



**El contrato por prestación de servicios en el Estado colombiano: un análisis en clave de
derechos humanos**

Ana María Ángel Ortega

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derechos Humanos y Derecho
Internacional Humanitario

Tutor

Hernán Darío Vergara Mesa, Doctor (PhD) en Derecho Laboral

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario
Medellín, Antioquia, Colombia

2021

Cita	(Ángel Ortega, 2021)
Referencia	Ángel Ortega, A.M. (2021). <i>El Contrato por Prestación de Servicios en el Estado colombiano: un análisis en clave de Derechos Humanos</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Cohorte X.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

El contrato de prestación de servicios, ampliamente utilizado por parte de la administración pública en Colombia, ha sido materia de controversia debido a irregularidades en su uso por realizar exigencias al contratista desde una perspectiva únicamente permitida por el contrato laboral. Hasta ahora, esta situación se ha analizado, principalmente, a la luz del derecho laboral y administrativo; diversos autores han escrito sobre esta problemática con un enfoque en las consecuencias legales que acarrea celebrar un contrato de esta índole, incumpliendo con su verdadera naturaleza. Sin embargo, es necesario hacer un análisis en clave de derechos humanos para concluir si Colombia efectivamente se adhiere al cumplimiento, respeto y promoción de estos desde una perspectiva laboral, o si por el contrario el Estado los viola y en qué medida. En este artículo se expondrá lo concerniente a la legislación, jurisprudencia y demás fuentes de derecho en el país, tanto en la arena internacional como en su aplicación nacional, y esto se contrastará con lo evidenciado en la práctica por un grupo de contratistas quienes fueron encuestados. También se comparará la situación de Chile y México para evidenciar si esta se trata de un hecho presente a nivel regional. Finalmente, se revisarán los conceptos de “trabajo decente” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el de “contrato realidad” para, posteriormente, arrojar conclusiones frente a los hallazgos respecto a la violación o no por parte de Colombia frente a derechos humanos laborales.

Palabras clave: trabajo decente, contrato de prestación de servicios, contrato realidad, contratista.

Abstract

The contract for the provision of services, widely used by the public administration in Colombia, has been the subject of controversy because of the irregularities in its use due to the demands that are made to the contractor from a perspective only allowed by the labor contract. Until now, this situation has been analyzed mainly in the light of labor and administrative law; Various authors have written about this problem with a focus on the legal consequences of entering into a contract of this type, in breach of its true nature. However, it is necessary to carry out this analysis in the

key of human rights, to conclude if Colombia effectively adheres to the fulfillment, respect and promotion of these from a labor perspective, or if on the contrary the state violates them and to what extent. This article will theoretically expose what concerns the legislation, jurisprudence and other sources of law in the country, both in the international arena and in its national application, and this will be contrasted with that evidenced in practice by a group of contractors who were surveyed; The situation of Chile and Mexico, also Latin American countries, will also be compared to show whether this is a fact present at the regional level; Finally, the concepts of "decent work" of the International Labor Organization (ILO) and that of "reality contract" will be reviewed, to later draw conclusions regarding the findings on the violation or not by Colombia of human rights relating to labor.

Keywords: decent work, contract for the provision of services, reality contract, contractor.

Sumario

Introducción. 1. Contrato de prestación de servicios en el Estado colombiano, tratados y convenios internacionales y nivel de adherencia a estos. 1.1 Tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por Colombia. 1.2 Fuente de derecho colombiana en materia de derechos laborales y trabajo en general. 2. Comparación de la situación del trabajo decente y el contrato de prestación de servicios en el sector público de Colombia con otros países de Latinoamérica. 2.1 Chile. 2.2 México. 3. Análisis del contrato de prestación de servicios en el sector público en Colombia. 3.1 Concepto de "Trabajo Decente" de la OIT. 3.2 Concepto de "Contrato Realidad" y análisis de su uso en Colombia frente al de Prestación de Servicios. Conclusiones. Referencias.

Introducción

En las administraciones públicas en Colombia, aproximadamente el 62% de los contratos celebrados con individuos se hace a través de la figura de prestación de servicios (Cifuentes, 19 de diciembre, 2020), el cual tiene unas particularidades que afectan al contratista en su bienestar

económico, social y emocional. De acuerdo con la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009:

El trabajo (...) define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo o de exigirle al Estado el mínimo de condiciones materiales que se requieren para proveer su subsistencia en condiciones dignas, sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

En teoría, el contrato de prestación de servicios debería brindar unas libertades que el contrato laboral no contempla. Sin embargo, en la práctica, se encuentra que, en muchos de los casos, en realidad se intenta encubrir bajo este una verdadera relación laboral, tal y como lo expone la Senadora Angélica Lozano en su proyecto de Ley 154 (Lozano, 2020). Para efectos del presente artículo, se enfocará el análisis en el Estado propiamente como contratante, ya que es el único que, en el sentido estricto de la palabra, puede responder ante la violación de Derechos Humanos, puesto que, como lo mencionó el Profesor Pablo Angarita en su texto de Lección Inaugural “Derechos Humanos: Dominación y resistencia. Globalización e insubordinación”:

La doctrina de las Naciones Unidas y diversos expertos en la materia, reiteran que los Estados son los únicos responsables, nacional e internacionalmente, en materia de derechos humanos, lo cual significa que sólo éstos pueden responder ante los órganos interestatales de protección y, por tanto, ser susceptibles de enjuiciamiento. (Angarita, 2012, p. 25)

