

**EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTACION DE SERVICIOS PARA
TRABAJADORES DE SERVICIOS GENERALES Y MANTENIMIENTO DE LAS
EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – PROTECCION DERECHOS
LABORALES URGENTES**

**SEBASTIAN EVERARDO LOPEZ JURADO
MARIA CARMEN ESPARZA SANTACRUZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIONES POSTGRADOS
Y RELACIONES INTERNACIONALES
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
PASTO
2011**

**EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTACION DE SERVICIOS PARA
TRABAJADORES DE SERVICIOS GENERALES Y MANTENIMIENTO DE LAS
EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – PROTECCION DERECHOS
LABORALES URGENTES**

**MARIA CARMEN ESPARZA SANTACRUZ
SEBASTIAN EVERARDO LOPEZ JURADO**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social**

**Asesora:
Esp. MARIA ANGELICA HERNANDEZ MONTENEGRO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIONES POSTGRADOS
Y RELACIONES INTERNACIONALES
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
PASTO
2011**

“Las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo de grado son responsabilidad exclusiva del autor”.

“Artículo 1º del Acuerdo N° 324 del 11 de octubre de 1966, emanado del honorable consejo directivo de la Universidad de Nariño”

Nota de aceptación

Director(a)

Jurado 1

Jurado 2

Pasto, Mayo de 2010

AGRADECIMIENTOS

A nuestros docentes por esa gran labor de enseñar y transmitir sus conocimientos para ser aplicados en el ejercicio de nuestra profesión que nos ayuda a contribuir al progreso de la sociedad, ajustándonos al verdadero derecho laboral colombiano.

A nuestra familia por su apoyo incondicional en cada etapa de nuestras vidas, quienes con su amor y cuidado nos inspiran a seguir esforzándonos para ser cada día mejores profesionales.

CONTENIDO

| | Pág. |
|---|-------------|
| INTRODUCCIÓN | 10 |
| 1. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTACION DE SERVICIOS..... | 13 |
| 2. REGULACION NORMATIVA PARA LA VINCULACION DE TRABAJADORES A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (ESE) | 20 |
| 2.1 REGULACIÓN DE LOS TRABAJADORES OFICIALES | 27 |
| 2.2 LAS FORMAS DE VINCULACION A LA ADMINISTRACION PÚBLICA .. | 28 |
| 3. PRESTACIONES LEGALES A QUE TIENE DERECHO UN TRABAJADOR DE UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO | 30 |
| 4. CONSECUENCIAS DEL INDEBIDO USO DE LA FIGURA DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS | 32 |
| 5. CONCLUSIONES | 34 |
| BIBLIOGRAFÍA | 36 |

GLOSARIO

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 o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Es una actividad independiente en la cual no existe la subordinación laboral.

CONTRATO DE TRABAJO: Es un acuerdo de voluntades en el cual una parte se obliga a prestar un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante una remuneración.

NOMINA PARALELA La nómina paralela se da cuando una institución pública contrata personas externas por prestación de servicios para cumplir funciones cuyos responsables deberían ser personas con un contrato laboral formal. Las nóminas paralelas son calificadas por el Código Único Disciplinario como una “falta gravísima”, que es castigada hasta con la destitución y la inhabilidad permanente del funcionario responsable.

PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD: Es aquel principio donde la interpretación de las relaciones entre empleadores y trabajadores, debe tomar en cuenta lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han contratado formalmente.

RESUMEN

El presente ensayo lo hemos dedicado a la revisión del Contrato de Prestación de Servicios como forma de vinculación laboral en Colombia y en la Ciudad de Pasto, específicamente dentro de las entidades del sector salud, teniendo como antecedentes las crecientes demandas laborales que se están adelantando por aquellos ciudadanos que se vincularon a dichas entidades, y desempeñaron sus funciones en la misma condición de un trabajador de nomina, sea empleado público o trabajador oficial, sin que se les hayan reconocido la totalidad de sus derechos laborales y prestaciones sociales.

Este estudio se ha basado en la verdadera condición del contrato de prestación de servicios, conociendo sus orígenes, la intención con la cual el Legislador creó dicha figura jurídica, el propósito de la misma, y las actividades para las cuales puede aplicarse la contratación de personal mediante esta modalidad contractual.

Lo anterior nos ha llevado a concluir que con el paso del tiempo y la falta de regulación y control de la contratación sobre las entidades públicas y las privadas, se ha dado un uso indebido a la figura del contrato de prestación de servicios, usando de la misma para disminuir el gasto administrativo de las entidades, y de esta manera burlar verdaderas relaciones laborales, con las graves consecuencias que esto implica, desconocimiento de derechos económicos de los trabajadores, al no cancelarles sus salarios, prestaciones sociales y afiliaciones al sistema de seguridad social, en el monto que realmente se configura a favor del trabajador, al igual que vulneración de los derechos sindicales como la libertad de asociación, el descanso de los trabajadores, entre otros, que claramente el lector podrá conocer de la revisión de este ensayo.

ABSTRACT

The following paper has been devoted to the revision of the Service Agreement during the labor contracts in Colombia and in the city of Pasto, specifically within the health industry, having as background the growing labor law suits that are being brought to court by those citizens who are not fully recognized their rights.

This study was based on the true condition of the Service Agreement, knowing its origins, the intention with which the legislator created that legal concept, its purpose, and the activities which can be applied to recruitment through this type of contract.

This has led us to conclude that through time and the lack of regulation and control of contracting on public and private companies, the legal figure of Service Agreement has been incorrectly used, using it to reduce the administrative costs, and thereby ignoring the economic rights of workers when their salary is not paid, benefits and social security system, on the amount that actually is set for the worker, as well as violations of trade union rights, the right workers have to rest, among others, that the reader can clearly recognize while revising this paper.

INTRODUCCIÓN

El *derecho al trabajo* en Colombia es considerado un derecho de carácter fundamental, el cual se erige como un derecho y como una obligación social y en todas sus modalidades goza de la especial protección del Estado, siendo así que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Existen unos principios que regulan o direccionan el derecho laboral colombiano, como la justicia, la libertad, la igualdad, la conservación y mantenimiento del mínimo de garantías, donde se establece que las normas laborales son de orden público y los derechos y prerrogativas que conceden son irrenunciables, entre otros principios que intentan direccionar el derecho laboral para garantizar el respeto entre las relaciones obrero patronales que surgen.

