la Exequilidad de las normas demandadas.

El análisis de esta sentencia resulta muy oportuno para el presente escrito, ya que como lo mencioné al comienzo aun cuando esta sentencia versa sobre entidades estatales regidas por la ley 80 de 1993, las apreciaciones que efectúa la Corte Constitucional tiene completa aplicabilidad al sector particular, ya que las diferencias en cuanto objeto, duración y relación de subordinación o jerarquía que se presentan en los dos modelos de contratación son exactamente iguales. Ellos no tienen diferenciación entre sectores de la sociedad. Son marcos generales y orígenes contractuales completamente diferentes, por tal motivo como lo señala la corte es inadmisibles que un empleador se equivoque en el modelo de contratación que utilice para sus empleados o contratistas. Estas diferencias son claras y expresas.

Para el caso concreto una de las formas más comunes de establecer un contrato de agencia comercial es que se establezca una empresa por ejemplo unipersonal o ahora SAS. Pero que tan conveniente es crear una empresa para trabajar al servicio exclusivo de otra?

Que tan independiente es la empresa creada para cumplir un contrato específico? Es acaso lo mismo efectuar un contrato de agencia comercial con una empresa cuyo objeto social sea claro y definido y su objeto social sea netamente mercantil, a contratar con una persona natural cuyo objeto sea trabajar para otra empresa que necesita que sus productos sean comercializados o distribuidos?

El Contrato de Trabajo Realidad es una relación laboral que se presenta entre empleador y trabajador, con el paso del tiempo, cuando se presentan los tres elementos anteriormente expuestos, dando respuesta a la pregunta formulada unas páginas anteriores, el contrato de trabajo realidad es producto de la mala fe por parte del empleador ya que busca disfrazar su relación laboral con el trabajador para no contraer la carga prestacional que implica una vinculación por medio de un contrato laboral, mediante la constitución de otras relaciones contractuales, que no generan ningún tipo de obligación, cuando la relación laboral

termina el empleado demanda a su ex empleador y es entonces donde el estado debe intervenir.

Porqué el Estado debe poner toda su infraestructura judicial para defender los derechos de un empleado cuyo empleador de una forma dolosa intenta a toda costa asumir su responsabilidad? Cuando existen leyes que regulan de manera clara y expresa las relaciones contractuales que se pueden presentar en la sociedad actual.

Se ve que aún cuando una parte de la sociedad, representada en las organizaciones internacionales, en sectores colectivos en la constituyente en nuestro caso, se ven opacadas por aquellos sectores económicos que no les interesa que el carácter social de la relación laboral se desarrolle. Sectores a los que solo les interesa acumular riqueza en sus estados financieros sin propender por una relación justa y equitativa, para aquellos que prestan sus servicios de manera incondicional y subordinada, sin darse cuenta o por ignorancia que sus derechos mínimos vitales están siendo vulnerados, ya que no solo se hace referencia al derecho al trabajo, si no a derechos tales como:

- La vida digna
- La salud
- La vivienda
- Educación

En ocasiones el empleador se aprovecha del estado de necesidad del trabajador quien por buscar su sustento diario acepta condiciones desfavorables para sí mismo.

El Estado se ha visto bastante corto a la hora de garantizar que este tipo de hechos se presenten ya que no ofrece dentro de sus políticas sociales, mecanismos que fomenten empleo así como el desarrollo de las empresas.

En cambio el estado por medio de sus jueces debe entrar a dirimir conflictos laborales cuyo origen radica en la realidad. No sería más económico y eficaz evitar que estas relaciones se presenten? Regular las relaciones contractuales de manera tal que el contrato de trabajo realidad deje de presentarse?

El Contrato de Trabajo Realidad es un fenómeno social que pone a Colombia como estado Social de Derecho muy mal parado, en el desarrollo de sus políticas garantistas. Ya que solo se puede garantizar una relación laboral justa solo si la parte afectada acude a la instancia judicial, que porcentaje de las personas cuyo

vínculo es este tipo de contrato se encuentran en la actualidad bajo este modelo de contratación, ya sea por ignorancia o por necesidad? Y en el mejor de los casos que su litigio no se vea dilatado por las estrategias del empleador para retrasar los términos y que estos finalmente prescriban, casos en los que el Estado asume una postura pasiva y permisiva con la parte interesada en no salir condenada a pagar lo que es justo para la contraparte.