El propósito de este artículo, entonces, es analizar la posible vulneración del Estado colombiano de derechos humanos, específicamente los concernientes al ámbito laboral, por medio de la contratación por prestación de servicios, bajo la lupa del concepto de “trabajo decente” de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT). Para esto, se iniciará con una descripción de la fuente de derecho en Colombia, los tratados y convenios internacionales ratificados por esta en materia laboral, y se contrastará preliminarmente con los hallazgos de una serie de encuestas realizadas a actuales y antiguos contratistas del sector público para analizar si lo que está escrito se da efectivamente en la realidad. En el segundo apartado, se hará una descripción breve de la situación en otros países latinoamericanos (Chile y México) respecto al uso del contrato de prestación de servicios para tener un indicio acerca de si esta situación es de orden regional. Por último, se expondrán los conceptos de “trabajo decente” de la OIT y de “contrato realidad”, para con la información vista en los dos apartados anteriores, concluir el respeto o la violación del Estado colombiano, en la práctica, de los derechos humanos laborales frente al uso del contrato de prestación de servicios.

Finalmente, en el aspecto metodológico del presente artículo se realizó una revisión documental de diversos textos relacionados con el tema, también se llevaron a cabo encuestas para soportar el estado de la realidad, debido a la dificultad en encontrar fuentes oficiales que dieran datos actualizados, completos y fidedignos, y se hizo el cruce entre conceptos y lo que ocurre en la práctica para llevar a cabo el análisis que se presenta en este documento.

1. Contrato de prestación de servicios en el Estado colombiano, tratados y convenios internacionales y nivel de adherencia a estos

1.1 Tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por Colombia

Desde el año 1919, Colombia ha firmado y ratificado una serie de tratados internacionales en materia de trabajo y bienestar para los trabajadores, los cuales han surgido desde la voluntad de la humanidad de generar unos lineamientos para preservar la dignidad humana, específicamente, y para el interés de este artículo, en materia laboral, pues el anhelo general es que “el crecimiento económico vaya acompañado de la justicia social” (Somavia, 1999, num. 2, párr. 10).

En dichos instrumentos, se tratan temas relevantes como la seguridad social (salud, pensión y demás áreas que deben estar cubiertas para los trabajadores con el fin de realizar sus labores en condiciones favorables), vacaciones, descanso y jornada laboral moderada (equilibrar la vida personal, familiar y social con el trabajo para el correcto desarrollo del trabajador en todas sus esferas), formación de sindicato y derecho a la huelga (la posibilidad de que sean escuchadas las opiniones y peticiones de los trabajadores), entre otros. Dichos temas, han sido ratificados en los instrumentos mencionados en la tabla a continuación, de los cuales se especifican los artículos concretos a tratar en el presente documento:

Tabla 1

Tratados internacionales en materia de trabajo, firmados y ratificados por Colombia

	Declaración Universal de DDHH	Pacto Internacional de los DESC	Protocolo de San Salvador	Convenios de la OIT
Importancia y protección de la familia	Art. 16, núm. 3	Art. 7, num. ii; Art. 11, num. 1		
Seguridad social	Art. 22	Arts. 9 y 12, núms. 1 y 2-b	Art. 7, num. E; Art. 9, núms. 1 y 2	Núm. 102 sobre la seguridad social; Núm. 117 sobre política social
Trabajo en condiciones equitativas	Art. 23, núms. 1, 2 y 3	Art. 7, núms. a-i y c	Art. 6, num. 1; Art. 7, núms. a, c y d	
Formación de sindicatos y derecho a la huelga	Art. 23, núm. 4	Art. 8, num. 1-a y d	Art. 8, núms. a y b	
Vacaciones, descanso y jornada laboral moderada	Art. 24	Art. 7, núm. d	Art. 7, núms. g y h	Núm. 106 sobre el descanso semanal; Núm. 30 sobre las horas de trabajo; Núm. 132 sobre las vacaciones pagadas
Maternidad	Art. 25, num. 2	Art. 10, num. 2	Art. 6, núm. 2	Núm. 3 sobre la protección de la maternidad
Buen nivel de vida	Art. 25, núm. 1	Art. 11, núm. 1		

Fuente: Elaboración propia

Como se dijo anteriormente, estos tratados y demás instrumentos en materia laboral han sido firmados y ratificados por Colombia, y han sido integrados en la legislación colombiana en el último siglo, tal y como se verá a continuación.

1.2 Fuentes del derecho colombiano en materia de derechos laborales y del trabajo en general

La mayoría de los convenios internacionales mencionados anteriormente que han sido ratificados por Colombia, forman parte de la legislación interna —bloque de constitucionalidad¹— laboral, además de ser incluidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, los cuales, en materia laboral y para efectos de este artículo, se consagran en los diferentes instrumentos que veremos a continuación para tener un contexto claro acerca del trato que Colombia tiene en temas relativos al trabajo:

En la Constitución Política de 1991, nuestra Carta Magna, se plasmaron derechos y regulaciones respecto a las temáticas mencionadas en la Tabla 1 concernientes a la protección del trabajador; dichos elementos se encuentran en: artículo 25 (derecho al trabajo en condiciones dignas); art. 39 (derecho al sindicato); artículo 42 (importancia y protección de la familia); artículo 43 (equidad entre hombres y mujeres y protección a la mujer durante el embarazo); artículo 53 (estatuto del trabajo y todas las garantías frente a él, como la “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”, los Convenios ratificados respecto al trabajo forman parte integral de la legislación interna, y los contratos no pueden menoscabar la dignidad humana); artículos 55 y 56 (derecho al sindicato y la huelga); artículo 93 en el que se dispone que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”; y el artículo 125 “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

Por otra parte se encuentra el Código Sustantivo del Trabajo de 195. En general, este Código es de suma importancia para el análisis que nos concierne en el presente artículo, en especial, lo atinente al contrato de trabajo, el cual es definido como “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” (art. 22, núm. 1). Además,

¹ “Normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (Arango, 2004, p.1)

es importante tener en cuenta lo consignado en el Título VI (Jornada de Trabajo), VII (Descansos Obligatorios), Capítulo V del Título VIII (Protección a la Maternidad y Protección de Menores), Título I (Sindicatos) de la Segunda Parte (Derecho Colectivo del Trabajo).