Al contemplarse un mínimo de garantías en la legislación laboral se está reconociendo de manera implícita que entre la relación empleador trabajador no hay un equilibrio, donde el empleador, ocupa la posición fuerte y dominante al poseer el capital económico, y es quien puede establecer las condiciones para el trabajador, las cuales en algunos casos pueden ser injustas o indignas para este; y es ahí donde el Estado garante y protector de los derechos de sus asociados entra a definir una base de derechos y garantías plasmándolas en normas jurídicas por medio de las cuales se puede llegar a una negociación o acuerdos entre las partes, razones que han llevado a catalogar al derecho laboral como un derecho tuitivo, favorable al cuidado y protección de los más débiles en las relaciones mercantiles, que son los trabajadores.

Para la OIT el trabajo posee unas características, debe ser estable, productivo y bien remunerado, lo que debe ser el principal objetivo hacia el cual nuestra legislación y nuestra política colombiana debe encaminarse, sin embargo pese a ello y a la existencia de un sinnúmero de tratados internacionales, nacionales y demás políticas laborales aplicables al sector privado como público, encontramos que actualmente se están presentando en el mercado laboral colombiano trabajos con una estabilidad muy precaria, poco productivos y mal remunerados, y lo que es más preocupante la vinculación de personal al sector público mediante contratos que intentan desconocer una verdadera relación laboral, que está generando un desconocimiento y un atropello no solo de las normas laborales, sino también de los derechos de las personas que brindan su fuerza de trabajo, para el desempeño de una determinada actividad.

Frente a lo anterior, podríamos afirmar que lo que resulta inapropiado y no puede ser objeto de aceptación es que el mismo Estado, quien es llamado a ser el responsable, garantista y protector de los derechos de los trabajadores, sea quien permita que se le vulneren sus derechos, dejando que se vinculen personas a las diferentes entidades públicas, a través de contrataciones prohibidas de manera

expresa, y se intente disfrazar las relaciones laborales, lo cual no solo acarrea graves perjuicios para los trabajadores que ponen su fuerza de trabajo al servicio de entidades que, como bien la Carta Política lo establece, se dirigen al cumplimiento de los fines del Estado, sino que también generan grandes sanciones para las entidades estatales al ser condenadas al pago de indemnizaciones, salarios y demás emolumentos dejados de cancelar.

Colombia se ha establecido como un Estado Social de Derecho y en este sentido, el objetivo de este modelo fue levantar organizaciones estatales dirigidas al *“cumplimiento de la Justicia social y la dignidad humana, mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional”*¹

De conformidad con lo anterior una organización estatal que se erige bajo este modelo, tiene como papel fundamental suprimir la desigualdad social y crear condiciones que permitan a todos sus ciudadanos disfrutar de la misma libertad y condición laboral acorde a sus capacidades.

Ahora bien, tal como ha sido establecido por nuestra Corte Constitucional *“con el término ‘social’ se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.”*²

En este sentido vemos que los fines esenciales del Estado Social de Derecho tienen un mayor alcance, ya no solo limitándose a asegurar un estilo de vida adecuado de sus asociados, si no que se encuentra el promover la prosperidad de los ciudadanos, garantizar la efectividad de los principios y derechos fundamentales, dentro de los cuales están, en primera medida, para el Estado Colombiano, la dignidad humana, el principio fundamental del trabajo, donde el mismo Estado tiene facultades para intervenir en la economía a fin de que se promueva el empleo, y las personas de menores ingresos puedan tener acceso a los bienes y servicios básicos, siendo así que el Estado pasa a ser un agente que impulsa la creación de nuevos empleos en el mercado laboral, siempre enmarcado dentro de la especial protección al trabajo, también se encuentra el principio y derecho fundamental a la igualdad, donde se propende por una igualdad de oportunidades para sus asociados, con fundamento en las cuales se pretende generar una mejores condiciones en el estilo y calidad de vida de los colombianos.

¹ Sentencia C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

² Sentencia SU-747 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De tal manera que no se puede entender las razones por las cuales siendo uno de los fines del estado colombiano, garantizar mejores condiciones para sus asociados, generar una mayor capacidad de empleo para los mismos, darles unas condiciones donde logre dar aplicación al principio de igualdad, se permita que existan entidades estatales en las cuales se desconozcan dichos fines, y se someta a los trabajadores a un desconocimiento de sus derechos laborales, razones que deben entrar a analizarse a fin de que se dé inicio al tiempo de cambio, al tiempo de generación de nuevas políticas, que permitan el real logro de los objetivos que persigue un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho. De tal manera que estando en auge una modalidad de contratación que pretende desconocer verdaderas relaciones laborales, que generan consecuencias adversas para los trabajadores, se hace necesario ahondar en este aspecto a fin de determinar las circunstancias y razones que conllevan a estas prácticas, y buscar las alternativas de solución a esta problemática que lesiona los principios del derecho laboral colombiano.

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTACION DE SERVICIOS

El contrato administrativo de prestación de servicios, ha sido regulado por diferentes normas y decretos que consagraban cláusulas en las cuales se brindaba un tratamiento especial a dicho contrato, diferenciándolo desde el primer momento del contrato laboral.

Este tipo de contratos solo podían efectuarse para cierto tipo de labores, y bajo unas condiciones especiales, donde las personas que contrataban de esta manera con el Estado, no eran consideradas como trabajadores, y en consecuencia los pagos efectuados no contemplaban el reconocimiento de prestaciones sociales.

Ahora bien, antes de la expedición de la ley 80 de 1993 que se erigió como el estatuto de la contratación estatal, el contrato de prestación de servicios ya se encontraba regulado por el decreto 222 de 1983, para dicha época se puede observar que la idea de la administración fue consagrar este tipo de acuerdos contractuales para ser desempeñados *“con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.”*³

Es decir desde un inicio se limitó este tipo de convenios a aquellas actividades que no puedan atenderse con el personal de planta de la entidad estatal, lo cual nos da a entender que el plazo y las condiciones son *sui generis* y de corta duración.