De otra parte también se debe tener en cuenta no sin ser más gravosa la situación el hecho que la voluntad de las partes no sea constituir una relación laboral indefinida, pero que con el tiempo y la realidad de los hechos hacen que se constituyan, normalmente con el transcurrir del tiempo las partes se ven sumergidas en este tipo de relación, donde sin quererlo es más ventajosa para el empleador quien logra que otra persona en subordinación total sea un pilar en su desarrollo empresarial, pero a la larga no recibe lo justo, y que cuando se genera una discrepancia y de salir victorioso el empleado genera un detrimento económico significativo para el empleador, ya que el estado castiga de manera implacable la omisión de ciertas obligaciones contraídas, como es el pago de la seguridad social, vacaciones, primas etc., o aquellos derechos que la ley cataloga como irrenunciables, estos derechos no son susceptibles de conciliación. Eso sin contar las sanciones que el estado le impone, ya que no solo se le debe al empleado sino que el estado por esta “omisión” deja de percibir en su sistema de salud, los aportes obligatorios por estos empleados.

Los empleadores deberían generar una conciencia no solo de emprendimiento empresarial, sino emprendimiento social, tener claras las obligaciones que deben contraer y sobretodo el tipo de contrato que quieren suscribir, con sus colaboradores, ya que el contrato de prestación de servicios, de corretaje no son malos, lejos está de la voluntad de este escrito desvirtuar o decir que son improcedentes estos modelos de relaciones contractuales, al contrario esta diversidad de contratación hace que nos podamos relacionar más fácilmente sin depender de un solo modelo de contratación, simplemente dependiendo de las necesidades de las partes así se constituye la relación contractual o laboral, según sea el caso, lo malo es la intención con que usamos estos modelos de contratación, querer disfrazar un contrato laboral mediante un contrato de prestación de servicio pretendiendo evitar los deberes y derechos que se contraen con cada una de ellas.

Como hemos visto las relaciones cambian con base en la sociedad, todas estas relaciones son diferentes y generan diversos tipos de deberes y derechos entre las partes, se debe tener claro cuál es el objeto de constituir una relación laboral o contractual determinada y cuál es el objeto de ella

- Acaso solo quiero una asesoría de un profesional?

- Quiero un colaborador de tiempo completo en mi empresa, que cumpla horario y que atienda a órdenes de un superior jerárquico.?
- La persona que está asesorándome puede hacerlo desde cualquier lugar?
- Qué tipo de perfil académico requiero para esta labor, necesito un profesional o simplemente mano de obra calificada?
- Es un empleado de manejo de confianza?

Estos son algunos de los aspectos que debo tener en cuenta a la hora de constituir una relación contractual o laboral en mi empresa.

Esto con el fin de evitar inconvenientes a futuro, que de una u otra manera pongan en peligro mi actividad económica e incluso mi patrimonio personal, ya que de salir condenado en un proceso laboral, la indemnización que corre por mi cuenta puede poner en peligro el capital de mi empresa como mi capital personal.

Ahora bien debemos abordar esta problemática desde otro punto de vista y es el de la seguridad social como fenómeno nacional.

Además de vulnerar los derechos humanos en relación directa o indirectamente con el derecho al trabajo. Violar convenios promovidos por la OIT ratificados por Colombia, existe un fenómeno social a nivel nacional y es que el trabajador al tener que asumir la carga prestacional que en derecho le corresponde al empleador, su calidad de vida se ve desmejorada sustancialmente, y si este tiene la oportunidad de escoger entre devengar un sustento diario más alto que le permita subsistir de una mejor manera, este dejara de efectuar los aportes a seguridad social, pensión, etc.

Lo cual genera que el sistema de pensiones y salud a nivel nacional deba asumir la carga de aquellos que son laboralmente activos y que pertenecen al régimen contributivo, como régimen subsidiado, provocando un desequilibrio económico, ya que como, si se puede equiparar de alguna manera es un fondo común, donde los aportes de todos benefician a unos cuantos, resulta el caso contrario los aportes de unos cuantos benefician a todos.

Otro fenómeno social que debe enfrentar el país por causa de este tipo de contrataciones anómalas, es el sistema pensional ya que cuando el trabajador no es afiliado al sistema pensional, difícilmente cuando llegue a ser adulto mayor, el estado podrá garantizarle una vida digna de su condición, por tal motivo hoy en día vemos muchas personas que su condición como adulto mayor no es la mejor, no poseen ingresos propios, ni muchos menos los medios para conseguirlo, al contrario viven a la merced de su familia si tienen suerte de contar con una familia

que los cuide y los proteja de en su condiciones de indefensión, pero si al contrario es un adulto mayor víctima del abandono, para a engrosar los cinturones de miseria que aquejan a nuestra sociedad actual.