Por su parte, la Ley 80 de 1993 regula “los principios que rigen los contratos de las entidades estatales”. En el artículo 32, numeral 3, se refiere al Contrato de Prestación de Servicios y lo define como:

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. En materia jurisprudencial, la Corte Constitucional en la Sentencia C-614 de 2009 trata sobre “Contrato de Prestación de Servicios- Prohibición de celebración para ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución”, y es de suma importancia, puesto que hace un análisis de la carrera administrativa y la prestación de servicios en el sector público. Al respecto, en la Cuestión Final (2.8) manifiesta lo siguiente:

lo cierto es que resulta un lugar común afirmar que, en la actualidad, se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados outsourcing.

La Sentencia SU-049 de 2017, trata sobre el “Derecho a la Estabilidad Ocupacional Reforzada”, incluye al contrato de prestación de servicios para su protección, y menciona una serie de derechos fundamentales que deben ser respetados, sin importar el tipo de contratación que se tenga:

En las relaciones de prestación de servicios independientes no desaparecen los derechos a “la estabilidad” (C.P art 53), a una protección especial de quienes “se encuentren en

circunstancias de debilidad manifiesta” (C.P arts. 13 y 93), a un trabajo que “en todas sus modalidades” esté rodeado de “condiciones dignas y justas” (C.P art 25) y a gozar de un mínimo vital. (C.P arts. 1, 53, 93 y 94).

El Consejo de Estado en su jurisprudencia, adoptó la Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021, Sentencia de Unificación de Jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, la cual es de suma importancia, pues sus principales temas, son: Contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

Así las cosas, para el análisis que se pretende en el presente artículo, se busca contrastar lo expuesto anteriormente frente a lo que tiene Colombia en el ámbito jurídico, con la situación de los contratistas del sector público; para esto, es importante resaltar las características del contrato de prestación de servicios:

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*. (Ley 80, 1993, art. 32)

Dentro de sus características y como se observa en el artículo que lo define, están la temporalidad (no pueden emplearse para actividades permanentes y misionales de la Entidad), el solo recurrir a esta figura cuando las actividades no puedan ser ejecutadas por personal de planta, y que *no existe subordinación* (autonomía del contratista).

Para contrastar lo expuesto anteriormente con la realidad que se vive en el país, se realizó una encuesta a un grupo de 8 actuales y antiguos contratistas del Estado², debido a que se envió derecho de petición a la Alcaldía de Medellín el día 14 de octubre solicitando cifras de contratistas actuales, personal de planta y demandas por contrato realidad, pero en el mes y una semana transcurridos no se ha recibido respuesta³. En dichas encuestas se encontró la siguiente caracterización:

² Los cuales han prestado sus servicios en los sectores educativo, hacienda, social, infraestructura, legal, y de ciencia, tecnología e innovación.

³ Solo se ha recibido respuesta de la Secretaría de Despacho, una de las tres dependencias a las que se derivó el Derecho de Petición, lo cual da muestra de la dificultad que supone el acceso de los ciudadanos a la información pública en este tema.

Respecto a la temporalidad de estos contratos, el 75% de los encuestados dijeron haber trabajado en estas entidades por más de dos años, el 62,5% suscribió entre 6 y 10 contratos en total, y el 50% manifestó que la duración máxima de cada uno de esos contratos fue de 11 meses. Preliminarmente, estos hallazgos permiten observar que las funciones llevadas a cabo por estos contratistas correspondían a las *permanentes* de dichas entidades. Posteriormente en este artículo, se volverá a tratar este asunto con el fin de revisar la duración máxima de dichos contratos a la luz de la Sentencia SUJ-025 de 2021.

Por otra parte, a los entrevistados (entre los meses de septiembre y octubre del 2021) también se les indagó acerca de si las labores que han desempeñado corresponden al giro ordinario del negocio⁴, a lo cual el 75% respondió que sí, confirmando así que, además, estas correspondían a las actividades misionales de las Entidades.

En cuanto al hecho de solo recurrir a este tipo de contratos cuando no se pueda emplear personal de planta para ello o se trate de actividades especializadas, el 50% de los encuestados dijo que *sus labores también eran desempeñadas por otro(s) Servidor(es) Público(s) de la misma entidad*, lo cual desvirtúa esta característica del contrato de prestación de servicios estatal.