Igualmente para dicha época se estableció que este tipo de contratos no podían efectuarse para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la administración pública, de la presidencia o quien haga sus veces, según la norma, entendiendo dichas funciones, como aquellas que sean desarrolladas por funcionarios de la planta de la entidad.

Lo cual nos da a conocer que para efectuar este tipo de contrataciones se necesitaba de un procedimiento dispendioso, cuya consecuencia es que existiera un mayor control sobre este tipo de contrataciones estatales, que restringían en cierta manera la libre utilización de esta figura, la cual debía ajustarse a los requisitos establecidos; en igual sentido existía un límite frente al monto por el cual se contrataba, siendo así que el artículo 169 del decreto en cita, establecía que cuando se requería celebrar contratos por una suma superior a UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.200.000) se debía presentar una solicitud mediante la cual se justifique la necesidad del servicio, y la incapacidad de poderlo

³ Decreto 222 de 1983, Artículo 162.

solventar con el personal de planta mediante un informe detallado, probando así mismo la idoneidad de la persona a vincularse.

Lo anterior nos permite ver, que la vinculación mediante contratos de prestación de servicios, era limitada, y no era sencillo llevar a cabo las mismas, pues debían existir justificaciones suficientes para hacerlo, las cuales no obedecían al simple arbitrio del gerente o representante legal de la entidad estatal, si no a su superior, quien debía dar el visto bueno a la misma.

Posteriormente, se dio la expedición de la ley 80 de 1993, para dicha época el estado colombiano se encontraba en un proceso de auge, de adaptación a las nuevas políticas otorgadas por medio de la Constitución de 1991, que trajo cambios sobre nuestro país y modelo de gobierno, pues pasó a ser un estado garantista, a un estado social, que busca a través de sus políticas un bienestar para sus asociados, mejores condiciones de vida, entre las cuales se incluye mejores condiciones laborales, que se fundamentó en la convicción de que el derecho del trabajo, hace parte de la realización del ser humano, por lo cual debe ser ejercido en condiciones dignas y justas.

Para dicha época se vio la necesidad de complementar un estatuto de contratación estatal, pues si bien existían normas que regulaban las relaciones entre las personas y el estado, no se encontraba completamente regulada la forma de contratación estatal, haciéndose necesario diferenciar los contratos administrativos, de los contratos de derecho privado, así mismo establecer mecanismos más expeditos para llevar a cabo la contratación con el Estado, teniendo en cuenta las dificultades que se habían dado.

De esta manera la ley 80 de 1993 en su artículo 32 consagró que los contratos estatales son:

“... 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”.

Dejando claro, como se había estipulado anteriormente, que el contrato de prestación de servicios, es un contrato de carácter estatal, donde la administración puede celebrar este tipo de acuerdos, no obstante lo anterior, si bien los límites para vincular a las personas por medio de contratos de prestación de servicios no eran tan rigurosos como estaba contemplado anteriormente, existen unos límites cuando las actividades que se pretenden desarrollar no es posible atenderlas con el personal administrativo de la entidad, en este sentido se comprende que es temporal, para cierto tipo de actividades y que dichas políticas legislativas se acoplan al estatuto superior, por cuanto todo empleo público debe estar autorizada su creación en la constitución, la ley o los reglamentos, y asignado un rubro para la cobertura de las obligaciones salariales y prestacionales que se desprenden.

Ahora bien, en un principio pareciera que esta figura jurídica, podría aparentemente lesionar el derecho a la igualdad de las personas vinculadas a la administración mediante un contrato de prestación de servicios, pues la misma desempeñaría funciones públicas, y asumiría la misma responsabilidad que el personal de nomina, sin que se configure a su favor el reconocimiento prestaciones sociales, a su vez que tampoco se garantiza su derecho a la estabilidad por la temporalidad de los mismos, sin embargo el Estado continúa siendo garantista, y defiende la posición dando a conocer la diferencia existente entre el contrato laboral y el de prestación de servicios por cuanto las relaciones jurídicas son distintas, cuya naturaleza de este último es de carácter excepcional, así como también, su término de cumplimiento es por el tiempo estrictamente necesario, sin que el mismo pueda prolongarse en el tiempo, confiando en que se le dé un adecuado uso a esta herramienta jurídica, para lo cual limitó su uso a circunstancias excepcionales, donde la misma administración estatal, pueda cumplir con su finalidad contractual y social.

Dentro de la sentencia que declaró la exequibilidad del numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 en su aparte referente a estos contratos, expuso como criterios que la contratación es una facultad de la cual goza el Estado para la consecución de los fines estatales, y su marco de actuación se encuentra limitado a las normas existentes, de tal manera que bajo las condiciones expresas plasmadas en la ley de contratación es posible actuar, por tanto, no existe un deliberado uso de dicha figura contractual para todo tipo de cargos del Estado, si no únicamente cuando se requieran de "*conocimiento profesional, técnico o científico especializados y no sea posible cubrirlos con personal de planta*". A su vez, en dicha oportunidad la Corte Constitucional también contempló que:

"La administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo" y en caso que se presente un abuso de las formas jurídicas, "en gracia del principio de primacía de la

realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, se llegue a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios que en su sustancia material equivalga a un contrato de trabajo, en cuyo caso la contraprestación y demás derechos de la persona se regirán por las normas laborales más favorables...." ⁴

De esta manera se ha dado vía libre a la celebración de contratos de prestación de servicios, donde si bien han existido reformas a la ley 80 de 1993, la concepción de estos contratos, se ha mantenido imperante por casi una década, donde su regulación ha sido complementada con los diversos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, mediante los cuales se ha insistido en la diferencia entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios, donde uno de los elementos que mas los diferencia es la subordinación y el objeto contractual limitado a un conocimiento profesional, técnico o científico especializado.

Dentro de las características que posee el contrato de prestación de servicios que lo diferencian del contrato laboral, a juicio de la Corte Constitucional se encuentran:

“a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

“El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

“b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.”

“Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo,

⁴ Corte Constitucional Sentencia C-056 de 1993

excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.”

“c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, 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.”

“Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.”