La mayor parte de estas personas, no hicieron valer sus derechos laborales por ignorancia, porque el estado ha sido negligente y se ha quedado corto tanto en la difusión de los derechos laborales, como en la educación al respecto, muchos de los adultos mayores que hoy en día viven en condiciones inhumanas o bajo la manutención de su familias, trabajaron durante toda su vida, sin derecho en teoría a nada, ya que eran empleadas domésticas internas donde por un plato de comida o un techo ya perdían derechos como salud, pensión, vacaciones. Y a los que haya lugar.

Eso sin mencionar que en algunos casos los empleadores de la manera más dolosa y ventajosa disfraza un salario integral, con una remuneración diaria, por la labor prestada, sin horario de trabajo establecido, trabajando domingos y festivos, sin que el trabajador sepa que para establecer un salario integral mínimo su constitución debe hacerse sobre 10 SMMLV.

En cuanto a la medición de empleo en el país se utilizan cifras exactas y verificables. De ahí que las encuestas del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) hablen de un 9.9% de los colombianos en el desempleo (2'300.000) y un 49.4% de la población inmersa en la informalidad (10'300.000). Pero en la nación no hay un consolidado que responda a los empleados independientes y a los muchos que están sujetos al modelo de prestación por servicios.

Según voceros del DANE las personas que tienen contratación por prestación de servicios están dentro de la categoría ocupacional por cuenta propia; sin embargo, no todos los trabajadores por cuenta propia tienen convenios por prestación de servicios. La definición del Trabajador por Cuenta Propia es la siguiente: "Persona natural con un trabajo, profesión u oficio, cuya remuneración depende directamente de la comercialización y venta de los bienes o servicios producidos; se caracteriza por no contratar a terceros como asalariados para lograr sus metas y objetivos".

A falta de una cifra oficial y teniendo en cuenta el único estimado que se puede encontrar en la gran encuesta integrada nacional de hogares, más de 8'900.000 personas están ubicadas en esta sección.

En cuanto a la contratación pública la única estimación fue la que el Ministro de Trabajo, Rafael Pardo, dio a conocer hace más de un año. Pardo dijo 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.

Por último y después de todo el recorrido que hemos hecho por el mundo, por los esfuerzos de países y sociedades enteras por instaurar los derechos laborales, así como todo el proceso que ha tenido Colombia para este mismo fin, podemos concluir, que:

Se trata de nada más que de un acto doloso y 100% mala fe por parte de las entidades contratantes el pretender disfrazar un contrato laboral con otro tipo de relaciones contractuales, que sin decir en ningún momento que sean malas o inadecuadas no son las correctas para vincular a un empleado, queriendo con ello el empleador tener para su patrimonio propio un beneficio adicional, basado en la necesidad y en la ignorancia de muchos colombianos, quienes se ven obligados a contratarse de esta manera.

Aun cuando se predica que el empleador es la parte fuerte en la relación contractual, y es él el llamado a hacer justicia y a contratar de manera adecuada a sus trabajadores, propendiendo la igualdad material y social de todas aquellas personas que le colaboran en el día a día.

Los empleadores deben asumir una posición que es de carácter social, una empresa no es solo una forma de enriquecerse o llevar a cabo aspiraciones personales, una empresa es un pilar económico que permite el desarrollo de muchas familias y por ende de sociedades.

Pretender defenderse en un proceso laboral por contrato de trabajo realidad con un argumento como “estaba en un error” es irresponsable y aún más doloso que el hecho de contratar a personas evadiendo la responsabilidad de un contrato laboral. Pretendiendo que con su esfuerzo y trabajo arduo se vea el beneficio económico solo para sí mismo.

Siendo este el caso el estado cuando se vea obligado a intervenir en un litigio por esta causa y de llegarse a demostrar la existencia de contrato de trabajo realidad, no solo debería imponer el pago de las prestaciones adeudadas sino que también debería imponer una seria sanción pecuniaria dirigida al estado, condenando así de una manera eficaz el dolo y la mala fe del empleador para con sus empleados, con el estado y la sociedad.

Con el presente trabajo espero haber abordado de manera eficaz el derecho al trabajo y el Contrato de Trabajo Realidad

## 7. CONCLUSIONES

El Estado Colombiano debe trabajar para propender la igualdad de derechos en todos los trabajadores, debe ser más preventivo y no reactivo, creo que es importante implementar una serie de medidas coactivas que limiten el actuar de los empleadores de mala fe, que mediante la constitución de contratos de trabajo mal aplicados, “apuntando a su beneficio personal” buscan evadir las verdaderas responsabilidades adquiridas mediante un Contrato Laboral.