Respecto a la *subordinación*, el 75% de los encuestados manifestó que ha debido cumplir con un horario, y de ellos el 50% recibía algún tipo de llamado de atención en caso de incumplirlo. Además, el 62,5% de los encuestados dijo haber recibido órdenes de algún “superior” dentro de la Entidad (generalmente, su supervisor), y al pedirseles dar ejemplos en la pregunta final⁵, resaltan los siguientes:

Se debe impartir formación como instructor presencial de acuerdo a las directrices del centro de formación y la ejecución de las funciones, cumpliendo los horarios de formación con un total de 40 horas semanales, presenciales y en los horarios asignados por la institución para esta función, y el pago de honorarios estaba sujeto a este cumplimiento de 40 horas semanales y un total no menor a 160 horas en el mes para que se haga efectivo el pago. (U. C., comunicación personal, 27 de septiembre de 2021)⁶

⁴ “Actividades que constituyen objeto social. En ese sentido, solo quedan cobijadas por este concepto las actividades que en forma habitual u ordinaria ejecuta la entidad, por lo que se encuentran excluidas las operaciones que se realizan de forma extraordinaria o esporádica, ya que resultan ajenas al objeto social” (Fenalco, s.f.)

⁵ ¿Recibía/recibe órdenes de algún superior para la ejecución de sus labores? Favor explicar y dar un ejemplo.

⁶ Se ponen las iniciales de la persona entrevistada para conservar la anonimidad de su identidad por voluntad de esta.

Sí. Se nos daban órdenes e instrucciones. También había descargos, llamados de atención por no cumplimiento de metas, las cuales eran muy altas para la naturaleza y contexto de nuestra labor. Si bien en teoría, nosotros manejábamos nuestro tiempo, las metas y presiones ejercidas implicaba que se tuviera que trabajar desde horas muy temprano en la mañana hasta avanzada la tarde/noche y de domingo a domingo. También había diferencias notables entre el personal operativo (profesional social) y el de oficina (que podía o no ser profesional) en lo que concernía a condiciones de trabajo y trato. (R. D., comunicación personal, 16 de octubre de 2021)

Finalmente, se realizaron preguntas respecto a la existencia de un pago periódico por sus labores y la obligación de prestar sus servicios directamente o la posibilidad de asignar a otra persona en caso de requerirse, a lo que el 100% de los encuestados manifestó *recibir un pago periódico y la obligación de prestar sus servicios directamente*, lo cual es indicio también de un contrato laboral en la realidad, de acuerdo a lo indicado en la Sentencia C-614 de 2009 como dos de los tres elementos que definen a ese tipo de contrato, esto es, prestación de servicios u oficios de manera personal, y la contraprestación -que se denomina salario-.

Lo anterior es muestra de la carente adherencia en la realidad del sector público a las leyes y, por consiguiente, a los Tratados Internacionales en temas laborales presentados en la Tabla 1, que podría indicar el hecho de que en Colombia se están violando derechos humanos concernientes al trabajo, yendo en contravía de lo acordado en dichos documentos. Sin embargo, esta premisa será evaluada a mayor detalle en las secciones siguientes de este artículo.

A continuación, se expondrá la situación actual de otros dos países latinoamericanos, para contrastar cómo está Colombia respecto a ellos en temas de posibles abusos en el uso del contrato de prestación de servicios y así, dar luces respecto a una problemática que puede ser de orden regional.

2. Comparación de la situación del trabajo decente y el contrato de prestación de servicios en el sector público de Colombia con otros países de Latinoamérica

2.1 Chile

De acuerdo con Moisés Ferreira y María Lizana (2009), en Chile se ha vivido una situación similar a la presente en Colombia, con lo que allí se denomina “trabajadores a contrata” y “trabajadores a honorarios” del Fisco. La primera categoría hace referencia al tipo de contrato “de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución”, el cual presenta mayor similitud con los cargos de provisionalidad en nuestro país.

Otro tipo de contrato es el de “trabajador a honorarios”, el cual consiste en la contratación de “profesionales y técnicos de educación superior a expertos, para la realización de labores accidentales y que no sean habituales de la institución” (Ferreria y Lizana, 2009, p.24). Este es similar a la figura del de prestación de servicios en los siguientes aspectos: no constituye un cargo público, por lo que no aplicaría el derecho administrativo, ni uno privado, por lo que no aplicaría el Código de Trabajo. Así que se rige por el convenio firmado propiamente y la legislación nacional actual, no debe utilizarse para funciones habituales que ejecuta un funcionario público y el contrato se puede terminar unilateralmente en cualquier momento.

En cuanto a sus diferencias, encontramos que en caso de determinar de forma precisa y concreta la función de un profesional a honorarios, el servicio sí se puede prestar de forma permanente o habitual, lo que sería una excepción de lo mencionado en el apartado anterior. Además:

los trabajadores a honorarios pueden pactar el pago de anticipos de honorarios, previa caución, aunque el Estatuto Administrativo prohíba pagar anticipos a los funcionarios públicos, pueden fijar una determinada jornada de trabajo ; tienen derecho a seguir cursos de capacitación con cargo a la Administración; tienen derecho a feriado, con compensación en dinero en caso de no poder ejercerlo; al uso de licencias médicas (dictamen N° 18.100 de 1999); a licencia pre y post natal (dictamen N° 21.345 de 1999), etc. (Ferreria y Lizana, 2009, p.26)

Con esta claridad acerca de las características de estos dos tipos de contratos dentro del Fisco chileno⁷, los autores realizan un análisis acerca de la situación de las personas contratadas bajo alguna de esas modalidades, el cual muestra que el Estado cada vez más recurre a estas formas de contratación, evitando generar plazas de funcionarios y causando inestabilidad para estas personas, yendo así en contravía de los principios de seguridad y estabilidad, los cuales son soportes del trabajo decente.