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho

al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”⁵

Para una mayor comprensión del análisis anterior, podemos resumirlo en el siguiente cuadro comparativo.

| CONTRATO LABORAL | CONTRATO PRESTACION DE SERVICIOS |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Se requiere de una prestación personal del servicio, una remuneración y subordinación. 2. La remuneración que se desprende por la prestación personal del servicio, constituye un salario y prestaciones sociales. 3. La relación que se desprende del contrato es de carácter laboral, y en este sentido tiene amplia protección constitucional. 4. Pueden celebrarse por un tiempo determinado o indefinido, de acuerdo a las labores que se desempeñan. 5. La vinculación de personal se hace para el desempeño de cualquier función que requiera la entidad. 6. De la relación laboral se desprende la obligación de afiliar al trabajador al sistema de seguridad social integral. | <ol style="list-style-type: none"> 1. No existe subordinación entre el Contratante y Contratista, el cumplimiento de las actividades se hace de manera independiente y autónoma. 2. La remuneración por el cumplimiento de actividades se pacta como honorarios y no se generan prestaciones sociales. 3. La relación que se desprende de este contrato obedece a las distintas formas de contratación estatal y no tiene ninguna referencia constitucional. 4. No pueden prolongarse en el tiempo, ya que se celebran por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de las actividades estatales. 5. La vinculación únicamente se realiza para cumplir actividades específicas que no puedan ser desarrolladas por personal de planta o se requiera de conocimientos especializados. 6. No se genera la obligación para el contratante de afiliar al contratista al sistema de seguridad social integral. |

No obstante lo anterior, existiendo grandes y marcadas diferencias entre estas dos figuras, durante el tiempo que se ha dado su ejecución, la administración lentamente ha ido haciendo un uso deliberado de esta figura contractual, al punto de que las relaciones laborales se han disfrazado y desconocido, causando un detrimento no solo a los derechos de los trabajadores, si no al mismo estado también, violando todo tipo de normas constitucionales y legales, ya que incluso dicha figura no se ha limitado al objeto para el cual fue creada, si no que se ha

⁵ Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997.

ampliado a la contratación de personal que desempeña las mismas funciones de los trabajadores oficiales, y a solventar los cargos vacantes.

Las mal llamadas “nóminas paralelas” ya son un término conocidos al interior de las entidades, entendiéndose que en las mismas se permite y avala la existencia de tres tipos de relaciones, las de vinculación legal y reglamentaria, los contratos para los trabajadores oficiales, y las que se derivan de los contratos de prestación de servicios, donde estos últimos no solo, no perciben el reconocimiento de sus derechos salariales y prestaciones completos, sino que tampoco disponen de la libertad de su tiempo para el ejercicio de sus actividades, lo cual actualmente ha dado lugar a que al momento de la desvinculación de estas personas se presenten grandes demandas y sanciones contra las entidades estatales.

Para el efecto y a fin de determinar la necesidad de replantear este tipo de vinculación o establecer mecanismos de control apropiados, debemos entrar a analizar la situación que actualmente está surgiendo al interior de las Empresas Sociales del Estado, donde más se proliferado el uso de los contratos de prestación de servicios para esconder verdaderas relaciones laborales para quienes desempeñan cargos de servicios generales, lo cual se vislumbra en los capítulos siguientes.

2. REGULACION NORMATIVA PARA LA VINCULACION DE TRABAJADORES A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (ESE)

Dentro de este capítulo vamos a entrar a examinar si la vinculación por medio de contrato de prestación de servicios de las personas que se desempeñan en cargos de *“mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales”* de las entidades públicas de salud, es ajustada a la ley o si por el contrario se configura una relación laboral *dísfrizada*.

Bajo estos parámetros, se hace necesario entrar a analizar la protección al trabajo y la relevancia que le ha dado la Constitución Política de Colombia de 1.991. Para lo cual tenemos que comenzar por el artículo 1° de nuestra Constitución que consagra un Estado Social de Derecho, ofrecido como modelo de transformación otorgada por nuestros insignes Constituyentes; Estado Social de Derecho que en pocas palabras resultaría siendo la conjugación perfecta del imperio de la ley con la dignidad de las personas y la protección de los derechos humanos. La Sentencia de la Corte Constitucional SU-062 de 1999, cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Vladimiro Naranjo Mesa, dijo con respecto a la dignidad lo siguiente:

“Equivale al merecimiento de un trato especial, que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera la dignidad se erige como derecho fundamental.” (SIC)

De igual forma este mismo tema es abordado en la Sentencia T-124 de 1993, con el Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa:

“La Constitución establece un marco de valores y principios materiales que se estructuran como fundamento de un verdadero sistema axiológico. Este sistema se basa en la dignidad humana, como principio que indica que el hombre es un ser que tiende hacia su perfeccionamiento, al desarrollar plenamente lo que por naturaleza se le ha dado como bienes esenciales. La vida, la salud, el bienestar, la personalidad entre otros.

La dignidad humana (artículo 1. Constitución Política) es un atributo de la persona y, en cuanto tal, todos tienen derecho a que sean tratados conforme a esa dimensión específicamente humana. Como bien se lo ha afirmado la Corte, “Más que derecho en sí mismo, la dignidad humana es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema

de derechos y garantías contemplados en la Constitución”(SIC)

De ahí que todas las relaciones de los asociados, incluidas las laborales, deben estar refrendadas por el estigma inseparable de la dignidad humana.

Pasemos ahora al artículo 25 de la Carta Magna, encontramos que al trabajo se le otorga un doble significado “Es un derecho y una obligación social” y además para los asociados existe la garantía que *“goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”* y para completar el Estado se consagra una finalidad en sí mismo cuando dice *“Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*.

Sobre estos artículos expuestos, que de ser reales y ciertos a plenitud, se traducirían en la máxima expresión del Estado Social de Derecho, poco creíble en un país donde no existen garantías reales para los trabajadores, pareciera que las leyes se hacen para proteger grandes capitales, es decir para dos o tres, seguramente somos el único país donde las horas del día se extienden hasta la 10:00 pm., para efecto de empezar a contabilizar el recargo nocturno, hecho que hace parte de los elementos propios de la *flexibilización laboral*.