Medidas de que una u otra forma induzcan de manera natural al empleador al siguiente razonamiento “si se llega a demostrar que este caso es un Contrato de Trabajo Realidad mi empresa corre un gran peligro financiero”

Esto como se logra? Con medidas pecuniarias elevadas que realmente afecten a la empresa y con celeridad en los procesos y que no se puedan dilatar los términos.

## BIBLIOGRAFÍA

CERON DEL HIERRO. Antonio. El Trabajo, el derecho Laboral y la Seguridad social en la Constitución política de Colombia. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica DikÉ, 1996, 256p.

CLARK, Daniel Lindley. "The Law of de employment of labor". En PÉREZ BOTIJA, Eugenio. El contrato de trabajo: Comentarios a la ley, doctrina y Jurisprudencia. 2ª ed. Madrid. España: Afrodísio Aguado S.A. 1954. 259 p.

CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA. 32ª edf. Bogotá D.C.: Legís, 731p.

COLOMBIA. CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO. Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo". Bogotá D.C., Colombia. Publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 (19 marzo, 1997) Estatuto general de contratación de la administración publica-Finalidad Referencia: Expediente D-1430. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara

----- . Sentencia C-440 (25, mayo, 2011). . Subsidio familiar. Magistrado Ponente. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia Abril 24/75. Radicado 2392, pp. 458-459.

----- . Sentencia Radicado 7922 (1, dic, 1981). M-P. Fernando Uribe Restrepo.

----- . Sentencia de 26 de enero de 2007. Radic ado 29418 Acta N° 3, Magistrado Ponente Luís Javier Osorio López.

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Convenios Internacionales del Trabajo ratificados por Colombia Tomo 1. Bogotá D.C., Mintrabajo y Seguridad Social.

-----. Convenios Internacionales del Trabajo ratificados por Colombia Tomo 2. Mintrabajo y Seguridad Social.

CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 11 (24, feb, 1984). Por la cual se reforman algunas normas de los Códigos Sustantivo y Procesal del Trabajo. Bogotá D.C., Diario Oficial No 36.517 de 30 de abril de 1984.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991. Actualizada. Bogotá DC., Leyer. 2010. 781p.

DEVEALI, Mario L. Tratado de derecho del trabajo. 2 da. ed. Buenos Aires: Argentina: España: La Ley. 1966. 483p

GÓMEZ ESCOBAR, Sehir. Legislación Laboral teoría y Práctica. Bogotá (Cundinamarca, Colombia). Publication: Mac Graw Hill, 1998. 232p.

LAMO GÓMEZ, Jorge Eduardo. El sentido del trabajo en las sociedades contemporáneas. Visión introductoria al derecho del trabajo en la legislación colombiana. Bucaramanga, Colombia. UNAD Eds., 2003. 227p.

OSPINA, Mario Andrés Breves reflexiones sobre constitucionalismo y justicia constitucional. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia Departamento de Derecho Constitucional, 2014. 217p.

PEREZ BOTIJA. Eugenio. El contrato de trabajo: Comentarios a la ley, doctrina y Jurisprudencia. 2ª ed. Madrid, España: Afrodísio Aguado S.A. 1954. 352 p.

PINILLA CAMPOS, Ernesto. Dinámica de la Acción de tutela y el principio de la primacía de la Realidad sobre las formalidades establecidas. En: Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social. (Nov-Dic. 2011), vol. 00, nº, 0168, pp. 10-15.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1703. ( 2, agosto, 2002). "Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud". Bogotá, D.C.: Diario Oficial. N° 44893. p. 3.

RAMÍREZ MORENO, Augusto. Ponencia para segundo debate de la Nueva constitución política de Colombia. Bogotá D.C., Gaceta Constitucional N° 112 del 13 de julio de 1991, 48p.

SIERRA ROMERO, Gustavo Adolfo.\*\* La esclavitud como relación laboral, ayer y hoy. En Revista Económicas CUC. Barranquilla, Colombia, Enero- Diciembre. 2010, vol.31, n° 31, p. 61-71.

SMITH, Adam. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Libro I, Capítulo 5: "Of the Real and Nominal Price of Commodities, or of their Price in Labour, and their Price in Money", Chicago, IL, University of Chicago Press, 1976. 257p.