Finalmente, al contratar a personas a honorarios específicamente, incurre en vulneraciones graves a los derechos laborales contenidos en los Convenios Internacionales firmados por Chile, ya que se están asignando permanentemente para llevar a cabo actividades que le corresponde al personal de planta. Todo esto se hace, presuntamente y según los autores, por motivos económicos, ya que es muy pesado, financieramente hablando, contratar a más personas por carrera funcionaria. Lo anterior lleva a estas personas a ser discriminadas dentro de los organismos del gobierno frente a los beneficios que reciben los funcionarios propiamente y, por tanto, carece de toda ética. Para solventar esto, Ferreira y Lizana proponen que el Estado cumpla con los criterios de trabajo decente y se convierta en referente, ante el sector privado de protección y garantía de los derechos laborales de la población, en lugar de ser su mayor violador.

2.2 México

En su artículo “La Reforma Laboral contra el Principio del Trabajo Decente”, Carlos Quiñones (2016) acusa cómo el Estado mexicano ha desprotegido al trabajador, debido a que, entre otras cosas, el silencio frente al abuso en la celebración de contratos de prestación de servicios. Además, dice que:

la reforma no contempla la regulación de las relaciones laborales derivadas de los contratos disfrazados de “contratos de prestación de servicios”, en los que se dan las modalidades de contratación de trabajadores autónomos dependientes y los trabajadores falsos autónomos, lo que significa un fraude a la ley. (Quiñones, 2016, p.28).

⁷ Un tercer tipo es el de planta, pero no es relevante para el presente artículo.

Además de lo expuesto anteriormente, encontramos cómo en México también se presenta el uso de la subcontratación por parte del Estado, con el agravante que, a diferencia de lo que sucede Colombia⁸, “no existe una obligación solidaria entre el contratante y el contratista para garantizar el pago de las obligaciones, tanto las de carácter laboral como las de seguridad social” (Quiñones, 2016, p. 30).

Incluso cuando el contrato no se celebra por medio de algún intermediario, en México se ven situaciones tales como el cumplimiento de horarios, la obligación de asistir a las instalaciones del contratante y el empleo de los materiales de trabajo suministrados por él, todos estos elementos constituyentes de un real contrato de trabajo que no se materializó para evadir el pago de prestaciones sociales. Todo esto conlleva a la precarización del trabajo debido a la inestabilidad del empleo, la imposibilidad de unirse a sindicatos, la falta de beneficios por el no pago de prestaciones sociales, entre otros.

Como se puede observar, el fenómeno de la precarización del trabajo parece ser un elemento en común de varios países latinoamericanos, en los cuales, en un afán de integrar teorías neoliberales en la economía como ha sido el caso en Argentina⁹, se cometen atropellos en contra de la población y el Estado que, en lugar de propender por el bienestar común, abusa de una forma de contratación que va en contravía del trabajo decente.

3. Análisis del contrato de prestación de servicios en el sector público en Colombia

Teniendo en cuenta lo expuesto en el primer apartado acerca de la regulación sobre trabajo en el derecho internacional, mediante instrumentos firmados y ratificados por Colombia y, de igual manera, cómo se aplica esta en la legislación interna, además de la información presentada en el segundo apartado acerca de la situación actual en otros países latinoamericanos como lo son Chile

⁸ De acuerdo con Sentencia C- 614 de 2009, “corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados de la misma. Por esa razón, y en desarrollo del principio de primacía de la realidad sobre la forma, requerirán el cumplimiento de la ley, en forma solidaria, tanto al verdadero empleador como a quienes actuaron como intermediarios para utilizarla en forma inconstitucional”

⁹ De acuerdo con Lanari y Slavin (2003), en Argentina desde principio de la década de los 90, y en un afán por reducir el desempleo, se generaron unos cambios profundos en el régimen laboral, lo cual pretendía reducir los costos del trabajo y para disminuir el valor de los productos exportables, lo que produjo, por el contrario, una casi nula mejora en las cifras de empleo y la desfinanciación del sistema de seguridad social, lo que conllevó a una crisis económica aún mayor.

y México, cada vez nos encontramos más de cara al concepto de “trabajo decente”, el cual es de suma importancia al momento de evaluar el comportamiento del Estado colombiano en este ámbito respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3.1 Concepto de “Trabajo Decente” de la OIT

En 1999, el entonces Director General OIT, Juan Somavia, introdujo por primera vez la expresión “trabajo decente” durante su memoria para la 87ª reunión de dicha organización en Ginebra. El trabajo decente consiste en:

la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. (OIT, s.f.)

Complementando esta idea, en 2004 Virgilio Levaggi, el entonces Director Regional Adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, dijo que no es decente un trabajo que irrespete los derechos laborales fundamentales, que no remunera de forma justa de acuerdo a la labor y esfuerzo realizados e igualitaria a hombres y mujeres, y que no incluye el diálogo social. Además, mencionó como algo muy relevante para la evaluación del cumplimiento de estos criterios, que los conceptos de “trabajo” y “empleo” se toman indistintamente cuando la OIT se refiere a estos temas, y que específicamente el segundo significa el “trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie) sin importar la relación de dependencia (si es empleo dependiente-asalariado, o independiente-autoempleo)” (Levaggi, 2004)

Tal como lo menciona Juan Sebastián Rivera Galvis en su tesis de maestría denominada “Relaciones de Trabajo Típicas y Contrato de Prestación de Servicios celebrado con Personas Naturales en el marco de la Doctrina de Trabajo Decente de la OIT” (2015), el Estado colombiano ha tenido en cuenta esta doctrina y la ha reflejado en su cuerpo normativo. Este autor, hace un análisis de la realidad en nuestro país respecto a los cuatro objetivos principales del Trabajo Decente de la OIT, los cuales son: (i) la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; (ii) las oportunidades de empleo e ingresos; (iii) la protección social y (iv) el diálogo social.