Al Estado le compete garantizar que se cumplan los derechos derivados de las relaciones laborales, pero, sorprende que el Estado se haya convertido en infractor por excelencia de tales derechos. Podríamos concluir que estamos ante un Estado que en la práctica menosprecia la dignidad humana contenida en el derecho al trabajo. Tales aseveraciones podrían parecer agresivas, sin embargo es poco, frente a la política laboral que se desarrolla bajo el supuesto de crear nuevas fuentes de trabajo, como lo veremos a continuación.

Las Empresas Sociales del Estado constituyen una nueva categoría de entidad pública, descentralizada funcionalmente o por servicios, creada por la ley 100 de 1993, con el propósito de mejorar las formas organizativas para la prestación de los servicios de salud cuando el Estado los presta directamente en cualquiera de sus niveles.

La misma ley 100 de 1.993 en su Capítulo III que corresponde a **“Régimen de las Empresas Sociales del Estado”** en su artículo 195 establece:

“Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales...” (SIC)

Por su parte la Ley 10 de 1990 en su Capítulo IV correspondiente al “**Estatuto de Personal**” tiene establecido en el artículo 26 que:

“(..)

PARAGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.” (SIC)

De tal manera que bajo estas disposiciones jurídicas, se ha establecido que en las E.S.E. las personas que se dediquen al “*mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales*”, se deberán vincular mediante contrato de trabajo.

En igual sentido el Decreto 1335 de 1990, por el cual se expide parcialmente el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud y que contiene las definiciones de los términos “AYUDANTE DE SERVICIOS GENERALES” y “OPERARIO DE MANTENIMIENTO GENERAL” en su artículo 3° consagra:

“AYUDANTE DE SERVICIOS GENERALES – 605005

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO.

Ejecución de trabajos operativos encaminados a facilitar la prestación de los servicios generales en una Institución de salud.

2. FUNCIONES

Asear y desinfectar salas de cirugía, laboratorios, anfiteatros, consultorios médicos y demás instalaciones locativas que se asignen, siguiendo procedimientos establecidos.

– Lavar manual o médicamente y hacer el planchado y ordenamiento de la ropa limpia para distribución posterior.

– Recolectar desechos de materiales provenientes de laboratorios, cocina, talleres, jardines y demás dependencias de la institución.

– Trasladar pacientes en camillas y colaborar en su movilización.

- “– Colaborar en la repartición de alimentos, bebidas y similares.*
- Prestar servicios de vigilancia y responder por los bienes muebles, inmuebles y demás a su cargo.*
 - Prestar servicio de mensajería que le sea asignado por el jefe inmediato.*

 - Cargar y descargar mercancías, materiales y otra clase de elementos que entren o salgan de la Institución.*

 - Realizar actividades de jardinería.*

 - Accionar ascensores para el transporte de pacientes, personal del hospital y público en general.*

 - Reparar las prendas que se dañen en uso, de acuerdo a instrucciones recibidas.*
 - Colaborar en oficios varios en almacenes, economatos, restaurantes y demás dependencias en que se requieran sus servicios.*
 - Las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.*

“3. REQUISITOS

*“3.1. Estudios aprobación de cinco (5) años de educación primaria.”
(SIC)*

OPERARIO DE MANTENIMIENTO GENERAL – 511510

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO

Ejecución de labores de fabricación, mantenimiento preventivo o construcción y reparación de planta física en las áreas de ebanistería, plomería, albañilería y pintura.

2. FUNCIONES

- Efectuar las reparaciones en el área de su especialidad que le sean solicitadas.*
- Fabricar muebles y enseres de diferente tipo de acuerdo a instrucciones dadas por el jefe inmediato.*
- Realizar los trabajos de soldadura requeridos por las instituciones del área de influencia.*

- *Instalar, reparar y mantener el sistema hidráulico de los servicios sanitarios de la institución.*
- *Instalar, reparar y mantener el sistema hidráulico de los servicios sanitarios de la institución.*
- *Instalar y/o reparar tuberías de agua potable y construir y reparar cañerías.*
- *Instalar y reparar calentadores, válvulas, lavamanos y otros elementos similares de construcción y albañilería.*
- *Construir cimientos, muros, estructuras de concreto y otros requeridos para la reparación o modificación de la planta física.*
- *Instalar puertas, ventanas, cielorrasos, escaleras, divisiones y otros, resanar, latonear, pulir y pintar superficies.*
- *Responder por las herramientas, equipos y materiales bajo su cuidado.*
- *Ejercer las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.*

3. REQUISITOS

3.1 Estudios. Aprobación de dos (2) años de educación secundaria y curso relacionado con las funciones del cargo, con una duración mínima de ciento veinte (120) horas.

Lo plasmado anteriormente corresponde a las funciones que cumplen los trabajadores oficiales de las entidades de salud públicas, cuya vinculación se genera exclusivamente por mandato legal mediante contrato de trabajo al existir una norma especial que regula la materia objeto de estudio.

Ahora bien, para el caso puntual de las entidades públicas de salud, E.S.E., existe un mandato legal contenido en el artículo 195 de la ley 100 de 1.993, que dice *“Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales”* y también el artículo 26 de la ley 10 de 1.990 establece que: *“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.”*

Ahora bien, resulta que las personas que laboran en las entidades públicas de salud y que se dedican a *“mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales”*, se están vinculando bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, modalidad soportada en el Estatuto General de Contratación de La Administración Pública (**ley 80 de 1.993**), artículo 32, numeral 3°; argumentando la administración la necesidad del servicio y la no existencia de personal de planta para cumplir con la labor; como ejemplo de lo anterior encontramos el caso de la ESE PASTO SALUD, de la ciudad de Pasto, donde

más del 80% de su personal se encuentra vinculado con esta modalidad de contrato; entidad donde se convierte en realidad aquella expresión maliciosa de “nómina paralela”, que contraviene abruptamente los artículos 122 y 123 de la Constitución del 91, la anterior afirmación tiene su origen en el expediente 2.009 - 00267, que cursó en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, siendo aquella una manifestación de la Jefe de Talento Humano de la entidad.

No puede ser posible que la función pública se encuentre en cabeza de los particulares, la vinculación mediante Contrato de Prestación de Servicios se aplica en casos excepcionales, pero la Administración la está convirtiendo en la regla general.

Resulta entonces que el numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1.993 se encuentra plenamente vigente, pero tiene un uso restrictivo, para ello la Corte Constitucional mediante sentencia C – 154 de 1.997, estableció las diferencias entre Contrato de Trabajo y Contrato de Prestación de Servicios, como lo vimos anteriormente, resaltando bajo qué condiciones se podría hacer uso del segundo de los antes nombrados.

Ahora, abordemos el tema desde punto de vista de la discriminación laboral. La ley ha establecido la categoría de las personas vinculadas a la empresa Social del Estado, diciendo que *“tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales”*, deja por fuera el Contrato de Prestación de Servicios, por una razón elemental que consiste en que la Función Pública busca el logro de unos fines del Estado que se encuentran establecidos en el artículo 209 de La Constitución y para ello requiere que quienes presten el servicio se encuentren en el rango de los Servidores Públicos, para poder dar aplicación al artículo 6° de la Constitución y ejercer el control pertinente sobre los prestadores de los servicios.

Los particulares que se vinculan a la E.S.E., bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, sufren graves atropellos en el desarrollo de su actividad laboral, la Administración Pública niega la existencia de la relación laboral, es decir se les asigna la calidad de contratistas, no se les paga las prestaciones sociales que por ley le corresponde a un trabajador oficial, se les exige la cotización al SGSS en calidad de trabajadores independientes, los contratos se firman por espacios de tiempo muy reducidos dos o tres meses, lo cual genera inestabilidad en el empleo y un estado de zozobra permanente, por cuanto existe la incertidumbre de una nueva contratación, no se les reconoce horas extras, recargos nocturnos, dominicales ni festivos. Contratistas que realizan la misma labor que la del personal de planta y que ganan “honorarios” muy inferiores a los “salarios” de los trabajadores de planta.

Lo narrado nos permite concluir sin ninguna duda que quienes aplican esta figura, como lo es en nuestro ejemplo la E.S.E. PASTO SALUD, en representación del Estado Colombiano han vulnerado un sinnúmero de derechos laborales y

personales de los trabajadores, donde uno de los que más se afecta es el derecho fundamental a "la igualdad" (C.P., art.13), la cual a criterio de la Corte Constitucional mediante Sentencias C-537 de 1993 M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara y C-345/93, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, se ha concebido como:

"...la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias."; una garantía de ese orden."Impide a los órganos del poder público establecer condiciones desiguales para circunstancias iguales y viceversa, salvo que medie justificación razonable, esto es, que a la luz de los principios, valores y derechos consagrados en nuestra Constitución resulte siendo admisibles."

En este orden de ideas, significa que si la administración pretende dar un tratamiento diferenciado entre iguales, le corresponde realizar una justificación objetiva y razonable para que ella misma garantice su función constitucional de ejercer protección del trabajo en todas sus modalidades (C.P. artículo 25).

En este sentido cobra mayor importancia el principio de la primacía de la realidad sobre las formas (C.P. artículo 53), por cuanto es este el que reivindica los derechos negados por la Administración y las relaciones laborales disfrazadas, desentraña y hace triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y ésta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional se ha pronunciado mediante la Sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994, en los siguientes términos:

"La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por si sola, es suficiente para derivar derechos a favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera que se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la

voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar...

2.1 REGULACIÓN DE LOS TRABAJADORES OFICIALES

Como lo vimos anteriormente las personas que se vinculan para desempeñar labores de servicios generales a las empresas sociales del estado, no pueden ser vinculados por contratos de prestación de servicios, por cuanto su calidad es de trabajadores oficiales, dicha calidad no nació repentinamente, si no que encuentra su sustento en distintas regulaciones normativas, así:

El trabajo oficial tiene como antecedente la segunda década del siglo XX con la ley 4 de 1913, que en su artículo 5 denominaba “meros oficiales públicos”, actividad o función que la podía desempeñar cualquier persona. Esta modalidad de servidor público, hacia relación a los obreros nacionales.

La ley 6 de 1945, y su decreto reglamentario 2127 del mismo año, en el artículo 4 consagró ***“No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma”***. El artículo 8 del mismo decreto da una diferencia diáfana entre empleado público y trabajador oficial: *“Cuando en la ejecución de la obra o labor, o en la prestación del servicio, predomina el esfuerzo intelectual sobre el material, el trabajador asalariado toma el nombre de empleado y el de obrero en caso contrario”*.

Igualmente también encontramos dentro del Código Sustantivo del Trabajo, que se menciona la existencia de trabajadores oficiales cuando afirma que las disposiciones de normas de derecho colectivo se aplican a estos.

El artículo 123 constitucional no define la noción de servidor público, de forma breve expresa: “están al servicio del Estado y la comunidad”. Los clasifica en tres grandes categorías: 1. los miembros de las corporaciones públicas. 2. Los empleados y 3. Los trabajadores del Estado, lo que significa que son diferentes, tienen normatividades legales y reglamentarias para cada uno, para su ingreso, permanencia y retiro.

Lo anterior nos indica que existen unas formas de vinculación a la administración pública, y que dicha vinculación también se diferencia de acuerdo a las funciones

y cargos que cada trabajador tiene a desempeñar, como lo veremos a continuación.

2.2 LAS FORMAS DE VINCULACION A LA ADMINISTRACION PÚBLICA

La vinculación a la administración pública de acuerdo a la categoría que establece la Constitución es diferente: la legal o reglamentaria, la contractual y la de carácter temporal que corresponde a quienes se denominan en la doctrina como auxiliares de la administración, (supernumerarios) vinculación para atender funciones de carácter temporal, a través de una relación de carácter laboral.

Para determinar el régimen aplicable a cada servidor público, se puede recurrir a dos criterios diferentes: uno, el orgánico, que hace referencia a la naturaleza jurídica de la entidad estatal a la que se encuentra vinculado el servidor público. Otro, el funcional, dependiendo de la naturaleza de las funciones o actividades que desempeña.

El artículo 5 del decreto 3135 de 1968, establece: “*Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales*. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; *sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales*.”

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales”.

La norma es clara, al señalar dos categorías de empleados: los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Los primeros tienen una vinculación de carácter legal y reglamentario, mediante dos hechos jurídicos principales el acto administrativo de nombramiento (resolución o decreto) y la posesión; y el de los segundos, es de carácter contractual.

Ahora bien cabe preguntarnos qué es la construcción o mantenimiento de la obra pública, la cual se ha concebido con frecuencia como los servicios generales que tiene una entidad pública: el aseo de las instalaciones, la albañilería, la pintura, las reparaciones, los electricistas, etc. De tal manera que quienes ingresen a la administración pública a ejercer dichos cargos no pueden ser considerados empleados públicos, ni tampoco vincularse mediante contratos de prestación de servicios, si no mediante contratos laborales en su calidad de trabajadores oficiales.

De conformidad con lo anterior y al existir diferencia de la forma de vinculación, también surgen unas consecuencias para las personas que se desempeñan en dichos cargos, como los siguientes:

1. Tienen una jurisdicción especial ante quien se debaten sus conflictos, que es la jurisdicción ordinaria, conformada por los Jueces Laborales en primera instancia, los Tribunales Superiores en su sala laboral en segunda instancia y como máximo órgano la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral. A diferencia de quienes sean vinculados mediante contratos de prestación los cuales se rigen por normas de derecho civil.
2. Los trabajadores oficiales tienen el derecho a asociarse en sindicatos y a presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas. Esta normado en la ley 1210 de 2008, decreto 2351 de 1965, art. 405 del C.S.T. De tal manera que si se vinculan como contratistas dichos derechos de asociación les están restringidos.

De tal manera que bajo los anteriores argumentos, podemos determinar que para los trabajadores oficiales existe una regulación normativa muy amplia, la cual establece la forma de vinculación, que tipo de cargos pertenecen a esta categoría, que normas se aplican, que los diferencia de otros trabajadores, en caso de controversias ante que jurisdicción deben acudir, entre otras disposiciones, cuyo desconocimiento implica una lesión de los derechos de asociación, derechos de reclamación judicial, así como también derechos patrimoniales del trabajador como lo vamos a ver a continuación.

3. PRESTACIONES LEGALES A QUE TIENE DERECHO UN TRABAJADOR DE UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO

El Decreto 1919 de 2.002, en su artículo 2° establece: *“A las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.”(sic)*

Las prestaciones legales a que tienen derecho los trabajadores vinculados a la Empresas Sociales del Estado, son las siguientes:

- a. **AUXILIO DE CESANTIAS:** Es una prestación consistente en un auxilio monetario equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por fracciones de año. Se encuentra regulada en el artículo 13 de la ley 344 de 1.996, para su liquidación se toma como referencia el salario de cada uno de los años a liquidar más el auxilio de transporte, al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° de la ley 1ª de 1.963.
- b. **INTERESES A LA CESANTÍA:** El numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, establece que el empleador debe cancelar al trabajador en un monto del 12% sobre el monto de las cesantías.
- c. **VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES:** Los trabajadores tiene derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, las cuales se liquidarán con el salario que el funcionario esté devengando en el momento del disfrute.
La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio.
La normatividad aplicable es el Decreto Ley 3135 de 1968 artículos 8 y 9, 10 (este último modificado parcialmente por el artículo 23 del Decreto Ley 1045 de 1978); Decreto reglamentario 1848 de 1969 artículos 43 al 49, Decreto 1045 de 1978 artículos 8 al 26, 28 al 31 y demás normas concordantes.
- d. **PRIMA DE NAVIDAD:** Esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año y se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.
La normatividad aplicable corresponde es el Decreto Ley 3135 de 1968, artículo 11, modificado por el decreto 3148 de 1968; decreto Reglamentario 1848 de 1969, artículo 51; decreto ley 1045 de 1978 artículo 32 y 33.

- e. **PRIMA DE SERVICIOS:** Es una prima anual que equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Se aplican los Artículos 58 y 59 del Decreto 1042 de 1.978 y demás normas concordantes. Se debe resaltar que en los Juzgados Laborales del Circuito y Tribunal Sala Laboral de Pasto no se reconoce ésta prestación.

- f. **AUXILIO DE TRANSPORTE:** Tiene por finalidad subsidiar los gastos que ocasiona el transporte desde su residencia al sitio de trabajo y de éste nuevamente a la residencia del empleado.
Las normas aplicables son Ley 15 de 1.959; artículo 1° del Decreto 4968 de 2.009; artículo 7° de la Ley 1ª de 1.963 y Decreto 1258 de 1.959.

Lo anterior nos permite identificar que cuando a un trabajador que se desempeña en el área de servicios generales, lo vinculamos por contrato de prestación de servicios, solamente se le reconocen los pagos mensuales, los cuales no se denominan salarios, sino honorarios, no se le cancelan las prestaciones sociales anteriormente identificadas, y los pagos y afiliaciones al sistema de seguridad social integral las debe hacer en su calidad de independiente, por lo tanto, esto determina que existe una desprotección para dichas personas a quienes de permitir esta situación, se las aleja del ámbito de protección del derecho laboral.

4. CONSECUENCIAS DEL INDEBIDO USO DE LA FIGURA DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

Una vez se ha conocido la regulación constitucional, legal y doctrinaria que se desprende del contrato de prestación de servicios, y se ha podido conocer que dentro de las organizaciones estatales se ha dado un indebido uso al mismo, debemos ser conscientes que dicho desconocimiento de las normas legales que operan dentro de nuestro sistema normativo colombiano, genera unas consecuencias negativas no solamente para los trabajadores, sino también para los empleadores que permiten el uso indiscriminado y prohibido de esta figura.

Si bien, lo que motiva a las entidades estatales que hacen uso indiscriminado de la figura del Contrato de Prestación de Servicios es evadir *carga prestacional* a la cual tienen derecho aquellas personas que prestan sus servicios y desarrollan funciones propias de los empleados públicos o trabajadores oficiales, debe observarse que la actividad para la cual se contrata personal mediante O.P.S. casi en su totalidad corresponde a las actividades denominadas de carácter permanente, contrariando incluso a la misma Ley 80 de 1.993, en la cual se amparan, cuando establece que uno de los requisitos para la celebración de dicho contrato sea para cumplir con actividades esporádicas o temporales. Lo ideal y legal es que si la entidad lo necesita, que se contrate o vincule personal de planta con todas las garantías laborales en el cumplimiento de su objeto prestacional y requiere que ese personal que contrata, se encuentre bajo su completa subordinación y mando, debido a que en esta actividad no es pertinente ni hay lugar a la autonomía en la labor que desarrolla el trabajador, situación que es propia del Contrato de Prestación de Servicios, (ley 80 de 1.993) antes por el contrario se requiere que las personas que laboran en estas entidades, se sometan irrestrictamente a los parámetros de funcionamiento fijado por la entidad, al punto que se les pueda realizar seguimiento diario y mensual de las actividades que se desarrolla por ser la salud un servicio público a cargo del Estado.

En consecuencia con dicho actuar vemos que el artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, en su aparte final establece que *“Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”* (SIC), situación que fuera ratificada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-614 de 2.009 cuando dijo lo siguiente: *“Así, la eficacia normativa de la Constitución que protege de manera especial la relación laboral y la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, impone a los particulares y a todas las autoridades públicas, de una parte, el deber de acatar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios (norma acusada) y las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado sean utilizadas como formas de intermediación laboral (artículo*

7º de la Ley 1233 de 2008) y, de otra, la responsabilidad social de evitar la burla de la relación laboral...” (SIC)

Siendo así que la mayoría de las personas que en la actualidad desempeñan cargos de servicios generales, como por ejemplo quienes están vinculados a la ESE PASTO SALUD, casi en su totalidad se encuentran sometidos a una modalidad de contratación irregular donde a la entidad no le ha importado que con su actuar se estuviera vulnerando una disposición legal.

De tal manera que dicho desconocimiento, genera para los empleadores un abuso de autoridad, violación de prohibiciones legales, que también pueden implicar faltas disciplinarias, tal como lo dispone el artículo 48 de la Ley 734 de 2001: *“celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales” (SIC)*

5. CONCLUSIONES

La indebida utilización de la figura del Contrato de Prestación de Servicios ha causado un deterioro de la capacidad de laboral y económica de los trabajadores colombianos, por cuanto se ha generado el desconocimiento de los derechos laborales a su favor, conllevando la disminución de su salario, de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social Integral y a la supresión del reconocimiento de prestaciones sociales.

La disminución en el costo laboral ha sido una de las razones más determinantes para que las empresas sociales del estado hayan dado lugar a la indebida utilización del contrato de prestación de servicios y usarlo como medio de vinculación laboral de las personas, lesionando y desconociendo de esta manera los derechos de los trabajadores.

La celebración de contratos de prestación de servicios para desarrollar labores permanentes que deben ser desempeñadas por servidores públicos o trabajadores oficiales, no solamente dejan como consecuencia la disminución de la cotización en salud y pensiones, sino que también contribuyen al desconocimiento de los derechos de los trabajadores a la libre asociación, a la inestabilidad laboral y a la imposibilidad del descanso remunerado, así como también se ha convertido en una práctica que afecta el trabajo digno de las personas.

El contrato de prestación de servicios es completamente diferente al contrato laboral, cuyas diferencias radican en la forma contractual establecida, en la protección constitucional y legal otorgada a cada uno, la remuneración por su cumplimiento, así mismo por los fines y propósitos que persiguen; por tanto brindarles el mismo trato implica un desconocimiento de derechos constitucionales, legales, lesiona las verdaderas relaciones de trabajo en el sector público, y afecta derechos económicos de los trabajadores.

El contrato de prestación de servicios ha sufrido un gran desprestigio porque ha sido utilizado para ocultar la existencia de relaciones laborales y permitir el establecimiento de nóminas paralelas, desconfigurándose de esta manera el fin con el cual fue implementado, que en un principio era que a través de ellos se apoye el cumplimiento de las finalidades que persigue el Estado.

La indebida utilización de la figura del contrato de prestación de servicios genera un entorpecimiento de los fines esenciales de un Estado Social de Derecho, por cuanto desconoce principios y garantías constitucionales a favor de los trabajadores.

El Estado ha sido dotado de herramientas jurídicas para limitar y prohibir prácticas que burlan la función pública en Colombia, en detrimento de los derechos de los trabajadores, por lo tanto se hace necesario su intervención a fin de tomar los correctivos pertinentes para el control del adecuado uso de estas figuras contractuales.

El artículo 25 de la Constitución Nacional cataloga al trabajo como un derecho y un deber social, dándole de esta manera una protección especial para constituirlo como instrumento necesario mediante el cual los colombianos puedan acceder a una vida digna, por lo tanto sus modalidades contractuales deben ser respetadas en su integridad.

Las modalidades contractuales que se establezcan para que la población colombiana pueda acceder al trabajo, son fijadas por el Legislador a fin de que las mismas respondan a las necesidades sociales, sin embargo no le es admisible a las entidades del propio Estado, utilizar dichas figuras para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar una verdadera relación laboral.

Uno de los principios rectores que guían nuestro Estado Social de Derecho es el trabajo, de donde se desprenden un conjunto de reglas mínimas laborales, como son las consagradas en el artículo 53 superior, de tal manera que no se pueden desconocer las mismas haciendo un uso indebido de las figuras que el legislador ha establecido para el cumplimiento de los fines sociales.

El uso indebido del Contrato de Prestación de Servicios para generar una relación laboral vulnera el régimen laboral porque propicia la vinculación de personas sin el lleno de requisitos para ingresar al sector público y se genera la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales, a su vez que con estas prácticas se desconoce el régimen presupuestal de las ESE al prever cargos que no están contemplados dentro de la planta de la entidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Segunda Edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.

CONTI, Augusto. *Manual de derecho laboral*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2.008.

CRISTANCHO PARRA, Leopoldo y CRISTANCHO MOYANO, Sandra (2007). *Prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales*. Tercera edición. Bogotá: Ediciones Librería el Profesional.

OBANDO GARRIDO, José María. *Tratado de derecho administrativo laboral*. Tercera Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2.010.

VILLEAS ARBELAEZ, Jairo. *Derecho administrativo laboral*, Séptima Edición. Bogotá: Legis, 2.005.