Respecto al segundo objetivo, señala que en la mayoría de casos, los contratistas trabajan por años en contratos sucesivos con un mismo objeto, sin contar con derecho a vacaciones y sin poder reclamarlas debido a que esta modalidad no es objeto de protección del Derecho del Trabajo. Además, siguiendo con el fenómeno de la celebración de contratos sucesivos, en contravía del primer objetivo se tiene la pérdida de estabilidad laboral, ya que en teoría se recurre a este tipo de contratación para actividades temporales, “a pesar de que la actividad tenga vocación de permanencia dentro del desarrollo de las funciones de las entidades estatales en algunos casos.” (Rivera, 2015, p. 75).

En cuanto al tercer objetivo, esto es, la protección social, manifiesta que se pone en riesgo el bienestar de personas especialmente vulnerables, como lo son las mujeres embarazadas, por lo que se ha tenido que recurrir a la vía judicial para dar una protección reforzada a sus derechos, aunque esto aún no es suficiente y se siguen presentando hechos como lo expuesto por Diana Carolina Durán en la edición en línea del periódico El Espectador del 28 de febrero de 2020, en un artículo titulado “El drama de una contratista del Ministerio del Interior que quedó embarazada”, en el cual narra lo sucedido a Tatiana Vásquez, quien llevando siete años trabajando con dicho Ministerio anunció su embarazo poco antes de terminarse su contrato de ese momento, y posteriormente, no se lo renovaron, lo cual ella mostró como indicio de una discriminación por su estado y como violatorio de la protección reforzada a la maternidad, mencionada anteriormente.

Por último, en cuanto al objetivo de diálogo social, un contratista no puede participar en agremiaciones sindicales y por ende no tiene derecho a ser escuchado a pesar de que, como se ha mencionado anteriormente, en muchos de los casos en realidad se configura un contrato laboral. Rivera dentro de su investigación, intentó encontrar cifras exactas sobre el número total de trabajadores estatales contratados por prestación de servicios, a pesar de que esta información debe ser publicada en la página del Sistema de Información y Gestión del Empleo Público SIGEP y aun cuando ha sido exigido por la Corte Constitucional¹⁰.

Rivera, además, habla acerca de la garantía extendida a los contratos de prestación de servicios en el año 2019, por la cual los contratistas también pudieron comenzar a ser cubiertos por

¹⁰ Respecto a esto, Stefano Farné, creador del libro “Acciones para la Generación de Empleo y Mejoramiento del Dialogo Social en Colombia”, calculaba en el 2011 que, por cada 100 empleados dentro de la planta de personal de la administración pública, 132 personas se encontraban vinculadas mediante contrato de prestación de servicios.

las Aseguradoras de Riesgos Laborales (ARL), por medio de la ley 1562 que señala algo fundamental:

es necesario recordar que *los contratistas también son trabajadores* –aunque no sean empleados- y como tales, son personas que viven de su actividad física y mental, *a los que la precarización de las relaciones de trabajo ha golpeado más severamente*, obligándolos a renunciar a su derecho constitucional a una vinculación laboral directa con el empleador. No se puede aumentar ahora su desprotección permitiendo que las entidades del sistema general de seguridad social queden exentas de la responsabilidad como consecuencia de la evasión que se generaría entre los empleadores contratantes, que abusando de esta modalidad jurídica de vinculación de mano de obra, se abstienen de celebrar un contrato para evadir la cotización por concepto de riesgos profesionales. *La lucha es por el trabajo digno, bien que se ejerza de manera dependiente o independiente, en el marco de una relación jurídica de carácter laboral o de una relación civil o comercial, porque finalmente unos y otros son trabajadores, viven de su actividad y las normas sociales deben extenderse a todos sin excepción*”. (Rivera, 2015, p. 81)

Sin embargo, como lo expresa el autor, estos escasos avances que se han tenido para garantizar el Trabajo Decente en los contratos de prestación de servicios, han sido insuficientes y tardíos, ya que se trata de acciones correctivas que solo se aplican una vez es probado que estas encubren una verdadera relación laboral¹¹. Esto pone en entredicho lo expuesto en el primer apartado, respecto a la desprotección que enfrentan los contratistas públicos en Colombia debido a que no los ampara de forma proactiva ninguna garantía correspondiente al contrato laboral, argumentando Rivera que estas solo se obtienen frente a un contrato de esta clase con base en lo que contiene el Código Sustantivo del Trabajo, ignorando que las funciones ejecutadas por un contratista cumplen con lo expuesto por la OIT.

¹¹ “situación de injusticia frente a estas personas que deben esperar el ejercicio jurisdiccional para garantizar sus derechos en caso de querer comprobar la existencia de una relación laboral por omisiones normativas de la rama legislativa” (Rivera, 2015, p.94).

3.2 Concepto de “Contrato Realidad” y análisis de su uso en Colombia frente al de Prestación de Servicios

Otro concepto importante para el presente análisis, aparte del de “trabajo decente” de la OIT revisado anteriormente, es el de “contrato realidad”, el cual se define por el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991 como la “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”. Como se menciona en la Sentencia SUJ-025 del Consejo de Estado de 2021, en la relación laboral existen tres elementos que la constituyen, los cuales son la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración.

Además, en dicha Sentencia se menciona que el uso de los contratos por prestación de servicios en el sector público ha sido indiscriminado, lo cual “constituye una violación sistemática de la Constitución” y a pesar de haber sido señalado en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, esta práctica no solo persiste, sino que se ha extendido¹². El Consejo de Estado también hace mención de los Tratados y demás Acuerdos analizados en el primer apartado de este artículo, de los cuales es parte Colombia; adicional a estos, menciona la Recomendación 198 de 2006 de la OIT, la cual hace un llamado a los Estados miembros a desarrollar políticas públicas que combatan las relaciones de trabajo encubiertas, como es en el caso de Colombia el uso del contrato de prestación de servicios para encubrir verdaderas relaciones laborales.

Sergio Armando Rueda Gómez, en su artículo “Abuso de los contratos de prestación de servicios en Colombia. De la autonomía del contratista a la sobreexplotación del trabajador” (2014), afirma que la violación a los derechos laborales por el abuso de este tipo de contratos ha sido sistemática; incluso el Ministerio de Trabajo ha debido intervenir al constatarse la existencia de “nóminas paralelas”¹³ en entidades del Estado. Intentar ocultar relaciones de trabajo por medio de dichos contratos es algo ampliamente difundido en Colombia, pero aun así no se cuenta con estadísticas oficiales del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) o del

¹² Incluso, la Corte Constitucional ha sugerido a la Administración en Colombia prescindir de este tipo de contrato, debido al mal manejo que se le ha dado hasta ahora.

¹³ “El concepto de *nóminas paralelas* en Colombia ha sido construido por los medios de comunicación y se ha apropiado incluso en los fallos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado para referir el abuso de la contratación directa mediante órdenes de prestación de servicios otorgadas a contratistas que materialmente cumplen funciones de personal de carrera administrativa” (Rodríguez, 2019, p.1).

Ministerio de Trabajo respecto al número de contratistas ni de denuncias respecto a las irregularidades en esta forma de contratación.

Una de las ventajas del contrato de prestación de servicios es justamente la autonomía del contratista, poder subcontratar en caso de necesitarlo, disponer de su tiempo, entre otros, pero estas desaparecen ante el contrato realidad por el abuso de los superiores en estas entidades que someten a los contratistas a toda serie de órdenes, llamados de atención y demás condiciones que contrarían esta forma de relación, sin dar a estos los beneficios a los que deberían tener derecho, como se mencionó anteriormente, beneficios que comprenden las prestaciones sociales, entre otros. En palabras de Rueda, “se esclaviza el trabajo de una persona bajo una falsa relación civil o comercial” (2014, p. 77).

Desafortunadamente, ante las obligaciones económicas de los contratistas y la amenaza del desempleo (especialmente de los jóvenes, según afirma Rueda), muchos de ellos prefieren no denunciar estos abusos. Este fenómeno, más allá de darse continuamente en el orden nacional, cuando se mira los tratados y convenios firmados por Colombia nos muestra que “puede interpretarse la existencia de contratos de prestación de servicios que ocultan relaciones laborales como una *flagrante violación a los derechos humanos*” (Rueda, 2014, p. 8).

Por último, Rueda manifiesta que, lo que realmente le ha permitido acceder a derechos a los trabajadores, ha sido precisamente la lucha sindical de ellos mismos y no la buena voluntad de los gobiernos, pero ante un modelo neoliberal que abusa del contrato de prestación de servicios, sus voces no pueden ser alzadas. Además, aunque un contratista denuncie a la Entidad contratante por concepto de contrato realidad, solo obtendrá como indemnización el pago de las prestaciones sociales adeudadas por el periodo que prestó sus servicios y con la base de sus honorarios, sin tener en cuenta todas las horas extras que laboró, lo cual hace parte del fenómeno que él llama “sobreexplotación del trabajo” (2015, p. 8).

Conclusiones

A pesar de que en Colombia se han firmado y ratificado un variado número de convenios y tratados en materia laboral, y que estos han sido integrados en la legislación colombiana, es “un secreto a voces” que en el sector público se está haciendo un uso desmedido del contrato de

prestación de servicios, como lo evidencia las encuestas realizadas a actuales y antiguos contratistas del Estado, los cuales han vivido en carne propia la contradicción frente a los documentos que firmaron, exponiéndose día a día a situaciones de subordinación, inestabilidad laboral, ausencia de bienestar por la falta de descanso los fines de semana y la imposibilidad de tomar vacaciones, entre otros.

Además, el hecho de la dificultad para acceder a información centralizada, actualizada, clara y precisa, la cual deberían publicar abiertamente las diferentes entidades sobre la situación de los contratistas en Colombia, como, por ejemplo, número de estos en comparación con funcionarios públicos, demandas por contrato realidad, entre otros, puede ser un indicio revelador acerca de una situación que se ha querido ocultar, a pesar de la jurisprudencia que ha emanado en el país a raíz de tantas violaciones a los derechos de los trabajadores.

Revisando la situación actual en otros países de la región de Latinoamérica, nos encontramos cómo en Chile y México se presentan hechos similares a los mencionadas en Colombia, donde se abusa de la contratación por prestación de servicios para evadir las obligaciones sociales, a pesar de que en estos lugares también es ilegal el uso de contratistas para ejercer funciones propias del personal de planta, lo cual puede ser un indicio de un problema cultural que afecta a la sociedad en sus raíces, ya que estos países presentan graves problemáticas de corrupción, inequidad y pobreza, y claramente las deficientes condiciones del trabajo pueden obrar como un catalizador de dichas problemáticas.

Bajo los conceptos de “trabajo decente” y “contrato realidad”, se encuentra que en Colombia existe una impune precarización del trabajo, en la que los trabajadores no son escuchados pues no pueden formar sindicatos bajo el contrato de prestación de servicios, se les obliga a trabajar horas extras, fines de semana y no tienen el beneficio de vacaciones pagas, por lo que su dignidad se atropella constantemente. Además, la base de la familia se pone en peligro por la ineficiente protección a la maternidad que, aunque como ya se mencionó anteriormente cuenta con “protección reforzada”, en la práctica es evidente cómo tantas mujeres se les niega la renovación de sus contratos una vez anuncian su embarazo.

En definitiva, se puede afirmar que *el Estado colombiano viola derechos humanos con el uso indiscriminado del contrato de prestación de servicios para encubrir verdaderas relaciones laborales*, yendo en contravía especialmente de los convenios y recomendaciones de la OIT, el

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y demás instrumentos del Derecho Internacional, presentándose como una de las principales amenazas al bienestar de la sociedad, en lugar de ser garante y servir como ejemplo, ante la empresa privada, del trato digno a todos los trabajadores.

Referencias

- Angarita Cañas, P. E. (2012). *Derechos Humanos: Dominación y resistencia. Globalización e insubordinación* [lección inaugural]. Medellín, Antioquia, Colombia.
- Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Precedente. *Revista Jurídica*, (-), 79-102. <https://bit.ly/3I9WbCw>
- Cifuentes, G. (19 de diciembre de 2020). El viacrucis de los contratistas. *El Tiempo*. <https://bit.ly/3CvKovj>
- Colombia, Congreso de la República. (1950). *Código Sustantivo del Trabajo [CST]*. Leyer.
- Colombia. Congreso de la República. (1993). *Ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial.
- Colombia. Consejo de Estado. (2021). *Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021: Sentencia de Unificación de Jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011*. Consejo de Estado.
- Colombia. Corte Constitucional (2009). *Sentencia C-614 de 2009: Contrato de Prestación de Servicios- Prohibición de celebración para ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2017). *Sentencia SU-049 de 2017: Derecho a la Estabilidad Ocupacional Reforzada- No se circunscribe a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda*. M. P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia SU-075 de 2018: Principio de Inmediatez en Acción de Tutela para Proteger el Derecho Fundamental a la Estabilidad Laboral Reforzada de Mujer en Estado de Gestación*. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional.
- Colombia. Presidencia de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Presidencia de la República.
- El Espectador. (2020). El drama de una contratista del Ministerio del Interior que quedó embarazada. En *El Espectador*. <https://bit.ly/2ZDDMw5>

-
- Fenalco. (s.f.). *Consejo de Estado emite precisiones sobre Giro Ordinario de los Negocios para efectos de inclusión en la Base Gravable del ICA*. Fenalco <https://bit.ly/3nPnM2S>
- Ferreira León, M.E. y Lizana Sierra, M.C. (2009). *El estado empleador, derechos del trabajador y el trabajo decente* [Memoria de pregrado] Universidad de Chile. <https://bit.ly/39KxVXG>
- Lanari, M. E. y Slavin, E. (2003). *Déficit de trabajo decente en la Argentina: análisis y prospectiva* [Comunicación]. Encuentro sobre Diálogo Social y Trabajo Decente, Mar del Plata, Argentina. <https://bit.ly/3upCFf6>
- Levaggi, V. (2004). *¿Qué es el trabajo decente?* <https://bit.ly/3CwOcfO>
- Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. Convenio sobre el descanso semanal [comercio y oficinas] (núm. 106). 26 de junio de 1957.
- _____ Convenio sobre la protección de la maternidad (núm. 3). 29 de noviembre de 1919.
- _____ Convenio sobre las horas de trabajo [comercio y oficinas] (núm. 30). 28 de junio de 1930.
- _____ Convenio sobre la seguridad social [norma mínima] (núm. 102). 28 de junio de 1952.
- _____ Convenio sobre las vacaciones pagadas [revisado] (núm. 132). 24 de junio de 1970.
- _____ Convenio sobre política social [normas y objetivos básicos] (núm. 117). 22 de junio de 1962.
- _____ (s.f.). *Trabajo decente*. <https://bit.ly/3bsJlQI>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador" . 17 de noviembre de 1988.
- Quiñones Tinoco, C.S. (2016). La Reforma Laboral contra el Principio del Trabajo Decente. *Jus*, 26, 22-31. <https://bit.ly/3CVeisq>
- Rivera Galvis, J.S. (2015) *Relaciones de Trabajo Típicas y Contrato de Prestación de Servicios Celebrado con Personas Naturales en el Marco de la Doctrina de Trabajo Decente de la OIT* [tesis de Maestría] Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez Casallas, D.F. (2019). Nominas paralelas, una manifestación del sistema clientelista colombiano. *Vialuris*, 27, 163-205. <https://bit.ly/2ZBHPJs>

Rueda Gómez, S.A. (2014). Abuso de los contratos de prestación de servicios en Colombia. *Renovación Sindical*, 71-79. <https://bit.ly/3nMmkOm>

Somavia, J. (1999). *Trabajo decente* [Memoria del Director General]. Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza.