



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
ÁREA CURRICULAR DE DERECHO

LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL VÍNCULO LABORAL REALIDAD QUE
SUBYACE DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS EMPRESAS
SOCIALES DEL ESTADO DE BOGOTÁ: DESCONOCIMIENTO PARCIAL DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL
TRABAJO

Anita Belén Maldonado Cárdenas

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
Bogotá, D. C., Colombia 2017

LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL VÍNCULO LABORAL REALIDAD QUE
SUBYACE DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS EMPRESAS
SOCIALES DEL ESTADO DE BOGOTÁ: DESCONOCIMIENTO PARCIAL DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL
TRABAJO

Anita Belén Maldonado Cárdenas

Trabajo Final de Maestría, presentado como requisito para optar al título de:
Magíster en Derecho.

Director: Dr. César Antonio Cohecha León

Línea de Investigación: Derecho Administrativo

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
Bogotá, D. C., Colombia 2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	27
1.- LA DIVERGENCIA EN LA VINCULACIÓN DE PERSONAL EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO	27
1.1. MARCO JURÍDICO DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (E.S.E.)	27
1.1.1.- TALENTO HUMANO	28
1.1.1.1.- LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	28
1.1.1.1.1.- VINCULACIÓN TEMPORAL DE PERSONAL A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO	29
1.1.1.1.2.- CARRERA	30
1.1.1.1.3. TRABAJADOR OFICIAL	31
1.1.1.1.3.1- PLANTA FÍSICA HOSPITALARIA	32
1.1.1.1.3.2.- FORMA DE VINCULACIÓN DEL TRABAJADOR OFICIAL	33
1.1.1.1.3.3.- RÉGIMEN DE LOS TRABAJADORES OFICIALES	33
1.1.1.1.3.4.- TRANSICIÓN DE TRABAJADOR OFICIAL A EMPLEADO PÚBLICO	33
1.1.1.1.3.5.- ¿PUEDE UN TRABAJADOR OFICIAL EJERCER FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?	34
1.1.1.4. TALENTO HUMANO EN EL SECTOR SALUD Y LA RELACIÓN LABORAL	34
1.1.2.- MARCO JURÍDICO CONTRACTUAL DE LAS E.S.E.	36
1.1.2.1.- Modificación del contrato de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) (Tab. No. 1)	38
1.2. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	39
1.2.1.- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	41
1.2.1.1.- EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN MATERIA DE SALUD	44
1.2.1.3.- FUNDAMENTOS FÁCTICOS PARA SUSCRIBIR CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS E.S.E.	45
1.2.1.4.- PROHIBICIÓN PARA SUSCRIBIR CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (Tabla No. 2)	47

1.2.1.4.1.- ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA FUNCIÓN PERMANENTE EN LAS ENTIDADES DEL ESTADO	47
1.2.1.4.2 REGLAS JURISPRUDENCIALES PARA LA PROTECCIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO Y A LA ESPECIAL PROTECCIÓN AL VÍNCULO LABORAL CON ENTIDADES DEL ESTADO, (TABLA NO. 3.)	48
1.2.1.4.3- EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	51
1.2.1.4.4.- ESTADÍSTICAS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (E.S.E.)	53
1.2.1.4.5.- ESTUDIOS RESPECTO A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJADOR DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL VÍNCULO CONTRACTUAL EN LAS E.S.E.	55
1.3. EL VINCULO LABORAL REALIDAD “Contrato realidad”	55
1.3.1.- ASPECTOS PROCESARLES PARA SOLICITAR RECONOCIMIENTO DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD	56
1.3.2.- ASPECTOS RELEVANTES DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD	57
1.3.3.- EL VÍNCULO REALIDAD LABORAL EN EL EJERCICIO DEL EMPLEO PÚBLICO DE HECHO	58
CONCLUSIONES PRELIMINARES	61
CAPÍTULO II	62
EL TRABAJADOR DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS E.S.E. ES FUNCIONARIO DE FACTO SIN PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL TRABAJO	62
2.1. FUNCIONARIO DE HECHO	62
2.1.2- FUNCIONARIO DE FACTO QUE SUBYACE EN EL VÍNCULO LABORAL REALIDAD EN LAS E.S.E.	66
2.1.3- EL FUNCIONARIO DE HECHO EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA	71
2.1.4- DISTORSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL FUNCIONARIO DE HECHO	74
2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO	76
2.2.1.- EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	77
2.2.2. DERECHO AL TRABAJO EN EL AMBITO INTERNACIONAL	78
2.2.3. LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	81

2.3. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES -ECI-	83
2.3.1.- Concepto y alcance.	85
2.3.2.- FACTORES PARA DETERMINAR EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES EN COLOMBIA	85
2.3.3.- LOS DERECHOS QUE SE HAN PROTEGIDO A TRAVÉS DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES EN COLOMBIA	86
2.4.- LA JURISPRUDENCIA DEL VINCULO LABORAL REALIDAD DEJA INCOLUME LA ACTUACION IRREGULAR DE LAS E.S.E. POR INBSERVAR LAS NORMAS Y EN SU LUGAR VINCULAR PERSONAL MEDIANTE EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS, DESCOCIENDO LA FUNCION PUBLICA Y EL DERECHO AL TRABAJO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL	89
2.5.- EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL FUNCIONARIO DE HECHO EN LAS E.S.E. FRENTE A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO.	93
2.6.- EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES, MEDIDA PARA DETENER VULNERACION DEL DERECHO AL TRABAJO JUNTO CON LA FUNCION PÚBLICA	95
CAPITULO III	96
3.- LA JURISPRUDENCIA QUE DECLARA LA RELACION LABORAL REALIDAD, RECONOCE PARCIALMENTE LA CONSTITUCION INCLUYENDO LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	96
3.1. LOS EFECTOS DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD DEJA SIN EFECTO A LOS PRINCIPIOS MÍNIMOS IUSFUNDAMENTALES DEL TRABAJO	96
3.1.1. - IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA EL TRABAJADOR	98
3.1.3.-IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS MÍNIMOS ESTABLECIDOS EN NORMAS LABORALES	101
3.1.4.- PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS POR LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES LABORALES	101
3.1.5.-ESTABILIDAD DEL EMPLEO	101
3.1.6- IRRENUNCIABILIDAD DE LOS BENEFICIOS LABORALES	103
3.2.- EL VÍNCULO LABORAL REALIDAD FRENTE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LAS MERAS EXPECTATIVAS.	105
3.3.- EL VINCULO LABORAL REALIDAD NO OBSERVA LA VOLUNTAD LEGISLATIVA.	108
3.4.- EL RECONOCIMIENTO DE UNA RELACION LABORAL SIN EFECTOS INTEGRALES NO ARMONIZA LA PROTECCION INTERNACIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO	115
3.5.- CONCLUSIONES SUSTANCIALES, PARTE PROPOSITIVA	121

3.5.1.- COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN TRANSITORIA, DECLARAR SENTENCIA DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN EN EL SENTIDO DE MANTENER EL VÍNCULO SUSCRITO HASTA QUE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CONTRATANTE CUMPLA CON EL IMPERATIVO CONSTITUCIONAL	123
3.5.2.- DECLARAR UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES POR LA JURISPRUDENCIA DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD EN LAS E.S.E.	125
3.5.3.- DECLARAR UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL POR LA ACTUACIÓN CONTRARIA A DERECHO DE LA EMPRESAS SOCIALES EN LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	126
3.5.4.-DECLARAR UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES POR EL INCREMENTO DE VINCULACIÓN DE CONTRATISTAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE DESPLAZA AL EMPLEADO PÚBLICO	128
3.5.5.- ARMONIZAR LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	130
BIBLIOGRAFIA	136

RESUMEN

La salud es un derecho fundamental y de su efectividad, depende la garantía de otros derechos que se encuentran íntimamente ligados, en su esencia, es la razón de ser de la sociedad, en ese contexto se encuentra la vida. Por tal dimensión, en Colombia, su prestación se encuentra a cargo del Estado, quien ha trasladado esta obligación, principalmente, a las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.). Éstas constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En ese orden, y como en toda entidad pública, el desarrollo del objeto social se encuentra ampliamente reglado, de tal manera que busca materializar los preceptos constitucionales y armonizar los derechos iusfundamentales y convencionales. Es así como se encuentra establecido en la ley 100 (1993), artículo 195 numeral segundo (2) al establecer que: “El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado como parte del servicio público de seguridad social”, en axiología con el quinto (5) al ordenar que: “Las personas vinculadas a la Empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 (1990)”, acorde a la garantía constitucional establecida en el artículo 122 y siguientes, donde cada uno de estas dos clases de vinculación, tienen una estricta regulación legislativa que protegen el interés general en armonía con los derechos laborales de los servidores del Estado (ley 909 de 2004).

Por otro lado, es de anotar de manera sucesiva, el legislador estableció en el numeral sexto (6) de la ley 100(1993) que: “en materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes del estatuto general de la contratación de la administración pública. Con lo cual, instauró una mixtura normativa de lo público con lo privado; es decir, indicó que en materia contractual, estas Empresas del Estado, se rigen por el derecho privado (civil o comercial), adyacente a la facultad de incluir las cláusulas exorbitantes, es decir, modificación, terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación y caducidad, previstas en el Estatuto de la contratación pública Decreto ley 222 (1983), hoy ley 80 (1993).

En ese escenario, bajo la vigencia de las dos estipulaciones legislativas de 1993, es decir lo dispuesto en el numeral quinto y sexto del artículo 195 de la ley de seguridad social, empleo público y trabajador oficial adyacente a la posibilidad de contratación mediante la telaraña de lo privado con las cláusulas exorbitantes, se otorgó a estas Entidades del Estado, una amplia plataforma normativa para desarrollo de sus actividades, en ese contexto, las Empresas Sociales del Estado de Bogotá decidieron operar, mediante la suscripción de múltiples y sucesivos contratos de prestación de servicios personales, para satisfacer sus necesidades del giro ordinario, es decir, para la prestación del servicio público de salud. En ese contexto se encuentran muchos de Médicos, Enfermeros, Auxiliares en salud, entre

otros, que según cifras estadísticas que se obtuvieron exclusivamente para este trabajo investigativo.

El referido ejercicio contractual, en el contexto del análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional en múltiples sentencias, específicamente la C 614 (2009) y C 171(2012), afirma que es una práctica ilegal, irregular, abiertamente inconstitucional, debido a la utilización abusiva de esta figura jurídica contractual, válida constitucionalmente, empero diseñada con una finalidad distinta. La cual se desnaturaliza en la medida en que se vinculan de manera directa a personas para desempeñar funciones permanentes en la administración pública, por largos periodos de tiempo, con lo cual simultáneamente se falsea, encubre, esconde, disfraza, maquilla y disimula relaciones de trabajo, significando con ello el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales y convencionales de estos trabajadores de prestación de servicios al Estado, y, asimismo, se lesiona la carrera administrativa, instrumento esencial para el mérito y regla general de acceso y permanencia en la función pública.

En el mencionado contexto, en dimensión de la jurisprudencia de la referida Corte Constitucional, especialmente en las sentencias C 056 (1993) y C 555 (1994) al estudiar la protección de los derechos laborales desconocidos a estos empleados del Estado, decide aplicar directamente la Constitución Política, a través del principio mínimo del trabajo, es decir, la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, consolidado a la prestación efectiva, personal, subordinada y a cambio de una contraprestación, declara un vínculo laboral. Afirmando que la contraprestación que surge y demás derechos se deben regir por las normas laborales más favorables, así como la prevalencia de la naturaleza laboral de una determinada relación, según análisis del Juez en cada caso concreto.

En este contexto, el alcance mencionado establecido por el Tribunal Constitucional con respeto al principio de primacía de la realidad sobre las formas, no se ajusta a la misma Constitución Política, dado que, por un lado, la aplicación del vínculo laboral realidad en el contexto del ejercicio del empleo público de hecho y no de derecho, bajo el mencionado limitante, impide la aplicación de todos mandatos de máxima categorización constitucional, que enlista el artículo 53 constitucional, bajo la alocución adverbial de cantidad “por lo menos”, dentro de los cuales incluye la estabilidad en el empleo; igualdad de oportunidades para los trabajadores; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, entre otros, para lo cual la referida jurisprudencia, señala que sin el mérito no procede, en virtud a lo dispuesto por el artículo 122 y 125 del mismo texto fundamental.

se propone declarar una medida de protección transitoria al trabajador de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado (E.S.E), así como declarar un Estado de Cosas Inconstitucionales (E.C.I.) por la jurisprudencia del vínculo laboral realidad en las E.S.E y armonizar la jurisprudencia de la declaratoria de la relación laboral realidad a la constitución y a los postulados internacionales de la estabilidad en el empleo mediante el establecimiento de unas justas causas de separación en el escenario donde subyacen las

presunciones laborales del contrato de trabajo, prestación personal bajo continuada subordinación y remuneración, lo cual sujeto a unas condiciones especiales y de carácter temporal.

PALABRAS CLAVES: Empresa Social del Estado, contrato de prestación de servicios; principio de primacía de la realidad sobre las formas; instrumentos internacionales del trabajo; empleo público; principios mínimos del derecho al trabajo; funcionario público de hecho y de derecho; Jurisprudencia del derecho al trabajo; estabilidad en el empleo; condición beneficiosa al trabajador.

SUMMARY

The health is a fundamental right and of his efficiency, there depends the guarantee of other rights that are intimately tied, in his essence, is the reason of existing the company, in this context one finds the life. For such a dimension, in Colombia, his presentation is at the expense of the State, who is I move this obligation, principally, to the Social Companies of the State (E.S.E.). These constitute a special category of public, decentralized entity, with juridical legal status, own heritage and administrative autonomy.

This order, and as in any public entity, the development of the corporate purpose is ruled, in such a way that it seeks to materialize the constitutional rules and to harmonize the fundamental and conventional rights. It is as well as it is established in the law 100 (1993), numeral article 195 secondly (2) on having established that: " The object must be the presentation of the services of health, as public service at the expense of the State as part of the public service of social safety ", in axiology with the fifth one (5) on having ordered that: " The persons linked to the Company will have the character of civil and hard-working official servants, in conformity with the rules of the chapter IV of the law 10 (1990) ", chord to the constitutional right established in the article 122 and following, where each one of these two classes of entail, they have a strict legislative regulation that they protect the general interest in harmony with the labor laws of the servants of the State (law 909 of 2004).

On the other hand, it is of annotating in a successive way, the legislator established in the sixth numeral (6) of the law 100 (1993) that: " in contractual matter it will be ruled by the private right, but it will be able at its discretion to use the exorbitant clauses of the general statute of the contracting of the public administration. With which, it restored a normative mixture of the public thing with the private thing; it is to say, it indicated that in contractual matter, these Companies of the State, they are ruled by the private right (civil or commercial), adjacent to the faculty to include the exorbitant clauses, that is to say, modification, unilateral completion, unilateral interpretation, modification and caducity foreseen in the Statute of the public contracting Statutory order 222 (1983), today law 80 (1993).

In this scene, under the force of two legislative requirements of 1993, that is to say arranged in the fifth and sixth numeral of the article 195 of the law of social safety, public employment and hard-working adjacent official to the possibility of contracting by means of the spider web of deprived with the exorbitant clauses, it was granted to these Entities of the State, a wide normative platform for development of his activities, in this context, the Social Companies of the State of Bogota decided to operate, by means of the subscription of multiple and successive personal contracts of provision of services, to satisfy his needs

of the ordinary draft, that is to say, for the service public of health. In this context there are thousands of Doctors, Nurses, Auxiliary in health, between others, that according to numbers statesmen who were obtained exclusively for this work of investigation.

The above-mentioned contractual exercise, in the context of the jurisprudential analysis of the Constitutional Court in multiple judgments, specifically the C 614 (2009) and C 171 (2012), affirms that it is an illegal, irregular practice, openly unconstitutional, due to the improper utilization of this juridical contractual, valid figure constitutionally, however designed with a different purpose. Which becomes stateless in the measure in which they link themselves in a direct way to persons to recover permanent functions in the public administration, for long periods of time, with which simultaneously it is falsified, conceals, hides, disguises, makes up and hides relations of work, meaning with it the ignorance of the fundamental and conventional constitutional laws of these workers of provision of services to the State, and, likewise, one injures the administrative career, essential instrument for the merit and general rule of access and permanency in the public function.

In the mentioned context, in dimension of the jurisprudence of the above-mentioned Constitutional Court, specially in the judgments C 056 (1993) and C 555 (1994) on having studied the protection of the labor laws not known to these civil servants, it decides to apply directly the Political Constitution, across the minimal beginning of the work, that is to say, the primacy of the reality on the forms established by the subjects, consolidated to the effective, personal, subordinated presentation and in exchange for a consideration, declares a labor link. Affirming that the consideration that arises and other rights must be ruled by the most favorable labor procedure, as well as the prevalence of the labor nature of a certain relation, according to analysis of the Judge in every concrete case.

In this context, the mentioned scope established by the Constitutional Court with regard to the beginning of primacy of the reality on the forms, does not adjust to the same Political Constitution, provided that, on the one hand, the application of the labor link reality in the context of the exercise of the public employment of fact and not of right, under mentioned bounding, there prevents the application of all mandates of maximum constitutional categorization, which lists the constitutional article 53, under the adverbial allocation of quantity "at least", inside which it includes the stability in the employment; equality of opportunities for the workers; essential to the minimal benefits established in the labor procedure; Situation more favorable to the worker in case of doubt in application and interpretation of the formal sources of right, between others, for which the above-mentioned jurisprudence, it indicates that without the merit it does not proceed, in virtue to arranged by the article 122 and 125 of the same fundamental text.

The measure that the Constitutional Court adopts across the labor link reality, guarantees partially the international instruments of the work, as well as the constitutional law to the same one and prevents the integral effects of the legislative classification, in virtue to which alone he awards the payment of the social presentations under the constitutional premise of irrenunciabilidad to the minimal benefits established in these

procedure, that is to say it recognizes a labor relation with a few partial effects, in the measure in which alone it grants a precarious recognition of economic content, cutting the possibility of supporting " the link " and of enjoying the prerogatives that the labour legislation awards to the labour law. Like prototype, to be able to enjoy the vacations chord to the purpose for which which there were designed by the legislator, that is to say the rest and recovery of the energy; On the other hand the application of the just reasons like expectation legitimizes to support the employment in just conditions; the payment of interests and sanctions moratorium for breaches of the employer (denied in an express way in judgment HIS 448 of 2016) between others.

It proposes to declare a measure of transitory protection to the worker of provision of services in the Social Companies of the State (E.S.E), as well as to declare a State of Unconstitutional Things (E.C.I.) for the jurisprudence of the labor link reality in the E.S.E and harmonizes the jurisprudence of the declaration of the labor relation reality to the constitution and to the international postulates of the stability in the employment by means of the establishment of a few just reasons of separation in the scene where there sublime the labor presumptions of the contract of work, personal loan under continued subordination and remuneration, which I hold to a few special conditions and of temporary character.

KEY WORDS: Social Company of the State, contract of provision of services; beginning of primacy of the reality on the forms; international instruments of the work; employment I publish; minimal beginning of the right to the work; employment I publish; government employee of fact and of right; jurisprudence of the right to the work; stability in the employment; condition beneficial to the worker.

INTRODUCCIÓN

La salud es un derecho fundamental y de su efectividad, depende la garantía de otros derechos que se encuentran íntimamente ligados, en su esencia, es la razón de ser de la sociedad, en ese contexto se encuentra la vida. Por tal dimensión, en Colombia, su prestación se encuentra a cargo del Estado, quien ha trasladado esta obligación, principalmente, a las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.). Éstas constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En ese orden, y como en toda entidad pública, el desarrollo del objeto social se encuentra ampliamente reglado, de tal manera que busca materializar los preceptos constitucionales y armonizar los derechos iusfundamentales y convencionales. Es así como se encuentra establecido en la ley 100 (1993), artículo 195 numeral segundo (2) al establecer que: “El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado como parte del servicio público de seguridad social”, en axiología con el quinto (5) al ordenar que: “Las personas vinculadas a la Empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 (1990)”, acorde a la garantía constitucional establecida en el artículo 122 y siguientes, donde cada uno de estas dos clases de vinculación, tienen una estricta regulación legislativa que protegen el interés general en armonía con los derechos laborales de los servidores del Estado (ley 909 de 2004).

A diferencia de otros entes públicos, las Empresas sociales del Estado tienen una categoría especial, regida por la ley 100 (1993), por cuanto su objeto busca satisfacer la prestación de un servicio público de carácter universal. Así se observa en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S), al señalar que: “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”¹². En esa dimensión se encuentra expresamente en la constitución política de Colombia, al señalar: “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (Art. 49 C.N.)”, lo expuesto se ejecuta en un contexto independiente de la capacidad económica del sujeto de derechos que lo requiere. Por lo tanto, es tan relevante en el Estado Social de Derecho, concretar el referido derecho iusfundamental, dados los múltiples intereses que involucra, para lo cual, el legislador reguló el desarrollo de su objeto social, se realice mediante la regla general de vinculación constitucional, es decir la carrera administrativa, como la única forma para identificar el mérito, con la finalidad de que su objeto social, se efectúe en condiciones óptimas, teniendo en cuenta que busca satisfacer una finalidad del Estado.

¹² www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/

Por otro lado, es de anotar de manera sucesiva, el legislador estableció en el numeral sexto (6) de la ley 100(1993) que: “en materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes del estatuto general de la contratación de la administración pública. Con lo cual, instauró una mixtura normativa de lo público con lo privado; es decir, indicó que en materia contractual, estas Empresas del Estado, se rigen por el derecho privado (civil o comercial), adyacente a la facultad de incluir las cláusulas exorbitantes, es decir, modificación, terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación y caducidad, previstas en el Estatuto de la contratación pública Decreto ley 222 (1983), hoy ley 80 (1993).

En ese escenario, bajo la vigencia de las dos estipulaciones legislativas de 1993, es decir lo dispuesto en el numeral quinto y sexto del artículo 195 de la ley de seguridad social, empleo público y trabajador oficial adyacente a la posibilidad de contratación mediante la telaraña de lo privado con las cláusulas exorbitantes, se otorgó a estas Entidades del Estado, una amplia plataforma normativa para desarrollo de sus actividades, en ese contexto, las Empresas Sociales del Estado de Bogotá decidieron operar, mediante la suscripción de múltiples y sucesivos contratos de prestación de servicios personales, para satisfacer sus necesidades del giro ordinario, es decir, para la prestación del servicio público de salud. En ese contexto se encuentran muchos de Médicos, Enfermeros, Auxiliares en salud, entre otros, que según cifras estadísticas que se obtuvieron exclusivamente para este trabajo investigativo, mediante el ejercicio del derecho fundamental que confiere la ley 1755(2015), se encontró que en los tres (3) últimos años, en las Empresas Sociales del Estado, hoy fusionadas en cuatro (4) Subredes Integradas de Servicios de Salud, de acuerdo a la reorganización del sistema de salud, se encuentran a miles de trabajadores en esas condiciones, específicamente en el Sur: para el año 2014 resultaron 22.526, para el 2015 firmaron 18.767 y en el 2016 vincularon 16.270; Sur Occidente, para el año 2014 se encontraron 8.056, para el 2015 suscribieron 7.424, en el año 2016 se reportaron 6.453; Centro Oriente para el año 2014 firmaron 6.384, para el 2015 vincularon 5.361 y en el año 2016 registran 4.882 y, Norte registra para el año 2014 suscribieron 5.169; para el 2015 celebraron 6.323 y, para el año 2016 reportaron 5.911 contratos en esta modalidad directa, los cuales se desarrollan de manera continuada y subordinada desde hace varios años.

El referido ejercicio contractual, en el contexto del análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional en múltiples sentencias, específicamente la C 614 (2009) y C 171(2012), afirma que es una práctica ilegal, irregular, abiertamente inconstitucional, debido a la utilización abusiva de esta figura jurídica contractual, válida constitucionalmente, empero diseñada con una finalidad distinta. La cual se desnaturaliza en la medida en que se vinculan de manera directa a personas para desempeñar funciones permanentes en la administración pública, por largos periodos de tiempo, con lo cual simultáneamente se falsea, encubre, esconde, disfraza, maquilla y disimula relaciones de trabajo, significando con ello el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales y convencionales de estos trabajadores de prestación de servicios al Estado, y, asimismo, se lesiona la carrera administrativa, instrumento esencial para el mérito y regla

general de acceso y permanencia en la función pública. Lo cual constituye una desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto, luego, la corrección corresponde a los jueces administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela.

En el mencionado contexto, en dimensión de la jurisprudencia de la referida Corte Constitucional, especialmente en las sentencias C 056 (1993) y C 555 (1994) al estudiar la protección de los derechos laborales desconocidos a estos empleados del Estado, decide aplicar directamente la Constitución Política, a través del principio mínimo del trabajo, es decir, la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, consolidado a la prestación efectiva, personal, subordinada y a cambio de una contraprestación, declara un vínculo laboral. Afirmando que la contraprestación que surge y demás derechos se deben regir por las normas laborales más favorables, así como la prevalencia de la naturaleza laboral de una determinada relación, según análisis del Juez en cada caso concreto.

Dicho escenario en contienda judicial, cuando versa respecto a hechos consolidados que se derivan del ejercicio del empleo público de facto y no de iure, en el referida sentencia de 1994 la Corte Constitucional, encuentra que las formalidades sustanciales del derecho público, son el alcance del principio de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, significando con esto, que desvirtuado el contrato de prestación de servicios suscrito, se reconoce el carácter de trabajador al servicio del Estado; empero, en ningún caso se puede conferir el status de empleado público, en virtud a que el referido principio se encuentra limitado por los principios de la organización del Estado y por el mérito. Lo cual, es indisponible para las autoridades, de carácter imperativo del Estado de Derecho, lo que implica que ninguna práctica puede sustituirlos o derogarlos. Al fijar la mencionada barrera, no se puede reivindicar la existencia de un verdadero empleo público, en cuanto a que es equivalente a derogar formalidades y exigencias del mencionado derecho. Empero se puede desechar la forma contractual administrativa e imponer la materialidad del trabajo que sólo en apariencia se desplazó.

El mencionado alcance jurisprudencial, diseña la aplicación precaria del principio de primacía de la realidad sobre las formas, convirtiendo su aplicación en un mero formalismo, por cuanto al haber cercenado los efectos del referido mandato de máxima categorización impide la posibilidad aplicar normas más favorables, que arropan el vínculo realidad laboral que declaran mediante los principios mínimos constitucionales y convencionales del trabajo. Por lo anteriormente expuesto, esta investigación se propone abordar, si ¿el vínculo jurisprudencial no encuentra fundamento laboral realidad, que subyace del ejercicio de un empleo público de facto y no de iure, resulta una medida efectiva para la protección integral de los derechos del trabajador de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado de Bogotá, que se ajuste a la Constitución Política, lo cual incluye los instrumentos internacionales para la protección del trabajo?

En ese contexto, el mencionado alcance establecido por la Corte Constitucional respecto al principio de primacía de la realidad sobre las formas, no se ajusta a la misma Constitución Política, dado que, por un lado, la aplicación del vínculo laboral realidad en el

contexto del ejercicio del empleo público de hecho y no de derecho, bajo el mencionado limitante, impide la aplicación de todos mandatos de máxima categorización constitucional, que enlista el artículo 53 constitucional, bajo la alocución adverbial de cantidad “por lo menos”, dentro de los cuales incluye la estabilidad en el empleo; igualdad de oportunidades para los trabajadores; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, entre otros, para lo cual la referida jurisprudencia, señala que sin el mérito no procede, en virtud a lo dispuesto por el artículo 122 y 125 del mismo texto fundamental.

Empero en sentencia C 055 (1999) al consultar la misma Corte Constitucional, la Gaceta número 85 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, encuentra que esta buscó independientemente de la diversidad regímenes laborales, privados (individual y colectivo) y oficiales, que las disposiciones que regularan las relaciones de trabajo, garantizaran los principios mínimos fundamentales que se definieron en mencionado artículo 53 de la Constitución, toda vez que la finalidad protectora debe cubrir a todos los trabajadores, cualquiera que sea el régimen al que deban sujetarse.

Así mismo la Constitución señala que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Art. 53 C.N.), en la medida en que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas (Art. 25 C.N.).

Ahora bien, la constitución establece que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, hacen parte y prevalecen en el orden interno, luego los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretan de conformidad a estos (Art. 93 C.N.) y, la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (Art. 94 C.N.).

Es decir, los dos conjuntos de normas domesticas e internacionales bajo las anotadas condiciones, se fusionan y forman en un bloque de constitucionalidad, edificando normas y principios del mismo valor de la carta, que sin aparecer formalmente en el articulado constitucional, son utilizados como parámetros de control Constitucional.

En ese orden, se encuentran múltiples instrumentos extranjeros que hacen parte de orden interno, dentro de los cuales es preciso destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en la Resolución 217 A (III) (1948), establece que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas, satisfactorias y a la protección contra el desempleo; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá (1948, contempla el derecho al trabajo, a una remuneración justa que atienda a la capacidad y destreza del trabajador, y que le permita un nivel de vida conveniente para sí mismo y para su familia; el derecho a la igualdad de los trabajadores, desarrollado por el convenio internacional del trabajo número

111, aprobado por Colombia mediante la ley 22 de 1967 y ratificado en 1969; El Protocolo del Salvador al Convenio Americano Sobre Derechos Humanos (1988), aprobado por el Congreso a través de la ley 319 de 1996, que establece que los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, mediante unas justas causas de separación, indemnización o readmisión en caso de despido injustificado, en ese mismo orden señala la Carta Internacional de Garantía Sociales de la OEA (1947), así mismo señala la protección a los empleados públicos, quienes debe ser amparados por la carrera administrativa, de modo que se garantice, mientras cumplan con las obligaciones asignadas, la permanencia en el empleo, al derecho al ascenso y a los beneficios de la seguridad social. En ese orden, se encuentran otros instrumentos internacionales para la protección del trabajo bajo condiciones dignas y justas.

Ahora bien, es de tener en cuenta, que en ese mismo sentido se encuentran las recomendaciones, que a pesar de no ser instrumentos que obliguen a los Estados por cuanto no tienen el carácter de convenios o tratados ratificados por el Congreso, tienen valor normativo, bajo el concepto de directrices, que pueden orientar la política y las acciones nacionales, así lo reconoce la jurisprudencia de la corte Constitucional lo reconoce. A manera de prototipo se encuentra el convenio C 158 junto con la recomendación 166, sobre la terminación de la relación de trabajo, por iniciativa del empleador, este aplica a todas las ramas de la actividad económica y todas las personas empleadas, el cual pretende impedir el despido injustificado, dado que expresamente señala que “no se pondrá termino a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada”. Así mismo, el convenio número 94 adoptado en Ginebra (1949) y su recomendación número 84, respecto a las cláusulas de trabajo en contratos celebrados por las autoridades públicas, las cuales se fundamentan en el objetivo de impedir que las autoridades públicas celebren contratos que impliquen el empleo de trabajadores para la construcción de obras públicas, elaboración de bienes, o suministro de servicios en condiciones inferiores a un nivel aceptable de protección social y, además, para alentarlas a establecer niveles más elevados de protección a fin de que los gobiernos actúen como empleadores modelo. El objetivo del Convenio es la buena gobernanza, al referirse a la contratación pública socialmente responsable y requiere que los postores - contratistas se ajusten a los salarios y demás condiciones de trabajo predominantes en el ámbito local, determinados por la legislación o los convenios colectivos.

En ese contexto internacional, al establecer el derecho al trabajo bajo la condición de estabilidad en el empleo, protegida mediante el establecimiento de unas justas causas de separación, igualdad, readmisión o indemnización en caso de despido injusto; se observa que estas prerrogativas no se encuentran supeditadas a la clase de vínculo que la administración publica determine conferir al trabajador, quien en el caso Colombiano se aparta del cumplimiento legislativo, sino que se encuentran dirigidas bajo el pronombre de “todos”, al universo de trabajadores. Por lo cual, se encuentra que el vínculo que declara una relación laboral realidad en el ejercicio de un empleo público hecho que se ejerció por auencia de la Empresa Social del Estado, quien buscó eximirse del cumplimiento de las obligaciones legales de contenido laboral, planeadas, debatidas y organizadas bajo la

mirada internacional, al impedir que produzca la estabilidad, readmisión, reinserción, indemnización por despido injusto, u otra opción normativa que armonice los derechos con el interés general a situaciones de hecho producidas por el mismo Estado, no aviene a los instrumentos internacionales del trabajo, por cuanto la relación de hecho se generó, a pesar de inobservancia de las formalidades sustanciales del derecho público, lo cual fue consecuencia de la acción administración. Ahora la jurisprudencia del vínculo realidad frente a esta actuación irregular resulta condescendiente dejándola incólume, empero si sacrificando los derechos de unos trabajadores que actuaron de buena fe, de manera diligente y cuidadosa en el ejercicio de las actividades encomendadas por el Estado, por un largo periodo de tiempo, bajo continuada subordinación y dependencia, con lo cual, de manera simultánea inobserva los instrumentos internacionales del trabajo referidos entre otros, no aplica de manera integral la constitución así como tampoco la ley de la republica diseñada para la protección del interés general, en la prestación del servicio público de salud.

Es decir, la medida que adopta la Corte Constitucional a través del vínculo laboral realidad, garantiza parcialmente los instrumentos internacionales del trabajo, así como el derecho constitucional al mismo e impide los efectos integrales del ordenamiento legislativo, en virtud a que solo confiere el pago de las prestaciones sociales bajo la premisa constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en estas normas, es decir reconoce una relación laboral con unos efectos parciales, en la medida en que solo concede un precario reconocimiento de contenido económico, cercenando la posibilidad de mantener “el vínculo” y gozar de las prerrogativas que confiere la legislación laboral al derecho del trabajo. A manera de prototipo, poder disfrutar de las vacaciones acorde a la finalidad para la cual la cual fueron diseñadas por el legislador, es decir el descanso y recuperación de la energía; por otro lado la aplicación de las justas causas como expectativa legitima para mantener el empleo en condiciones justas; el pago de intereses y sanciones moratoria por incumplimientos del empleador (negados de manera expresa en sentencia SU 448 de 2016) entre otras. En ese contexto, con la mencionada jurisprudencia se desdibujan las premisas iusfundamentales y legales, concebidas para proteger y promover el trabajo material, independientemente de la actuación y los formalismos de las Entidades, máxime teniendo en cuenta que estas deben ser las mayores dadoras de empleo en el cumplimiento de las normas, por cuanto soberanamente de la calidad que ostentan, no se eximen de su observancia, en la medida la constitución y la ley son de orden público e imperativo cumplimiento.

Con lo cual desecha la posibilidad adoptar otras medidas constitucionalmente proteccionistas, de carácter transitorio, u otras alternativas igualmente constitucionales, como el del trabajador oficial o la posibilidad de declarar un Estado de Cosas Inconstitucionales. Las cuales resultan armoniosas y efectivas para proteger el interés público, dado que el origen de la problemática se deriva de una actuación ilegal de la administración pública.

Se considera al trabajador oficial, como una opción transitoria, es decir como una medida hasta tanto, estas entidades den cumplimiento a la leyes 100(1993) y 909 (2004) y

decreto 785 (2005) para proveer los empleos acorde a las necesidades para la prestación del servicio de salud en estas Empresas, con lo cual se busca contrarrestar los efectos que produce la problemática planteada, en desconocimiento de los derechos de los trabajadores de prestación de servicios, vinculados mediante el contrato de prestación de servicios. Lo anterior, teniendo en cuenta que esta forma de vinculación es de contenido constitucional, su vinculación se realiza mediante un contrato de trabajo (Ayala Caldas, 1999, p. 410) y hace parte de las reglas excepcionales a la carrera que establece el artículo 125 fundamental para ejercer los empleos en los órganos y entidades del Estado.

Lo anterior, por cuanto el numeral quinto (5) del artículo 195 de la ley 100 (1993), incluye al trabajador oficial como parte integrante de la planta de personal, bajo las reglas del capítulo IV de la ley 10 (1990), donde señala en el artículo 26, 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. Por lo cual, se considera como una medida válida desde el punto de vista constitucional en la medida en que los empleos a los que se refiere este estudio no corresponden al carácter directivo, sino al desarrollo del objeto social de la Empresa Social del Estado.

Así mismo, es de tener en cuenta que debido a la satisfacción de las necesidades permanentes mediante contratistas de prestación de servicios, las Empresas Sociales del Estado, borran la necesidad de crear los empleos públicos de médico general, médico especialista, bacteriólogo, enfermero, auxiliar de salud, odontólogo, facturador, entre otros, acorde a las necesidades para la prestación del servicio público de salud, objeto social para el cual fueron creadas. Así se evidencia en la falta convocatoria desde hace más de diez (10) años para proveer estos empleos, adyacente a una plataforma de miles¹³ de trabajadores de prestación de servicios con los perfiles propios de salud, referenciados anteriormente, en la prestación del servicio que constituye el giro ordinario de estas entidades. En este orden, las referidas entidades impiden el ingreso a los mencionados cargos de carrera en cumplimiento de los requisitos y condiciones legales, con lo cual simultáneamente atentan contra la igualdad de oportunidades para los trabajadores.

Ahora bien, esta investigación académica de la jurisprudencia de la declaratoria de vínculo laboral real, ha sido objeto de otras tesis académicas, que han desarrollado múltiples enfoques, empero difieren del aspecto que pretende abordar este problema de investigación, toda vez que este analiza dicho jurisprudencia desde la constitución con la Constitución, respecto al derecho al trabajo bajo, los principios mínimos que enlistados la carta y bajo los instrumentos internacionales del trabajo. Así mismo, por cuanto este estudio se circunscribe el marco de las Empresas Sociales del Estado de Bogotá, donde se aporta información reciente y exclusiva para este producto investigativo. Por lo anteriormente expuesto, se considera una investigación original y que no ha sido abordada en otros estudios académicos.

¹³ Información producto del ejercicio del derecho de petición (ley 1755 de 2015), Subredes Integradas de Servicios de Salud (E.S.E) de Bogotá: Norte: 20171110070121; Centro Oriente: 76582016; Sur Occidente: 2017EE31201 y Sur 201703510009602.

En ese orden, se encontró en otras tesis el estudio de aspectos tributarios, donde se abordó el menoscabo del derecho al trabajo, frente a la pérdida del carácter excepcional de la forma de vinculación mediante el contrato de prestación de servicios, el contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión administrativa. Este estudio es relevante, por lo expuesto y adicionalmente por cuanto aborda un marco normativo reciente como el decreto 641(2016) y jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como la sentencia SU 448 de 2016 y del Consejo de Estado CE-SUJ2-005-16 entre otras, las cuales no han sido objeto de otras investigaciones. En de tener en cuenta que se estudiaron de manera paralela otras tesis que sirvieron de motor, para decidir emprender este estudio.

Es decir, en un primer momento se localizó el estudio de Sanjuanelo 2015, respecto a temas tributarios que gravaron el contrato de prestación de servicios, el cual concluyó que existe una omisión en los pronunciamientos del Consejo de Estado, respecto a los impuestos recaudados en vigencia de este, que fue desvirtuado con la declaratoria de la relación realidad, lo cual consecuentemente hizo que desapareciera el hecho generador. Escenario que considera que al no ser devueltos estos recursos económicos representa un empobrecimiento en el patrimonio de ese sujeto producto de la declaratoria del contrato realidad (p.9)¹⁴.

En el segundo estudio, Rivera Galvis, J. S. (2015), se abordó el menoscabo del derecho al trabajo, frente a la pérdida del carácter excepcional de la forma de vinculación mediante el contrato de prestación de servicios. Considera que la realidad colombiana actual cuenta con un ordenamiento jurídico que no está adaptado a los hechos que rodean la dinámica del trabajo de la administración pública, para las personas que se desempeñan mediante la celebración de contratos de prestación de servicios con entidades estatales, lo cual es abordado en forma correctiva por la aplicación de garantías secundarias, desconociéndose la necesidad del establecimiento de garantías primarias, que garanticen el desarrollo de estas relaciones de trabajo en el marco de la doctrina de trabajo decente, sin que esto implique el reconocimiento de una relación laboral (2015, p. 94)¹⁵

En el producto investigativo de León Hernández, M.A. (2012), se abordó el estudio del contrato de prestación de servicios en el apoyo a la gestión administrativa en el Estado colombiano, concluyendo que la flexibilización laboral conlleva al desconocimiento de uno de los pilares del derecho laboral administrativo, como, la estabilidad, lo cual atenta contra la dignidad de los seres humanos (2012, p.98).¹⁶

¹⁴ Sanjuanelo, J. R. (2015) Enriquecimiento sin justa causa del Estado por los impuestos recaudados en los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados en el marco del estatuto general de contratación de la administración pública por su declaratoria judicial como vínculo laboral realidad (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

¹⁵ 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, Bogotá.

¹⁶ León Hernández, M.A. (2012). El contrato de prestación de servicios en el apoyo a la gestión administrativa en el estado colombiano. (Tesis de Maestría).Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Por lo anterior, en el escenario del mecanismo de protección objetiva a los derechos fundamentales, que se gestó en tribunales internacionales, en virtud al hallazgo de situaciones de desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, actuando en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales (2015, p.1). Tesis adoptada en Colombia, por parte de la Corte Constitucional a partir del año 1997, la cual se declara por parte del máximo órgano guarda de la constitución, cuando se presenta repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas, lo cual involucra a varias autoridades más allá de la tutelada, dado que también se genera por factores estructurales. Luego estas personas pueden recurrir a la acción de tutela para obtener protección, lo que en consecuencia puede llegar a congestionar los despachos judiciales.

Por todo lo expuesto, se considera que se hace necesario decretar el Estado de Cosas inconstitucionales como medida transitoria y en aras de proteger los derechos de los trabajadores contratistas de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado, dada la abstención de la actuación de la administración para crear los cargos acorde a las necesidad para desarrollar el objeto social, para el cual fueron creadas, y así dar apertura a la convocatoria para el concurso de méritos, con la finalidad de oficiar no solo a estas entidades sino también al Ministerio de Trabajo, Ministerio de Salud, Superintendencia Nacional de salud, Secretaria Distrital de Salud, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Contraloría General de la Republica, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función pública y la Comisión Nacional del Servicio Civil, entre otros órganos competentes, para conjurar la sistemática vulneración de derechos constitucionales.

Lo anterior, por cuanto se presenta analogía en el contexto que se presentó en 1998, cuando se declaró el Estado de Cosas Inconstitucional, por no haberse convocado a concurso para notarios en toda la República, derivado del incumplimiento del inciso segundo (2) del artículo 131 de la C.N. que establecía que “El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso”. En virtud a que había pasado más de diez años, sin realizar los actos pertinentes para proveer esta clase de cargos y quienes se encontraban en ejercicio interinidad. Donde se ofició a todas las entidades competentes, hasta tanto realizaran las actividades pertinentes para materializar dicho postulado constitucional.

Por las razones anteriormente encontradas, este producto investigativo se propone un objetivo general y tres específicos: de manera general, se busca identificar si la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional, que subyace de la relación laboral realidad frente al empleo público en las Empresas Sociales del Estado en Bogotá, frente al trabajador de prestación de servicios que es vinculado para el desarrollo de actividades del

giro ordinario de la entidad, es una disposición de protección integral y armonizadora con los postulados internacionales para la protección del trabajo.

En ese orden, consultar el marco jurídico de las Empresas Sociales del Estado, así como el de los contratos de prestación que suscriben; identificar el desarrollo, elementos y avances que constituyen la tesis jurisprudencial del relación laboral realidad e identificar si la jurisprudencia del vínculo realidad, constituye una medida integral de protección a los derechos de los contratistas de prestación de servicios en las E.S.E.

Por otro lado, es importante resaltar que este estudio investigativo, se realizó a partir del análisis de teoría fundamentada, es decir a partir de la observación del universo de normas constitucionales, legales, instrumentos internacionales del trabajo; la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado Colombiano y Corte Suprema de Justicia, junto con otras tesis académicas, en el contexto de las Empresas Sociales del Estado. Con la finalidad de contextualizar el alcance que les confiere el legislador respecto a las facultades conferidas para utilizar la mixtura normativa de derecho privado con las cláusulas exorbitantes de la contratación estatal, adyacente al límite que circunscribe el sello para suscribir contratos de prestación de servicios. En ese mismo orden de ideas, el avance y aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, que en aplicación directa de la constitución, las altas cortes nacionales pretenden desdibujar la actuación de la administración, desvirtuando el contrato de prestación de servicios suscrito, que escondió una relación laboral y con él arrastro los derechos constitucionales fundamentales de este sujeto contractual.

Asimismo, en el método descriptivo analítico a partir de la creación jurisprudencial, contextualizar la ausente armonización entre el alcance que encerró la Corte Constitucional, al otorgar efectos parciales a la declaración de la relación laboral realidad, por aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en afinidad al funcionario de hecho, frente a principios mínimos de la misma constitución, así como a la falta de consonancia con instrumentos internacionales. Desechando de su teoría otras alternativas constitucionales que pudiesen ser más garantes y proporcionadas al derecho internacional que hace parte del orden interno.

Por último, es de resaltar que, en cuanto a los caudales que motivaron el análisis de este estudio, se encuentran en el insumo de partida las elevadas estadísticas que se allegaron para la construcción de este documento, que simultáneamente pusieron en contexto a los miles de contratistas de prestación de servicios de estas entidades dentro de esas circunstancias. Asimismo, las múltiples referencias bibliográficas que exponen la teoría desde la constitución, ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Así, este trabajo investigativo abordará el problema y la hipótesis planteados mediante el desarrollo de tres (3) capítulos, en el siguiente orden: el primero busca exponer el problema a partir de los factores que tejen el planteamiento de la controversia, razón por la cual este espacio se dedicará al marco jurídico de las Empresas Sociales del Estado respecto al capital humano, el cual corresponde a disposiciones pertinentes contenidas en la ley 100 (1993); asimismo, se estudia la suscripción del contrato de prestación de servicios y

la jurisprudencia de la declaratoria de la relación laboral realidad y sus efectos en el contexto del ejercicio del empleo público de facto y no de iure. En el segundo acápite, se busca identificar las posibles soluciones que a través de teorías comprenden una aproximación a la resolución del problema, el cual se afrontará a partir de la teoría que reconoce el ejercicio del empleo público de hecho y no de derecho mediante el denominado -jurisprudencialmente- funcionario de hecho y los efectos de su reconocimiento en el escenario donde la entidad no crea el empleo en la planta de personal; los instrumentos internacionales del trabajo y por último el Estado de cosas Inconstitucionales y, en el tercer acápite, se expone la parte propositiva, es decir, la construcción de la solución al problema investigativo, la cual se plantea a partir de las teorías de los autores desarrolladas en el segundo capítulo, es decir, la tesis que se encuentran para contrarrestar los efectos negativos del problema que se entrelazó en el primer capítulo.

Específicamente, se propone declarar una medida de protección transitoria al trabajador de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado (E.S.E), así como declarar un Estado de Cosas Inconstitucionales (E.C.I.) por la jurisprudencia del vínculo laboral realidad en las E.S.E y armonizar la jurisprudencia de la declaratoria de la relación laboral realidad a la constitución y a los postulados internacionales de la estabilidad en el empleo mediante el establecimiento de unas justas causas de separación en el escenario donde subyacen las presunciones laborales del contrato de trabajo, prestación personal bajo continuada subordinación y remuneración, lo cual sujeto a unas condiciones especiales y de carácter temporal.

En ese orden, en el primer capítulo, denominado “La desavenencia en la vinculación de personal en las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.)”, de manera puntual se expone el desarrollo del marco jurídico de estas entidades en materia de talento humano, a partir del numeral quinto (5) del artículo 194 de la ley 100 (1993), es decir bajo las modalidades de libre nombramiento y remoción, la carrera administrativa y el trabajador oficial. Así mismo se abordan algunas disposiciones en materia de recursos humanos en el contexto de la relación laboral en el sector salud.

Por otro lado, el marco jurídico contractual que estableció el legislativo a partir del numeral sexto (6) del artículo 194 de la ley de seguridad social, el cual se desarrolla en los estatutos y manuales de contratación de cada una de las Empresas Sociales del Estado, en estos se contempla el contrato de prestación de servicios para el desarrollo de actividades asistenciales, por lo cual, específicamente se aborda su contexto normativo a la luz de la ley 80 (1993) (clausula exorbitantes), los códigos de comercio y civil colombiano, así como su evolución jurisprudencial, los fundamentos facticos que sustentan estas entidades para la vinculación de personal mediante esta modalidad contractual, las prohibiciones para celebrar esta clase de contratos para realizar actividades de carácter permanente o del giro ordinario de la entidad; las estadísticas de los tres últimos años respecto a la cantidad de contratos de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado en Bogotá; algunos estudios académicos respecto a la vulneración de derechos fundamentales al trabajador de prestación de servicios por el vínculo contractual en las E.S.E.

En la última parte de este acápite, como parte del problema se encuentra el vínculo laboral realidad “contrato realidad”, dentro del cual se abordan los aspectos que ha desarrollado la jurisprudencia en términos procesales para lograr su declaratoria, dentro de los cuales se encuentran la prescripción para acudir en término, así mismo algunos aspectos sustanciales, es decir los elementos que lo constituyen la relación laboral realidad y sus efectos en el contexto del empleo público. Por otro lado se analiza los efectos de la declaratoria del vínculo laboral realidad frente a las nociones elementales de justicia laboral en la constitución, la protección constitucional de los derechos adquiridos y las meras expectativas iusfundamental.

En el segundo capítulo, se abordará “El trabajador de prestación de servicios en las E.S.E. es funcionario de facto sin reconocimiento de los principios constitucionales y fundamentales incluyendo los instrumentos internacionales del trabajo”, en este escenario se aborda específicamente la teoría del funcionario de hecho, su configuración en la declaratoria de la relación laboral realidad en las Empresas Sociales del Estado, así como en estado de debilidad manifiesta (Art. 13 C.N.) y la distorsión de relación laboral del funcionario de hecho.

Por otro lado, se estudian los instrumentos internacionales del trabajo, la igualdad, el derecho al trabajo, la estabilidad en el empleo en el ámbito internacional, en este sentido se encuentra el establecimiento de unas justas causas de separación, reinserción profesional, como forma de protección del empleo en la relación de justicia laboral.

En ese mismo orden, y teniendo en cuenta que este trabajo investigativo se ocupa del estudio de que la construcción jurisprudencial de la declaratoria de la relación laboral realidad no aviene a la constitución incluyendo los instrumentos internacionales del trabajo, específicamente en el reconocimiento del ejercicio del empleo público de facto y no de iure en las Empresas Sociales del Estado. Dicha afirmación se convalida en los precarios efectos que reconoce tal declaratoria judicial, es decir solamente de contenido económicos, por el pago de prestaciones sociales, frente a la actuación irregular de la entidad pública que utiliza el contrato de prestación de servicios para eximirse del cumplimiento de obligaciones legislativas laborales. lo cual no aviene a la constitución, dado que allí, se contemplan múltiples disposiciones para la protección del trabajo en condiciones dignas y justas, dentro de las cuales se encuentran los principios constitucionales fundamentales que quedaron enlistados bajo la locución adverbial de cantidad “por lo menos” en voluntad de la Asamblea Nacional constituyente en el artículo 53 de la constitución, dentro de los que se encuentran la favorabilidad, estabilidad en el empleo entre otros, en ese orden, en el clausulado constitucional se encuentra el trabajo en sus múltiples dimensiones goza de especial protección del Estado en todas sus modalidades (Art. 25 C.N.); Al mismo tenor, se encuentra en las obligaciones internacionales del trabajo que hacen parte del orden interno, bajo los múltiples instrumentos que contemplan de manera amplia la protección al trabajo, la estabilidad en el empleo, las justas causa de separación, la reinserción profesional entre otras. Preceptos, que no son materia de protección en la declaratoria de la relación laboral realidad, por múltiples razones, de consideración en la jurisprudencia constitucional (C 555-1994), dentro de las que se encuentra, que por el hecho de trabajar para el Estado no lo convierte en empleado público, por cuanto las formalidades sustanciales del derecho público, son el límite del principio de la primacía de la realidad sobre la formas establecidas

por los sujetos. Lo cual resulta paradójico, dado que la entidad incumple el mandato legislativo de crear los empleos acorde a las necesidades para el desarrollo del objeto social, vinculando en su lugar, contratistas de prestación de servicios, con lo cual borra la referida necesidad, desconociendo la ley (Numera 5 del Art. 194 de la ley 100(1993)) y la constitución (Art. 123 y 125 C.N.).

Por último es de tener en cuenta que a excepción de los sujetos de especial protección constitucional, quienes se encuentran protegidos de manera superficial por estabilidad laboral reforzada en el contrato de prestación de servicios, el efecto de la declaratoria de la relación laboral realidad, solo reconoce el pago de la prestaciones sociales a título de sanción a la entidad, desconociendo los otros principios mínimos constitucionales del trabajo a la favorabilidad, estabilidad en el empleo que son las columna vertebral de derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, que al mismo tenor se encuentran en los instrumentos internacionales del trabajo. Tesis que se comprueba en diversa jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y del Consejo de Estado. Que para tal efecto, se realizó un análisis de sentencias de constitucionalidad, tutela, fallos del Consejo de Estado y los instrumentos internacionales del trabajo.

En el tercer capítulo se aborda “La jurisprudencia que declara el vínculo laboral realidad, que subyace del ejercicio de un empleo público de facto, no resulta una medida efectiva para la protección integral de los derechos del trabajador de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado de Bogotá”. En este acápite se desarrolla 1.- los principios mínimos constitucionales fundamentales del trabajo; 2.- Estabilidad en el empleo internacional y 3.- En régimen legislativo en vigencia de la declaratoria de la relación laboral realidad. Se propone, 1.- declarar como medida de protección transitoria, en sentencia de unificación y extensión mantener el vínculo suscrito hasta que la Empresa Social del Estado (E.S.E.) contratante cumpla con el imperativo legislativo; 2.- Declarar un Estado de cosas inconstitucionales por la jurisprudencia del vínculo laboral realidad en las E.S.E, la actuación irregular de la administración al vincular personal mediante el contrato de prestación de servicios para esconder relaciones laborales y 3.- Armonizar los pronunciamientos del vínculo laboral realidad a los instrumentos internacionales que hace parte del ordenamiento interno.

Por último, se exponen las conclusiones a las que se allegaron a través de los objetivos propuestos al inicio de esta investigación, dentro de las que se buscó identificar si la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional, que subyace de la declaratoria de la relación laboral realidad frente al empleo público de facto en las Empresas Sociales del Estado en Bogotá, frente al trabajador de prestación de servicios que es vinculado para el desarrollo de actividades del giro ordinario de la entidad, es una disposición de protección integral y armonizadora con los postulados internacionales para la protección del trabajo; lo cual se pretendió ahondar mediante la consulta del marco jurídico de las Empresas Sociales del Estado en el cual se incluyó el estudio del contrato de prestación; Así mismo, se abordó el desarrollo, elementos y avances que constituyen la tesis jurisprudencial de la relación laboral realidad y por último, se buscó verificar si la jurisprudencia de la declaratoria de la relación laboral realidad, constituye una medida integral constitucional y convencional a la protección a los derechos de los trabajadores de prestación de servicios en las E.S.E. lo cual

se identifica 1.- los mandatos de máxima categorización constitucional en la relación laboral realidad. 2.- la cercenante jurisprudencia de la declaratoria de la relación laboral realidad en el ejercicio del empleo público de facto y no de iure y 3.- No aviene a la constitución como tampoco a los instrumentos internacionales del trabajo declarar una relación laboral realidad sin declarar el régimen legislativo que gobierna esa relación, en existencia de los mismos.

En cuanto a la cercenante jurisprudencia que declara la relación laboral realidad, se busca exponer que no basta con declarar una relación laboral realidad, si los efectos no se ajustan a los parámetros constitucionales y legales pensados para la protección del trabajo, en condiciones dignas y justas, máxime si la situación de hecho que pretende proteger el juez de la república, aplicando directamente el principio de primacía de la realidad constitucional, se deriva de una actuación irregular de la administración, quien inobservó el imperativo legislativo pensado, estudiado y planeado para prestar el servicio público de salud. Con lo cual, tanto la administración contratista como el juez de república vulneran los derechos constitucionales fundamentales y convencionales de la relación laboral. Por cuanto la administración abiertamente contraria la ley especial y la jurisprudencia, bajo una araña de argumentos desvía la atención para reconocer una realidad con unos efectos recreados y parciales con los cuales niega la verdadera relación laboral que declara y deja incólume el actuar ilegal de la administración. Es decir, el solo reconocimiento del pago de las prestaciones sociales.

CAPÍTULO I

1.- LA DIVERGENCIA EN LA VINCULACIÓN DE PERSONAL EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

La construcción del estado de arte en este documento, se encuentra estructurado en tres apartados, el cual se abordará el siguiente orden: en un primer momento el marco jurídico de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.); luego el contrato de prestación de servicios y por último la teoría jurisprudencial del vínculo realidad laboral en el ejercicio del empleo público de hecho y no de derecho.

1.1. MARCO JURÍDICO DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (E.S.E.)

La salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todas las personas, así como un servicio público a cargo del Estado, quien debe organizar, dirigir y reglamentar su prestación, bajo los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia (Art(s).44, 48, 49 y 365 C.N.). Para garantizar su prestación el legislador radica este objeto social, principalmente a las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), las cuales constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por la ley, o por las asambleas departamentales o por los concejos distritales o municipales, según el nivel de organización del Estado a que pertenezcan (Art. 194, ley 100 de 1993). Incluidas en la Ley 489 en ese orden de descentralización, por lo tanto hacen parte de la estructura de la administración (1998, Art. 38).

Las mencionadas Empresas del Estado, se encuentran sujetas al régimen jurídico estipulado en el capítulo III de la ley 100 (1993) junto con el decreto reglamentario 1876 de 1994, como parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estado su objeto dirigido a la población más necesitada y vulnerable (Corte Constitucional 2007, p.39). C 953

Desde su creación en el Distrito Capital, han sido objeto de dos (2) grandes procesos de reorganización, los cuales se evidencian en los acuerdos 11 de 2000 y el 641 de 2016 del Concejo de Bogotá, mediante los cuales se fusionaron algunas de estas entidades (Acuerdo de reorganización del Sector Salud en Bogotá, Distrito Capital, se modifica el Acuerdo 257

de 2006, 2016). Hoy la reorganización comprende solo cuatro (4) Empresas Sociales del Estado, en virtud a la reciente fusión de las últimas veintidós (22) de estas entidades (antiguos Hospitales Públicos), las cuales se denominan Subredes Integradas de Servicios de Salud E.S.E., que en suma son: Sur, Sur Occidente, Norte y Centro Oriente.

1.1.1.- TALENTO HUMANO

Las Empresas Sociales del Estado, en materia de recursos humanos, se encuentran sometidas a la ley 100 (1993), donde se establece que todas las personas vinculadas a la empresa, deben conformar una planta de personal que esté integrada por empleados públicos o trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990 (numeral 5 del artículo 195 de la ley 100). (Congreso de la Republica, 1993)

El Estatuto Personal para la Reorganización del Sistema Nacional de Salud, la ley 10 (Congreso de la Republica, 1990) el marco regulatorio para tal fin, establece, la clasificación de los empleos bajo las siguientes disposiciones:

En la estructura administrativa de la Nación, de sus entidades territoriales o descentralizadas para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son de libre nombramiento y remoción:

Los empleos que corresponden a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas de asesoría. Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo: Son trabajadores Oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en las mismas instituciones (1990, Art.26).

Lo anterior a la luz de Constitución política, son la forma genérica del servidor público en el universo de la función pública, toda vez que comprende a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (Art. 123 C.N.), en el entendido de que los servidores públicos ejercen las funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (Art. 123 C.N.) y la ley determina la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (Art. 124 C.N.).

En ese contexto constitucional y legal el legislativo estableció tres (3) formas de acceso para la conformar la planta de personal en las Empresas Sociales del Estado, que en suma son la carrera, el libre nombramiento y por trabajadores oficiales.

1.1.1.1.- LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Los empleos de libre nombramiento y remoción son los de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional (Corte Constitucional Colombiana, sala s`septima de revisión, M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub, 2014, p. 2). Al cual se puede acceder por decisión discrecional, atribución necesaria en cabeza de algunos funcionarios para ejercer

una labor eminentemente política, la por absoluta confianza para el logro de los fines (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, 1994).

1.1.1.1.1.- VINCULACIÓN TEMPORAL DE PERSONAL A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

El diseño de la vinculación por temporalidad, regulada mediante el decreto 1227 (2005), que reglamentó parcialmente la ley 909 de 2004, la cual estableció la estructura del empleo de este carácter, para aquellos cargos creados en las plantas, para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la ley 909 de 2004, por el tiempo determinado que indique el estudio técnico y en el acto de nombramiento (Art. 1), específicamente señala:

De acuerdo con las necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica esta ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración.
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada.
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales.
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a 12 meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución. (Congreso de la Republica, 2004) Ar. 21

En ese orden, se encuentran sujetos a la nomenclatura y clasificación de los cargos vigentes por cada entidad; el nombramiento se efectúa teniendo en cuenta la lista de legibles que hicieron parte del Banco Nacional de Elegibles y que corresponda a un mismo empleo de la misma denominación código y asignación básica del empleo a proveer (Art. 3, decreto 1227). Es de resaltar que para tal fin, se estableció un régimen salarial y prestacional para estos empleos temporales, el cual correspondió en virtud al derecho a la igualdad al mismo de los empleados públicos de planta permanente.

En suma, acorde con esta normatividad, únicamente se puede acceder al servicio de las Empresas Sociales del Estado, para integrar la planta de personal, por los empleados públicos o trabajadores oficiales. Dado que la función pública busca dar estabilidad a criterios razonables, en cuanto a que si bien la administración al momento de escoger a sus funcionarios lo hace sobre presupuestos de necesidad del servicio y utilidad pública para que determinado empleo sea desempeñado, lo cual no indica que esta pueda imponer su voluntad sobre la persona designada, pues el funcionario posee intereses y derechos que, si en determinado momento ceden por la necesidad del servicio, superviven en lo que hace a la igualdad en las condiciones de acceso al servicio, la libertad y la protección jurisdiccional de su patrimonio. (Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena, M.P. Angarita Baròn, Ciro, 1992, p. 3).

En síntesis, el marco normativo expuesto, es decir la calidad de empleado público y trabajador oficial, son los regímenes que diseñó el legislativo para garantizar la prestación del servicio público de salud, en condiciones óptimas, específicamente en las Empresas

Sociales del Estado, lo cual resulta armonizador constitucionalmente con los principios mínimos del derecho al trabajo, así como los de la función pública y los instrumentos internacionales.

Ahora bien, es de tener en cuenta que la prestación del servicio público de salud, tiene unas particularidades y dimensiones diferentes al resto de los servicios públicos que se prestan en otras entidades. Es decir, el nivel de exigencia es diferente al personal que coadyuva en la prestación de este, dado que se encuentran sometidos a unas exigencias más rigurosas y especiales, en la medida en que se ven sometidos a escenarios complejos y extensos, donde la vida y la recuperación de la salud depende de las aptitudes y acciones que estos servidores adelanten, lo cual implica y demanda desgaste adicional física y mentalmente de estas personas, dado el grado de complejidad que comprende cada interdisciplinas. Por lo anteriormente referido, en aras de compensar a estos funcionarios y armonizar sus derechos con el interés general, se diseñó la política de talento humano especial para el sector salud, la cual busca garantizar desde el bienestar y satisfacción del servidor la prestación del servicio en condiciones óptimas. En este sentido, en el siguiente acápite, se abordará dicha creación normativa, la cual hace parte del marco normativo, como directriz normativa general, que deben observar las Empresas Sociales del Estado.

1.1.1.2.- CARRERA

La constitución señala que todos los demás empleos son de carrera (Art. 125 C.N.), que es un sistema técnico orientado al manejo del elemento humano vinculado a la función pública (Corte Constitucional, 1998) la cual, busca identificar el mérito con la finalidad de materializar los principios de la transparencia, objetividad, eficiencia y eficacia de la función pública (Art. 209 C.N.), garantizar la estabilidad, la posibilidad de promoción y ascenso de acuerdo al cumplimiento de los requisitos y calidades que determine la ley (Corte Constitucional Colombiana, M.P. Alfredo Beltran Sierra, sala plena, 2003), mediante la honestidad en el desempeño, la aptitud por capacitación profesional, idoneidad moral para que la función se cumpla acorde con el interés general (Corte Constitucional, 1994, p.12).

En este contexto la estabilidad en el empleo se encuentra integrada a la eficiencia, en virtud a no se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Consecuencialmente, el retiro se debe hacer por hechos determinados en la ley, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral por cuanto lo que se busca proteger es el interés general (Corte Constitucional, 1994, p.12).

A partir del Estado Social de derecho, debe existir armonización entre los mencionados principios con la protección de los derechos de los servidores, dado que se busca la excelencia en administración pública, lo cual se logra a partir del rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto), con experiencia, conocimiento y dedicación, para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos (Corte Constitucional, 1992)

Fines que resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde el mérito como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la estabilidad de éste como presupuesto indispensable para que el sistema opere, (Corte Constitucional,

1992),. La inobservancia resulta incompatible con la improvisación e inestabilidad de quienes laboran para el Estado, y por el contrario establece el principio del merecimiento, como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro del cargo (1994, p.14).

El empleo público es el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y fines del Estado (Art. 1). El orden normativo de estos, se encuentra en el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales, ordenado por disposición de la ley 443 de 1998, hoy decreto 785 de 2005, regulado por disposiciones de la ley 909 de 2004 y reglamentado por el decreto 2484 de 2014, antiguo decreto 1569 de 1998. Dentro de los cuales se encuentra la clasificación de los empleos, por niveles, específicamente se refiere al directivo, asesor, profesional, técnico y asistencia; Dentro de los que se encuentran en el nivel profesional al Médico Especialista, Médico General, Enfermero, odontólogo, Bacteriólogo, terapeuta y en el asistencial al Auxiliar del área de salud, Auxiliar administrativo, celador, conductor etc.

1.1.1.3. TRABAJADOR OFICIAL

Establece la Constitución política de 1991 que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (Art. 125 C.N.).

En ese escenario el numeral quinto (5) del artículo 195 de la ley 100 ordena que: “las personas vinculadas a la Empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 de 1990”.

En ese orden, el legislativo de 1990 señala 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 (Art. 26, ley 10)”.

Así Mismo el Consejo de Estado, sala de Consulta y Servicio Civil, reitera:

Los trabajadores oficiales son las personas que desempeñan cargos no directivos, para el mantenimiento de la planta física hospitalaria y para prestar servicios generales, en las entidades oficiales encargadas de los servicios de salud (Consejo de Estado Colombiano, Sala de Consulta y Servicio civil, C.P. Humberto Mora Osejo, 1993, pp. 5-6)”.

Por otro lado, la corte Constitucional al declarar inexecutable el inciso segundo (2), del párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, a la luz de lo dispuesto en el artículo 674 del Decreto 1298 del 22 de junio de 1994, señala que:

Son trabajadores oficiales del sector salud quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, dentro de la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, delegándose en los establecimientos públicos de cualquier nivel, la facultad de precisar en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo (Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara, 1995, p.3).

En cuanto a las actividades se tiene que únicamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente, quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales en los establecimientos públicos, sin que dicha facultad pueda ser delegada a estas entidades en sus estatutos (Corte Constitucional de Colombia, 1995, p. 12).

1.1.1.3.1- PLANTA FÍSICA HOSPITALARIA

Teniendo en cuenta que la ley 10(1990) señala que los trabajadores oficiales, desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en las mismas instituciones. No se encuentra una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales, empero, la Corte constitucional remite al concepto número 16547/2002, del Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual señala que las actividades de mantenimiento de la planta física, son aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente, dejando claro que las de servicios generales comprenden aquellos servicios de carácter no sanitario (Corte Constitucional de Colombia, 2006, p. 14).

En ese mismo sentido, recurre la Corte Suprema de Justicia, para efecto interpretar las actividades de mantenimiento y servicios generales, al recurrir a la Corte Constitucional quien se ampara en los conceptos No. 16547/2002, 003367, 002664 y 002660 de 1999, emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, para señalar que:

Se entiende como actividades de mantenimiento de planta física, aquellas operaciones y cuidados necesarios para que las instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían servicios generales son aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria (...) dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual. Dentro (de) tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, 2011, p. 4).

La Sala Plena del consejo de Estado, respecto a los empleos de la planta física, preciso que son los que corresponden al desarrollo de actividades manuales, de simple ejecución o encaminadas a mejorarla, conservarla y restaurarla, los cuales los ejercen los trabajadores oficiales que a su vez son:

Quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en las entidades que presten servicios de salud en sus diferentes niveles y comprende aquellos empleos caracterizados por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución o encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física (Consejo de Estado Colombiano, M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren, 2006, p. 13).

Así mismo más adelante señala, que en los estatutos se deben señalar que actividades se pueden desempeñar mediante el contrato de trabajo de los trabajadores oficiales, bajo el siguiente tenor:

Los establecimientos públicos adscritos a la Secretaria Distrital de Salud y prestadores de servicio de salud, de cualquier nivel de atención, precisamente sus respectivos estatutos que actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, y elaborarán los respectivos contratos individuales de los trabajadores oficiales quienes conservarán los derechos laborales, que tienen en la actualidad, de conformidad con la Ley 10 de 1990, el Decreto 1399 de 1990 y demás normas pertinentes(Consejo de Estado Colombiano, M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren, 2006, p. 13).

En suma, la figura constitucional y legal del trabajador oficial, se diseña para suplir las necesidades distintas a la actividad sanitaria, es decir a aquellas labores de mantenimiento la planta física hospitalaria, por lo cual se hace necesario abordar este concepto.

1.1.1.3.2.- FORMA DE VINCULACIÓN DEL TRABAJADOR OFICIAL

En cuanto a la forma de vinculación del este servidor del Estado, se encuentra que la sala de consulta y servicio Civil señala que “los trabajadores oficiales se vinculan mediante contrato de trabajo, pueden negociar las cláusulas económicas y las prestaciones sociales son objeto de regulación en el contrato y en algunos casos por la convención colectiva de la que hagan parte (Consejo de Estado Colombiano, M.P. Luis Camilo Osorio Isaza, 1997, p. 6)”.

1.1.1.3.3.- RÉGIMEN DE LOS TRABAJADORES OFICIALES

Se encuentra que el régimen se establece en la ley 10 (1990) las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y se reconoce como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo (Art. 30).

En suma, por regla general quien presta el servicio a una Empresa Social del Estado es, por mandato legal, empleado público y, solo por excepción, es trabajador oficial el que se ocupa del mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, según el parágrafo del artículo 26 de la ley 10 de 1990 y 195 de la ley 100 de 1993 (Corte Suprema de Justicia, 2016, P.9) SL 5870.

Es de tener en cuenta en este acápite que se excluyen los empleos que se encuentran clasificados mediante el decreto 785 (2005), los cuales corresponden al empleo público, dentro de los cuales se encuentra el de médico general (211), médico especialista (213), enfermero (243), auxiliar en el área de salud (412), entre otros, los cuales por voluntad legislativa corresponden al empleo público.

1.1.1.3.4.- TRANSICIÓN DE TRABAJADOR OFICIAL A EMPLEADO PÚBLICO

Mediante el Decreto 1750 (2003), el Gobierno Nacional escindió del Instituto de Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y centros de atención ambulatoria y se crearon siete Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de Protección Social. La referida norma, guarda consonancia con lo dispuesto en las Leyes 10 de 1990 y 489 de 1998, fue automática y sin solución de continuidad. Es de anotar que al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos, al pasar a ser parte de la planta de personal de una Empresa Social del Estado, no le siguieron siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo (Consejo de Estado, 2012, p. 2).

1.1.1.3.5.- ¿PUEDE UN TRABAJADOR OFICIAL EJERCER FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?

Según, Ayala Caldas, citando a Jairo Villegas Arbeláez, manifiesta que trabajador oficial es quien no ejerce la función administrativa por ser privativa del funcionario y empleado público, entendida como la propia y exclusiva del Estado de la soberanía y del poder de gobernar y administrar, bajo formas de imposición regladas por unilateralidad del Derecho Administrativo.(P.409). pueden formar un sindicato, donde pueden presentar pliegos de peticiones, firmar convenciones colectivas, tienen fuero, tienen estabilidad que se origina en la vigencia del contrato de trabajo (AYALA CALDAS, Jorge Enrique, 1999, p. 410)

En suma, es posible que un trabajador oficial, en virtud a la reorganización estructural y modernización de una entidad del Estado, pueda hacer tránsito a empleado público, bajo el sometimiento al cumplimiento, de las formalidades sustanciales del derecho público, empero dadas dichas formalidades, empero no se concibe la transformación en viceversa, principalmente por la protección constitucional que deviene al empleo público, así como la concepción de que el trabajador oficial no ejercer funciones públicas.

1.1.1.4. TALENTO HUMANO EN EL SECTOR SALUD Y LA RELACIÓN LABORAL

Para el ejercicio de una profesión u ocupación en el sector salud, se encuentra circunscrito a una reglamentación y clasificación, dentro de lo que se exige para su ejercicio una inscripción en la Secretaria Distrital de Salud, (ley 1164 de 2007). Así mismo, esta norma establece que todo el personal que ejerce una profesión u ocupación en salud, son sujetos de protección laboral, dentro de la garantía de vigilar por la integridad física y mental, el descanso que compense los posibles riesgos que se asuman en el trabajo y permita atender dignamente a quien recibe sus servicios, en ese orden, en cuanto a los derechos expresamente señala:

(...), que no se mencionarán las limitaciones, deficiencias o fracasos, del equipo de trabajo para menoscabar sus derechos y estimular el ascenso o progreso laboral, excepto cuando sea necesario y justo, por el bien de terceros. Así mismo afirmo que se evitarían todo tipo de conductas lesivas, tales como ultrajes físicos o psicológicos, injurias, calumnias, falsos

testimonios o críticas nocivas (...) (Congreso de la República de Colombia, 2007).

En 2011, la ley 1438 contempla la definición de la política de talento humano, la cual consulta los postulados de trabajo decente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), busca orientar la formación, gestión de las profesiones y ocupaciones del área de salud en coherencia con las necesidades de la población Colombiana y las características y objetivos del sistema general de seguridad social (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Posteriormente en 2014, la resolución 648, adopto la política de talento humano para el sector público de salud en el Distrito Capital, en consideración a postulados constitucionales, acorde con los fines, principios y derechos consagrados en los artículos 25, 39 y 53, disposiciones esenciales mediante las cuales se protege y garantiza el trabajo, en todas sus modalidades, con énfasis a las condiciones dignas y justas, como un derecho fundamental bajo el principio general de la igualdad inherente al reconocimiento de la dignidad humana principios ratificados en los convenios internacionales suscritos por Colombia y en pronunciamientos por la Corte Constitucional.

Esta norma se concibe bajo el enfoque del trabajo decente que ha sido desarrollado por la OIT, definiéndolo como un punto de convergencia, de cuatro objetivos estratégicos; la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social; y el dialogo social, que resume no solo las aspiraciones de las personas en su vida laboral en relación a oportunidades e ingresos, estabilidad, reconocimiento, desarrollo personal, justicia. En consideración a los derechos convencionales que se derivan del derecho internacional del trabajo, los cuales hacen parte ordenamiento interno a través de los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, los cuales se encuentran vigentes a través del bloque de constitucionalidad del Art. 93 C.N,

Talento Humano en el sector salud, es indispensable e imprescriptible para la materialización del derecho a la salud, los principios, la cual tiene su génesis en los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia, en la Constitución Política, en la Ley, en el Plan de Desarrollo del Distrito Capital, en el Plan Territorial de Salud y en los principios y derechos fundamentales en el trabajo reconocidos por Colombia.

Todo trabajador y toda trabajadora, al margen de su forma de vinculación contratación, tienen derecho a que se le respete la libertad sindical, el libre derecho de asociación, de negociación colectiva, la igualdad de oportunidades, está orientado principalmente al concepto de trabajo decente, construido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Con base en los pilares de la protección social contra todo riesgo, el diálogo social, el empleo, las condiciones de trabajo justas y el respeto efectivo de los derechos fundamentales en el trabajo. (Documento técnico parte de la resolución 648 de 2014, Secretaria distrital de salud, 2014).

En la misma resolución se estipulo que dicha política se organizaba en estrategias y líneas de acción. donde las estrategias proponen diseñar herramientas que contribuyan a mejorar la gestión de talento humano, relacionadas con la definición de responsabilidades, líneas de autoridad, normas y códigos de conducta, supervisión, permisos, jornada laboral, turnos,

horas extras, y compensatorios, permitiendo el fortalecimiento de la cultura organizacional y, las segundas están orientadas al desarrollo de los programas y proyectos a través de los cuales se implementa la misma, dentro del marco del proyecto 884, es decir trabajo digno y decente.

En suma, desde el punto de vista normativo que se abordó, en materia de talento humano en el sector salud, respecto a la relación laboral, se encontró que existe un amplio mandato para la protección de los derechos fundamentales y convencionales de los servidores al Estado especialmente en el sector salud, dado que la formación normativa atiende a todos los principios que en desarrollo a la jerarquía normativa y buscan dignificar el derecho fundamental al trabajo.

En síntesis, desde el marco jurídico que se establece a partir del numeral quinto (5) del artículo 195 de la 100(1993), activa un amplio marco normativo que enaltece el derecho fundamental al trabajo en las Empresas Sociales del Estado, adyacente al establecimiento de la política de talento humano especial para el sector salud, lo cual consolidado atiende a los instrumentos internacionales que desarrollan el respeto al trabajo, valor fundante del Estado Social del Derecho.

Empero teniendo en cuenta la génesis del problema planteado, es decir, la práctica contractual que emplean estas entidades para la vinculación de personal para prestar el servicio de salud, lo cual se surte a partir del numeral sexto (6) del artículo 195 de la ley 100 (1993), que establece una forma contractual excepcional y con otra finalidad a las Empresas Sociales del Estado, por lo cual, se abordará en el siguiente acápite, el desarrollo de este numeral en el ejercicio diario de estas Entidades.

1.1.2.- MARCO JURÍDICO CONTRACTUAL DE LAS E.S.E.

Establece la ley de seguridad Social que las Empresas Sociales del Estado en materia contractual se rigen por el derecho privado, pero que pueden discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes (Excepcionales) previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública decreto ley 222 de 1983, hoy Estatuto General de la contratación Estatal, ley 80 de 1993 (numeral 6 del artículo 195 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 16 del Decreto reglamentario 1876 de 1994).

Al respecto, en 1998 el Consejo de Estado Colombiano, en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, afirmó que por regla general en materia de contratación, las Empresas Sociales del Estado, se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil, es decir cuando se incluyan las cláusulas excepcionales, se rigen por las disposiciones de la Ley 80 (1993), luego en estos casos asume competencia la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el evento que surjan controversias al respecto o cuando la finalidad de los contratos que celebren esté vinculada directamente a la prestación del servicio (Consejo de Estado, sala de consulta y servicios Civil, M.P. Javier Henao Hidròn, 1998).

En ese orden, se deben incorporar en el desarrollo de la actividad contractual, los principios de la función administrativa, la gestión fiscal (artículos 209 y 267 C.N.) y someterse al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas para el régimen de la contratación

estatal (Art. 13). Así se ordenó en 2007 a las entidades que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al Estatuto General de la Contratación Pública.

A las juntas directiva de las Empresas Sociales del Estado, para el desarrollo de la actividad contractual, les corresponde adoptar un estatuto de la contratación, de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de Salud y Protección social (ley 1438 de 2011, Art. 76). Así en 2011, se ordenó a estas Entidades contemplar uno nuevo, que se adecuara al capítulo VII de Ley 1474, con la finalidad de fortalecer los mecanismos de prevención, investigación, sanción de actos de corrupción, efectividad del control de la gestión pública y actualización acorde a las Políticas del Gobierno Nacional y Distrital. Para tal efecto, se encuentra la resolución 5185 (2013) del Ministerio de Salud y Protección Social, que fijó los lineamientos para la expedición y la obligación de publicar en el SECOP, en la página web o en un sitio visible de la entidad al público.(Resolución 5185, Ministerio de salud y Protección Social, 2013). Así mismo se encuentra el deber de adoptar el manual de contratación, en el cual debe contener los temas administrativos del manejo de la contratación, los procesos, procedimientos, así como las tareas o personas que intervienen en las distintas fases de esta actividad, en la vigilancia y ejecución del negocio jurídico.

Para tal efecto, se encuentran los estatutos y manuales de contratación, correspondientes al desarrollo de la actividad contractual, que se adoptaron en las Empresas Sociales del Estado, hoy, cuatro (4) Subredes Integradas de los servicios de Salud en Bogotá, para el cumplimiento del objeto que se deriva del numeral sexto (6) del artículo 195 de la ley 100 (1993).

En orden se encuentra el acuerdo numero 003 (Sub Red Centro Oriente. E.S.E., 2016) que adoptó el Estatuto de Contratación (Estatuto de la Contratación Estatal,) y la resolución 371 de 2016 que definió el manual de contratación de la Sub Red Integrada de Servicios de Salud Norte (E.S.E.). En los cuales se encuentra la preocupación por dar aplicación a un trámite simplificado, abreviado, ágil y expedito para la contratación, especialmente en eventos especiales de contratación directa y contratación de prestación de servicios administrativos y asistenciales.

El estatuto está diseñado para la aplicación a la contratación que se realicen las E.S.E. (s), respecto a la compra y venta de bienes, así como a los servicios que requiera para la prestación del servicio de salud. Para tal efecto contempla, la contratación de prestación de servicios administrativos y asistenciales. (Órdenes de Prestación de Servicios), la cual corresponde a la contratación de personas naturales, servicios personales y/o de apoyo a la gestión administrativa y asistencial de la E.S.E. (s), que se requieren para la prestación de servicios de salud, los cuales no puedan ser atendidos por personal de planta. Para lo cual establece un proceso administrativo, en el cual se encuentra la expedición de un certificado por parte responsable de Talento Humano o quien haga sus veces de la planta de personal y el respectivo manual de funciones de la E.S.E., para establecer que no se cuenta con personal de planta suficiente provisto que atienda esas funciones o desarrollen actividades iguales o relacionadas con el asunto objeto de la contratación (10.1.3.).

Así mismo, indica que esta contratación atiende al marco de la política del talento Humano en Salud del Distrito Capital, mediante la implementación de un instrumento técnico que

contenga la clasificación única de ocupaciones, unificando perfiles y actividades (10.1.3. Parágrafo primero).

En el manual, se establece el procedimiento para aplicar de las cláusulas exorbitantes contenidas en la ley 80 (1993), referidas a las excepcionales al derecho común. Dentro de estas, se instaura las de interpretación, modificación y terminación unilaterales, sometimiento a las leyes nacionales y caducidad (Ley 80 de 1993, Art. 14-2 y 19). Es de resaltar que dedican buena parte al desarrollo de la cláusula de la modificación del contrato, insistiendo en que esta solo se puede realizar durante el término de ejecución del contrato, para lo cual es necesario establecerlas mediante concertación por las partes (Empresa y Contratista). Se implanta el procedimiento que se debe observar para aplicar estas cláusulas, el cual parte de solicitud elevada por el supervisor del contrato, donde se indique de manera clara y precisa las razones o fundamentos que dan lugar y origen a las mismas, así como la justificación de los factores y, verificar que la modificación requerida no altere la esencia del contrato ni sea fruto de un incumplimiento por parte del contratista (p. 15). Así se explica esta cláusula:

1.1.2.1.- Modificación del contrato de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) (Tab. No. 1)	
CLASE	DEFINICIÓN
Adición	Es un incremento del valor pactado inicialmente.
Prórroga.	Es una prolongación del plazo de ejecución pactado en el contrato.
Cesión.	Es una transferencia de derechos y obligaciones del contratista a una tercera persona para que esta continúe con la ejecución del contrato. Es importante señalar que el cesionario, debe tener las mismas o mejores calidades que el cedente.
Suspensión	Es la interrupción temporal de la ejecución del contrato.

De esa manera se planea desarrollar la forma de contratación de derecho privado en las Empresas Sociales del Estado, en virtud al numeral 6 del artículo 195 de la ley 100 de 1993, plasmada en los estatutos y manuales de contratación estatal, mediante el contrato de prestación de servicios, forma de vinculación directa de personal para la prestación del servicio de salud, bajo la condición de que estas actividades no puedan ser atendidas por el personal de planta.

De esta manera se planea desarrollar la contratación estatal mediante el numeral sexto (6) del artículo 195 de la ley 100 y en estas Entidades. De lo cual, se hace necesario abordar el tema del contrato de prestación de servicios, bajo la mirada de la constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, con la finalidad de lograr dilucidar, si el alcance que señala la voluntad de la administración de las Empresas Sociales del Estado, a través de estos Estatutos y manuales, corresponde a la voluntad del legislador y se ajusta los postulados de los derechos constitucionales y convencionales que se derivan del trabajo decente, justo y digno; dada la naturaleza de este instrumento jurídico contractual frente a los precarios derechos al trabajador de Estado mediante esta cuerda contractual. En virtud, a que estos no son equiparables con las prerrogativas que normas distintas le confieren a sujetos que desarrollan las mismas actividades en las mismas circunstancias que los empleados de

planta. La única diferencia entre estos dos grupos, se deriva de la forma de vinculación y por ende las consecuencias que cada una le generara a cada uno.

1.2. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Es de tener en cuenta que el contrato en materia civil “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.”(Artículo 1495 del Código Civil) y, en materia comercial es:

(...) un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta (artículo 864 del Código de Comercio).

En ese entendido todo contrato es ley para las partes independiente de su naturaleza jurídica, incluso los contratos de prestación de servicios, evento en el cual su esencia es la autonomía e independencia del contratista, por lo tanto mientras subsistan dichas características, el contrato no se desconfigura y tampoco tendrá que regirse por las normas laborales (Corte Constitucional Colombiana, M.P. Gloria Stella Ortiz, 2016).

El código de comercio, lo concibe en los siguientes términos: “el suministro es el contrato por el cual una parte se obliga a cambio de una contraprestación a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuas de cosas o servicios (decreto 410 de 1971 Art. 968)”.

El Consejo de Estado, manifiesta que el contrato de prestación de servicios, se adecua en los artículo 2063 al 2069 del código civil colombiano (Fernando Uriel Bayona v. Dirección de Aduanas Nacionales (DIAN), 2016, p. 19), los cuales regulan el arrendamiento de servicios inmateriales. Afirma el alto tribunal que es un negocio atípico e innominado que no está definido expresamente en la legislación. Dicho texto legislativo, expresa en el capítulo IX

Los servicios inmateriales que consisten en una larga serie de actos, como los de los escritores, asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, hayas historiadores, y cantores, (...) cualquiera de las dos partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere estipulado. Si la retribución consiste en pensiones periódicas, cualquiera de las dos partes deberá dar noticia a la otra de su intención de poner fin al contrato, aunque en este no se haya estipulado desahucio, y la anticipación será de medio periodo a lo menor (2063 - 2068).

En complemento se extiende a la figura del “mandato” en el código civil colombiano, al referirse a “los servicios profesionales y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujeta a las reglas del mandato (Artículo 2144).

La ley 80 (1993), Estatuto General de la Contratación Estatal, en la contratación directa, expresa en el artículo 32, numeral segundo (2):

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”

Es de anotar que se declaró exequible las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales" contenidas en el numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada (Corte Constitucional, proceso de inconstitucionalidad, 1997, p. 19)

De lo expuesto, se abstrae que la diferencia principal con el contrato laboral, radica en que este contrato se rige por la independencia del contratista, de lo cual excluye el cumplimiento de un horario, la mediación entre las partes una relación de coordinación y en consecuencia se sufraga una retribución por el servicio prestado a título de honorarios, lo cual obliga a que este sujeto contractual, debe asumir el pago de la seguridad social (Ley 789 de 2002). En estas circunstancias es posible suscribir esta clase de contratos y, adicionalmente cuando la planta de personal no es suficiente para cumplir los fines propios de la entidad; salvo cuando se requiera de conocimientos especializados, de lo contrario pierde su esencia y deja de serlo (Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz, 2016).

En el Distrito capital, la alcaldía mayor de Bogotá, expresa que esta forma de contratación en las Empresas Sociales del Estado, versa sobre la 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 (2002). Así mismo señala que el objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y la finalidad para la cual se creó y organizó. Por esta razón, puede tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por 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 señala la ley” (Circular 060 de 2002).

Asegura que constituye el elemento esencial de esta modalidad contractual, la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, 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. En ese orden establece los eventos en los cuales se puede utilizar este instrumento legal, reconociendo que es evidente que por regla general, la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y solo, excepcionalmente en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con el personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

Es de señalar que reitera que 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 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, es necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y previsiones pertinentes a fin de que se le dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la constitución política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Referente a las otras formas de acceso al servicio del Estado, en 1993 la Corte Constitucional señaló que quien celebra con un ente público un contrato administrativo de prestación de servicios, sólo adquiere como autor del acuerdo el carácter de titular de la relación contractual. En efecto, no se transforma en empleado público ni en trabajador del Estado. Dado que el régimen del empleado público y de su responsabilidad se encuentra definido y regulado minuciosamente en la ley y no es materia de contrato. La subordinación del empleado y del trabajador oficial se opone a la independencia y autonomía del mero contratista del Estado. En suma, la situación legal y reglamentaria (empleado público) y laboral (trabajador), no son equivalentes ni asimilables a la posición que ostenta el contratista independiente. Así frente al principio de igualdad (Art. 13C.N.), el contratista independiente no puede homologarse al empleado público o al trabajador oficial. El trato diferente que en los dos supuestos reciben las categorías que pretenden contraponerse, se justifica por la existencia de una razonable diferencia que media entre ellas y que está dada por el carácter de trabajadores dependientes que exhiben los empleados públicos y trabajadores oficiales y la condición de independencia y autonomía propia del contratista. (Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1993).

1.2.1.- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Históricamente el contrato de prestación de servicios, figura jurídicamente válida, objeto de múltiples debates y controversias desde hace más de ciento un (101) años (que al parecer no ha podido superar), de acuerdo al registros de las 892 sentencias en la relatoría de la página del Consejo de Estado Colombiano. Debates que orbitan por la indebida y desmesurada utilización por parte de las entidades; a la falta de efecto en de las prohibiciones para suscribirlos y por la gestación espacios de vulneración de derechos constitucionales fundamentales y convencionales que predica el trabajo decente en condiciones dignas y justas. Dentro de las razones principales se encuentra que su utilización se realiza en la mayor medida para eximirse del reconocimiento y pago de prerrogativas que surgen de relaciones laborales, lo que es reconocido en la jurisprudencia por cuanto esta ha identificado que se realiza para esconden relaciones laborales lo que desnaturaliza la contratación estatal.

En 1915 el Consejo de Estado Colombiano, estudió esta figura contractual y declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios, en virtud a su naturaleza, esto acaeció en un contexto en el cual se había celebrado entre el Presidente y los hermanos Schloss ((Junta de Conversión v. Schloss Brotherss., 1915), un contrato con la finalidad acuñar monedas de plata en beneficio del primero. Allí se realizó tal declaración en virtud a que se caracterizaba por ser bilateral, conmutativo y en virtud a que en este caso: “los contratistas

prestan sus servicios o hacen las gestiones correspondientes para que la Junta obtuviera la acuñación, empaque, remisión y aseguro de las monedas de plata y ganan una remuneración por tales servicios”. Por lo tanto, se desestimó que fuese de comisión o mandato comercial, como pretendía la solicitud de su declaratoria (p.3).

En 1922 el Consejo de Estado, dirimió la controversia que surgió entorno a la legalidad de un contrato de prestación de servicios, en un contexto en el que el Gobierno había celebrado un contrato con los señores Chas Novack, Roberto Plata G. Ezequiel Mejía M. Ramón J. Ríos y Julio Pineros L. para la prestación de servicios profesionales en la Escuela Nacional de Veterinaria. Declaró el Consejo de Estado, que este se circunscribió en vigencia y dentro de los supuestos que facultaba la Ley 44 de 1920, la cual versaba sobre la enseñanza de veterinaria, así mismo aseguro que esta le había otorgado plenas facultades al Gobierno en su artículo 2° para organizar la Escuela con el personal que fuera necesario, y para contratar en el Extranjero el indispensable. Por lo tanto era un contrato de prestación de servicios legal (Ministerio de Instrucción Pública Chas Novack Roberto Plata v., 1922).

En 1993, se señaló que el contrato administrativo de prestación de servicios, no puede ejecutarse “bajo continuada dependencia o subordinación” y la administración no está legalmente autorizada para suscribirlos en su formación o en su ejecución, con notas de un contrato de trabajo. (Corte Constitucional Colombiana, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1993, p.10.).

En 1997 en estudio de constitucionalidad del artículo 32 de la ley 80 (1993) declarado exequible. La corte, manifestó que en caso de relación laboral, debe ser demostrado por el contratista ante un juez de la república, de que durante la ejecución de dicho contrato, se configuro el elemento de la subordinación y no de la coordinación (p.19). Se recogió la concepción de legalidad, así como la posibilidad de poderse utilizar para materializar actividades de administración y funcionamiento, frente a la imposibilidad de ejecutarlas con personal de planta. Señalando que para:

Evitar que dos clases de sujetos que se derivan de vínculos normativos diferentes, es decir que contratistas y empleados de planta, concurren en las mismas circunstancias de modo tiempo y lugar en la realización de actividades iguales, “(...) con tratamientos laborales distintos, en desmedro de los contratistas (Corte Constitucional, p.19).

En 1998, se expresa que esta clase de contratación no puede surgir de la imprevisión sino de la planeación por el carácter reglado que caracteriza todas las acciones en las entidades del estado, señala que es de imperativo cumplimiento atender al criterio claro que se haya dispuesto de manera expresa en el reglamento interno, cuando las Empresas sociales del Estado Colombiano, requieran celebrar esta clase de contratación. Lo cual implica haberse estudiado, pensado, diseñado, de acuerdo al principio de planeación que caracteriza a estos hospitales, es decir, la celebración de esta clase de contratos, no puede surgir en términos generales de la improvisación, a menos que se encuentren dentro de los parámetros excepcionales que contempla la norma. (Consejo de Estado Colombiano, sala de consulta y servicio civil. Ponente: Javer Henao Hidron, 1998, p. 1),

En 1998, el Consejo de Estado Colombiano, reseña que el contrato de prestación de servicios tiene antecedentes históricos en el contrato de arrendamiento, que comprendía distintas modalidades: arrendamiento de obra, arrendamiento de transporte, arrendamiento de servicios personales. Esta última modalidad:

Admitía la prestación del servicio, o bien bajo dependencia o subordinación, mediante un salario, o bien en forma independiente y autónoma, retribuido mediante el pago de honorarios y sin que genere una relación laboral; en el primer caso condujo al contrato de trabajo y en el segundo al contrato de prestación de servicios propiamente dicho (Consejo de Estado, consulta y servicio civil, C.P. Javier Henao Hidron, 1998).

Específicamente en las Empresas Sociales del Estado, se pueden suscribir cuando requieran personal para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, que no puedan realizarse con personal de planta, sólo pueden celebrarlos por el término estrictamente indispensable en los términos que establece la ley 80 de 1993 en el numeral tercero (3), del artículo 32, con la exclusión de originar relación laboral.

Las actividades a desarrollar, estas no deben estar relacionadas directamente con el servicio público de salud que debe prestar la entidad, es pertinente acudir al contrato de suministro de cosas o servicios previsto en los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio. Los honorarios del contratista independiente, sea persona natural o jurídica: “será remunerado a título de honorarios y escogido, de acuerdo con la cuantía del contrato, por el sistema de selección que determina la ley”. Al estar regidas por el derecho privado en materia de contratación. (C.P. Javier Henao Hadrón 1998)

En 2000, el Consejo de Estado Colombiano señaló que de acuerdo a las facultades expresas que otorga el numeral 6° del artículo 195 de la ley 100, las empresas sociales del estado, se deben sujetar a los principios que se derivan de los artículo 209 de la Constitución, 2 y 3 del antiguo código contencioso Administrativo (C.C.A), por lo cual es de imperativo cumplimiento garantizar en el ejercicio contractual el desarrollo de estos, así como los universales asociados al interés general, contenidos en el mismo estatuto, toda vez que atienden a la moralidad, la continuidad, prestación eficiente de los servicios públicos, y la eficacia de los derechos de los administrados usuarios.(Consejo de Estado Colombiano, Sala de consulta y servicio civil. Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce., 2000, p. 1)

En 2013 se señaló de nuevo que para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden”. De lo contrario deja ver que prevalecerá el derecho al trabajo reconocido por el preámbulo; los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.”(...) Corte Constitucional colombiana, M.P. Alexei Julio Estrada, 2013).

En 2014, el Consejo de Estado, expresa que la inadecuada y desmedida utilización a la hora de celebrar esta clase de contratos, se adecua con procesos inconstitucionales de

deslaboralización. Así lo ilustra en proceso de David Alejandro Jaramillo Arbeláez Vs. Empresa Social del Estado Metrosalud, (2014,). Al encontrar los elementos que tipifican una realidad distinta a la que consta en el documento que se suscribe. Manifiesta el alto tribunal, que esto obedece a la intensión evasiva de la entidad, quien tiene una posición dominante en la relación, que busca disfrazar u ocultar una relación laboral, lo cual atenta contra (...) el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, la permanencia y continuidad del servicio público y el respeto a los principios de la función pública (p.27).

En cuanto a la suscripción de las controvertidas prorrogas mediante las cuales se mantiene vigente un contrato de prestación de servicios, se estudió en la órbita de si constituye o no, un derecho para el contratistas y una obligación para la entidad, donde el Consejo de Estado, resolvió que estas no constituyen un derecho, por cuanto para la suscripción, depende de diversos factores de la entidad, entre ellas, evaluar las opciones jurídicas y los costos (Sala consulta y servicio civil (2015, p.11).

En 2015, cien años después de haber proferido el primer fallo el Consejo de Estado Colombiano, continua dirimiendo conflictos que se generan por la utilización de esta figura, en este fallo ratifica lo abordado en otros, en cuanto a su clasificación y características, señala que pertenecen a los denominados onerosos y conmutativos, de acuerdo a la naturaleza de las obligaciones que se pactan, por cuanto se definen “(...) para ambas partes, y en términos generales, con cargas equivalentes (...)” (p.4). (Leonardo Emilio Paz y otros. v. Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2015),

En 2015, Al referirse a esta modalidad de contratación, afirma que a la luz de lo señalado en artículo 32 de la Ley 80 de 1993, este contiene características propias que lo diferencian de otro tipo jurídico en materia laboral, transcribe los mismos elementos del contrato de prestación de servicios, pero además señala que: ”cuando se ejecutan este tipo de contratos no es admisible exigir el pago de prestaciones sociales propias de la regulación prescrita en el Código Sustantivo del Trabajo o en las disposiciones que regulan el derecho de la función pública”. Corte Constitucional, M.P. Javier Ivan Palacio Palacio, 2016).

De lo anterior se deduce que el contrato de prestación de servicios, fue creado con una finalidad específica, esto es para atender aquellas necesidades que sobrevengan en el desarrollo del objeto social, que surjan actividades nuevas que no lo desarrollen o hagan parte de este. Lo cual implica que dicha función tiene una temporalidad o naturaleza de corta duración, es decir transitoria, lo cual excluye automáticamente su utilización para ejecutar actividades de carácter permanente.

1.2.1.1-. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN MATERIA DE SALUD

No existe voluntad legislativa que señale que se puede suscribir contratos de prestación de servicios para prestar el servicio público de salud, dada la vigencia de la ley de seguridad de social, que regló de manera expresa la regulación para este fin, el cual se concibe desde el punto de vista del mérito, en virtud a que para servir a las Empresas Sociales del Estado para el desarrollo del objeto social para el cual se crearon, se encuentra que todas las

personas que se vinculen deben ostentar la calidad empleados públicos y trabajadores oficiales.

Empero, según el Consejo de Estado, en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de contratos de prestación de servicios, en tanto los servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 (1993), en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en las diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud (2005, Rad. No. 5552-03. C. P. Jesús María Lemos Bustamante).

1.2.1.3.- FUNDAMENTOS FÁCTICOS PARA SUSCRIBIR CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS E.S.E.

En estudio sectorial, que surge de un análisis de la contratación en las Empresas Sociales del Estado, se encuentra que los factores que desencadenan esta decisión concurren al vértice de unas ventajas eminentemente económicas para las entidades, en cuanto a que consideran que el no aumento de la planta de personal de la entidad con la carga prestacional correlativa, significa un ahorro en los costos de personal; Ahorro de costos y gastos administrativos que derivarían del manejo de contratos individuales (Selección, contratación, supervisión, pagos, liquidación, situaciones administrativas); Responsabilidad laboral y administrativa en principio es del contratista y no de la entidad, beneficios tributarios, no se genera costo que debe asumir la Entidad contratante del servicio, de seguridad social (salud, pensión, ARL) y Caja de Compensación Familiar, capacitación, estabilidad laboral entre otros. (Contraloría General de la Republica, 2004).

Se encuentra que existe una incapacidad económica que se invoca en los contratos, es decir (...) que la disponibilidad de los recursos financieros del hospital es insuficiente para la creación de nuevos cargos en la planta de personal (...)", en el mismo sentido que, "(...) se persigue aminorar los costos administrativos generados con ocasión de los procesos de contratación surtidos en la empresa, dotando a esta ultima de un procedimiento expedito que libere de trámites y requisitos que ordinariamente suelen caracterizar estos procesos (...) (Empresa Social del Estado de Usaquén, 2010).

Así mismo se expresa una superficial promoción progresiva de postulados constitucionales, es decir (...) el hospital ve en la contratación presente un instrumento para la promoción de la condición humana, la personalidad y la dignidad del individuo en pro del crecimiento socio económico del país, buscando el desarrollo integral de la persona como sujeto, actor y fin de la economía. (Hospital Centro Oriente, 2014)

Se encuentra un estado de necesidad frente al insuficiente personal que conforma la planta de personal, para atender las actividades cuya ejecución se plasma en el contrato. Para lo cual aplica el procedimiento planeado en el manual de contratación diseñado por la entidad, es decir deja en constancia dentro del expediente del contrato en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 32 de la ley 80 de 1993; que se celebra considerando su experiencia e idoneidad (...) (Hospital Simón Bolívar, 2015).

En cuanto al cumplimiento formal de la norma del Estatuto de la contratación estatal, es decir el carácter temporal, lo adecua dentro de las actividades efímeras que nacen de la necesidad de dar respuesta a las variables de transición sociodemográfica, perfil epidemiológico, riesgos biopsicosociales y la transitoriedad de la demanda de servicios, lo cual obliga a la adopción de un modelo y una oferta que se adopte a tales necesidades (Hospital Centro Oriente, 2014).

En suma, dentro de las razones que invocan las Empresas Sociales del Estado, para suscribir contratos de prestación de servicios personales, se encuentra principalmente la de contenido presupuestal, que lleva a ver en la contratación directa una forma para obtener los recursos humanos a menor costo, con la finalidad de prestar el servicio público de salud, las otras razones que invoca esta entidad, se derivan de la comentada, dada la insuficiencia en el recursos humanos, lo cual es consecuencia de la falta de creación de los empleos en la planta de personal, acorde a las necesidades para atender el objeto social, en atención a la voluntad del legislador.

Por otro lado es de tener en cuenta que en síntesis, la norma que se deriva del estatuto de la contratación estatal, permite vincular directamente personal mediante esta modalidad contractual, sin generar una relación laboral, empero expresamente señala que su finalidad es atender necesidades de carácter excepcional, específico, transitorio y por un tiempo limitado.

1.2.1.4.- PROHIBICIÓN PARA SUSCRIBIR CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Las prohibiciones “son mandatos de no hacer ciertas conductas, es una orden negativa, son conductas pasivas; es impedir el uso o ejecución de algo”, así mismo estas se encuentran “correlacionadas con los deberes de los servidores públicos” (Jorge Enrique Ayala Castro 1999, p. 424). En este sentido, este acápite, pretende identificar el origen, las causas y los efectos de las prohibiciones, respecto a la utilización del contrato de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado.

En ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos” (Art. 7, Decreto 1950(1973). Años posteriores se ratificó dicha prohibición de “(...) celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos (Art. 17 790 (2002).

Las necesidades permanentes de la administración pública no se refieren a otra cosa que a la atención permanente de necesidades colectivas mediante la prestación de un servicio público, en ese mismo orden señala que:

La persona que trabaja en ejercicio de esas funciones dirigidas a satisfacer necesidades colectivas debe tener una contraprestación, la cual consiste en un salario y en unas prestaciones sociales, pero también debe gozar de otros derechos y garantías que en buena parte buscan el mejoramiento de sus servicios y el buen funcionamiento de la administración pública; como la capacitación, la carrera

administrativa, con sus derechos anexos de estabilidad y ascenso".(Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena, M.P. Angarita Barón, Ciro, 1992)

Se califica como falta gravísima, “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” (artículo 48 numeral 29, ley 734 de 2002 declarado exequible por la sentencia Corte Constitucional colombiana, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2003).

Las prohibiciones son una medida para la protección de la relación laboral, que buscan evitar que se suscriban con la intención de ejecutar funciones de carácter permanente. En la medida en que para este efecto se deben crear los empleos (2009, p.41). Luego, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, es decir de carácter permanente, la relación que existe es de tipo laboral (p.7). En esta jurisprudencia se enfatiza en el alcance del carácter “permanente”, la cual obedece a varios criterios, los cuales se sintetizan en el siguiente cuadro:

Tabla No. 2.		
1.2.1.4.1.- ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA FUNCIÓN PERMANENTE EN LAS ENTIDADES DEL ESTADO		
No.	Criterio	DESCRIPCIÓN
1	Funcional	La función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, implica que debe ejecutarse mediante vínculo laboral
2	Igualdad	Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública.
3	Temporalidad/ habitualidad	si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, es decir, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, se trata de una relación laboral.
4		si la tarea pactada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se

	Excepcionalidad	requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública; empero si equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual
5.	Continuidad	Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

Años posteriores, se recogen estos postulados, en el estudio de las Empresas Sociales del Estado, la Corte aseguró que las prohibiciones son medida que tienen como finalidad evitar que esta figura contractual se utilice para esconder una realidad diferente que genere vulneración de derechos fundamentales (2012. p.27), así como impedir que los contratos estatales de prestación de servicios se utilicen como regla general, en virtud a que esta práctica desnaturaliza la figura jurídica dado en ultimas modifican la naturaleza de la relación contractual y se falsea la verdadera relación de trabajo (2009, p.45)”. En este pronunciamiento constitucional, se acotaron trece (13) reglas jurisprudenciales en relación con la protección al derecho fundamental al trabajo, que en síntesis:

1.2.1.4.2 Reglas jurisprudenciales para la protección al derecho fundamental al trabajo y a la especial protección al vínculo laboral con entidades del Estado, (Tabla No. 3.)	
REGLA	DESCRIPCIÓN
Derecho Fundamental	El reconocimiento y protección de la Constitución al trabajo como derecho fundamental en artículos 25 y 53, y el de los servidores públicos en los artículos 123 y 125.
Distintas modalidades de contratación	La Constitución y la jurisprudencia constitucional protegen las diferentes modalidades de trabajo, y en especial a la vinculación laboral con el Estado, a la luz de normas especiales a los servidores públicos.
Libertad de configuración legislativa	Los límites se encuentran en los principios, valores y derechos de la Constitución.
Excepcionalidad	El derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva la regla general relativa al acceso a la función pública. El contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, temporal, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

Jerarquía normativa	El respeto de estas reglas constitucionales constituye criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.
Diferencia entre vínculos	Las diferencias constitucionales entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, surgen debido a los alcances y finalidades disímiles que persiguen.
Primacía de la realidad sobre las formas	La garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Constitucional. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.
Límites para la contratación	En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando: <ul style="list-style-type: none"> a. no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; b. (no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que c. requieran de conocimientos especializados.
Función permanente	Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios <ul style="list-style-type: none"> (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.
Deber de crearse los empleos	Para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. La prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, se deriva de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.
	La prohibición de celebrar contratos de prestación de

Prohibición	servicios para desempeñar funciones permanentes en la administración, busca, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, e impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. La regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.
Deslaborización	Constituye inconstitucionalidad todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo.
Respeto a las prohibiciones	Advertencia a las autoridades administrativas y a los empleadores del sector público, a los particulares y empleadores del sector privado, respecto al necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales Art (s). 25, 53, 123 y 125 de Constitución, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades públicas o privadas, toda vez que esta práctica desfigura el concepto de contrato, constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores y fomenta procesos de deslaborización, lo que constituye un incumplimiento que acarrea graves consecuencias administrativas y penales.

De estas reglas, se deriva la protección al trabajo. Afirmando la Corte Constitucional que en los últimos años ha tomado más fuerza la vinculación mediante el contrato de prestación de servicios, especialmente en las entidades públicas, inobservando las expuestas prohibiciones. Esta ineficacia afecta temas estructurales de la Constitución de 1991, principalmente a los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública”. (p.27) y contraría el ordenamiento jurídico.

Con la finalidad de contrarrestar los efectos de agravio derivado de la práctica en las entidades del Estado, debido a la falta de observancia a las reglas de la contratación y su consecuente desconocimiento de derechos constitucionales, fundamentales y convencionales, reitera y hace énfasis en aplicación directa la constitución, mediante uno de los principios mínimos que se derivan del Art. 53, es decir, la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, en los eventos en que se suscriba el contrato de prestación de servicios para desarrollar una relación laboral y exhorta a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, para que vigilen la efectividad de las normas que protegen los derechos laborales de los trabajadores (2012, p.28).

En suma, se deriva del legislativo las prohibiciones de celebrar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades de carácter permanente, según la interpretación de la Corte Constitucional también de los Art. 25, 53, 122 y 125 de la Constitución, dado que estas normas estipulan las reglas para el desarrollo de las señaladas actividades. En ese orden, la Corte, acota el alcance interpretativo que se deriva del carácter permanente, para lo cual especifican los trece criterios que delimitan el uso de la figura jurídica contractual del contrato de prestación de servicios. Así mismo, manifiesta que inobservar dichas prohibiciones, afecta temas estructurales de la Constitución, por lo cual insta a los órganos de control, para vigilar la actividad contractual de estas entidades y así evitar que se genere desconocimiento de derechos fundamentales.

1.2.1.4.3- EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Colombia es un Estado social de derecho, la constituyen y enaltecen, los principios, valores y derechos, dentro del cual se encuentra el trabajo, como el componente fundante que estructura la columna vertebral para promover la prosperidad y bienestar social, bajo la denominación de derecho, obligación social y protección del Estado en todas sus modalidades, mandato imperativo para todas las personas en condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.). Este mandato se desarrolla principalmente a través del Código Sustantivo Laboral, donde se establece que la finalidad primordial es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro del espíritu de coordinación económica y equilibrio social (Art. 1 C.S.T). Dirigido a regular las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares (Art. 2 C.S.T.). Es de tener en cuenta que este excluye expresamente las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, los cuales se rigen por los estatutos especiales que posteriormente se dicten (Art. 4 CST).

La presunción legal en toda relación de trabajo, se configura a partir del trabajo personal, la cual se rige por un contrato de trabajo (Art. 24 CST), junto con los tres elementos esenciales dentro del que enlista:

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

Establece que una vez reunidos los tres elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o

modalidades que se le agreguen (Art. 25 C.S.T.). Los cuales constituyen una relación laboral, que se generan cuando una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra, bajo la continuada dependencia y subordinación, a cambio de una contraprestación.

Por otro lado, el artículo 53 de la constitución que señala que: “el congreso en virtud de sus competencias expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

De lo cual se encuentra recurriendo al significado de la locución adverbial “por lo menos” en términos gramaticales, se refiere a “mínimo”, lo cual no significa excluir alguno de los principios anunciados en la carta, sino que incluye el total de los descritos.

El artículo 13 de la constitución política, establece:

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

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

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Artículo 13).

Dicha igualdad constitucional, en el código sustantivo del trabajo se integra:

Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley.

En las Empresas Sociales del Estado, acorde a lo establecido en la ley 100 de 1993, el derecho a la igualdad se rige a partir de los postulados que surgen del empleo público, en

materia de vinculación de personal al servicio de estas entidades, para lo cual se encuentra el derecho a la igualdad en la carrera administrativa:

Es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna. (...) (Art. 27 ley 909 (Congreso de la Republica, 2004).

Lo cual es consecuencia de los artículos 122 y 125 de la constitución nacional, por lo cual surge en aras hacer efectiva la función pública y, garantizar las relaciones del Estado con sus servidores, para proteger los derechos mínimos e irrenunciable, con las normas que regulan las relaciones entre las Empresas Sociales del Estado y las personas que se vinculan a estas, de acuerdo a la voluntad del legislativo de 1993, con la creación de la ley 100 de 1993. En ese orden, la constitución que “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 (Artículo 125 de la C.N.).

En la Constitución, el contrato de prestación de servicios, según la jurisprudencia, se encuentra dentro de la premisa constitucional que señala dentro de las excepciones “los demás que determine la ley”

De acuerdo a los hallazgos normativos anteriormente señalados, el derecho a la igualdad y no discriminación frente a la ley es un mandato de carácter universal, y por ende contenido en múltiples normas a nivel nacional e internacional, que busca garantizar a todas las personas proteger sus derechos fundamentales, es decir todo aquello que se deriva de la dignidad humana, como el libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación

En aras de materializar todos estos postulados normativos constitucionales, convencionales y legales que ampliamente se dejaron expuestos, surge la aplicación directa de la constitución en las relaciones laborales, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, en aras de proteger aquellas relaciones de facto que surjan como consecuencia de suscribir contratos de prestación de servicios, con la finalidad de esconder relaciones de trabajo, para eximirse del pago de prerrogativas laborales.

1.2.1.4.4.- ESTADÍSTICAS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (E.S.E.)

Se obtuvo especialmente para este estudio, las cifras estadísticas de suscripción de contratos de prestación de servicios personales, que se celebraron para los años de 2014, 2015 y 2016, para la prestación del servicio público de salud en el Distrito Capital, los cuales permiten dar validez a la presente investigación. Así encuentra en los oficios ADM-CTT-FT-59-2017, 128-17 y E 55-2017 de las Subredes Integradas de servicios de salud.

Dichos resultados muestran el panorama actual y que desde hace varios años transita en ascenso en estas entidades, respecto a la vinculación de personas naturales sin el ropaje de empleados públicos o trabajadores oficiales, para prestar el servicio de salud, específicamente, en los perfiles que por su naturaleza son indispensables para el desarrollo del objeto social para el cual fueron creadas, específicamente en el área asistencial, es decir para la atención a pacientes. En ese contexto se registran Médicos Especialistas, Médicos Generales, Jefes de Enfermería, Auxiliares en salud, Bacteriólogos, Odontólogos y Terapeutas respiratorios, con el siguiente resultado:

En primer lugar se encontró en la hoy, Empresa Social del Estado, Subred Integrada de Servicios de Salud Sur (E.S.E.), constituida por las denominadas unidades de Meissen, Nazareth, Tunal, Tunjuelito, Usme y Vista Hermosa (antiguos hospitales públicos) a la luz del decreto 641 (2016), mediante oficio GG-E-2017, en los perfiles de Médicos Especialista, Médicos Generales, Jefes de Enfermería, Auxiliares en Salud, Bacteriólogos, Odontólogos y Terapeutas respiratorios, sucesivamente suscribieron para el año 2014 resultaron 22.526, para el 2015 firmaron 18.767 y en el 2016 vincularon 16.270 personas con dicho perfil.

En segundo lugar, en la Empresa Social del Estado, Subred Integrada de Servicios Sur Occidente (E.S.E.), resultado de la fusión de las unidades Kennedy, Bosa, Pablo VI de Bosa, Fontibón y Sur acorde al decreto (641) 2016, en comunicado 2017312 01 resultaron en los perfiles de Médicos Especialista, Médicos Generales, Jefes de Enfermería, Auxiliares en Salud, Bacteriólogos, Odontólogos y Terapeutas Respiratorios, sucesivamente, para el año 2014 se encontraron 8.056, para el 2015 suscribieron 7.424 y en el 2016 se vinculó a 6.453 personas de la salud, con el objeto de prestar el servicio el en el área asistencial (atención a pacientes).

En tercer lugar, en la Empresa Social del Estado, Subred Integrada de Servicios de Centro Oriente (E.S.E.), producto de la reorganización del sistema de salud en el Distrito en virtud al decreto 641(2016), Santa Clara, Centro Oriente, La Victoria, San Blas y Rafael Uribe Uribe y San Cristóbal, para prestar el servicio público de salud, objeto social para el cual fueron creadas, para el perfil asistencial, es decir: Médicos Especialistas, Médicos Generales, Bacteriólogos, Enfermeros, Auxiliares en salud (enfermería, odontología, epidemiología) mediante oficio R 7658 de 2016 para el año 2014 se firmaron 6.384, para el 2015 vincularon 5.361 y en el año 2016 a 4.882 contratos de prestación de servicios.

Así mismo en consolidado de las unidades que conforman la Empresa Social del Estado Subred Norte de Bogotá, es decir: Usaqué, Chapinero, Simón Bolívar, suba y Engativá, mediante radicado 20171200051971 de abril de 2017, registra para el año 2014 la suscripción de 5.169 contratistas de prestación de servicios personales; para el 2015 se suscribieron 6.323 contratos de prestación de servicios y para el año 2016 se suscribieron 5.911 contratos de la misma naturaleza, es decir en los perfiles de salud, medico, enfermeras, entre otros.

Teniendo en cuenta los elevados resultados obtenidos, identificar las prohibiciones que se encuentran para realizar este tiempo de práctica contractual, por lo cual, en el siguiente espacio, se abordarán.

1.2.1.4.5.- ESTUDIOS RESPECTO A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJADOR DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL VÍNCULO CONTRACTUAL EN LAS E.S.E.

Arias, Dolly (2012), en estudio de las características de profesionales y auxiliares de enfermería del Huila. 2010, señala, dentro de uno de los resultados de la investigación que “en el afán de bajar costos, las empresas han limitado o suspendido la asignación de turnos nocturnos, festivos o dominicales al personal de planta y suplen las necesidades con personal de contrato. Con estas prácticas se rompe el principio constitucional de “a igual trabajo, igual salario”.

Por otro lado, el mismo estudio Arias, Dolly, en 2012, contextualiza la situación en que se encuentran:

Aproximadamente la quinta parte de los profesionales y auxiliares de enfermería tienen contrato de prestación de servicios. Si se tiene en cuenta que el cuidado de enfermería se brinda las veinticuatro horas, los 365 días del año, se entendería que su presencia en las instituciones de salud debe ser permanente; no obstante, en la actualidad, se les contrata como si estuvieran prestando servicios transitorios.(p. 60)

Así mismo que

(...) los principales problemas que aquejan a los profesionales y auxiliares de enfermería del Huila, están relacionados con el deterioro progresivo de sus condiciones laborales: salarios bajos, inestabilidad e intermediación laboral, formas de contratación excluyentes e inequitativas, desconocimiento de derechos laborales, desigualdad en su distribución por niveles de formación, regiones geográficas y ámbitos de desempeño. El grado de afectación se aumenta en los profesionales por el desconocimiento en unos casos, y en otros, por la inaplicación de leyes y normas nacionales que regulan el ejercicio de la profesión en Colombia (p.63).

Lo anterior, sustenta lo expuesto a lo largo de estos párrafos, en la medida en que en la ciudad de Bogotá, esta circunstancia contractual cada día toma mayor fuerza y hay muchas personas que se encuentran obligadas a someterse a esta clase de vinculación inestable.

1.3. EL VINCULO LABORAL REALIDAD “Contrato realidad”

El vínculo realidad se edifica a partir del principio mínimo constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, el cual se deriva del listado de los principios del derecho al trabajo que anuncia el artículo 53 del texto iusfundamental, consolidado con las presunciones que establece el Código Sustantivo del Trabajo, que establece que reunidos los elementos de la prestación personal, subordinación y remuneración, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen (Art. 23) y así mismo la presunción a partir de la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo (Art. 24).

Se activa el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, al desestimar un contrato de prestación de servicios que en su sustancia material equivalga a un contrato de trabajo, para lo cual la contraprestación y demás derechos se rigen por las normas laborales más favorables. Teniendo en cuenta que existe diferencia entre el contratista independiente, dado que no puede homologarse al empleado público o al trabajador oficial (Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 163 (parcial) y 167 del Decreto Ley 222 de 1983, 1993, p. 1)

Nace con la prestación efectiva y real del servicio, que constituye un fenómeno factico con consecuencias jurídicas, toda vez que de ellas se deriva el conjunto de derechos y obligaciones para trabajadores y empleados. Por lo cual el trabajador solo debe acreditar la existencia de la relación laboral, para que opere la presunción legal de contrato de trabajo (Corte constitucional colombiana, Mauricio Fajardo Gómez, 2004).

1.3.1.- ASPECTOS PROCESARLES PARA SOLICITAR RECONOCIMIENTO DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD

Es de tener en cuenta, que no se encuentra un trámite expresamente señalado en norma especial, empero es de tener en cuenta que existen dos (2) etapas, una administrativa y una judicial, en cuanto a la primera se encuentra fundamento en ejercicio del derecho fundamental establecido en la ley 1755 (2015), mediante el cual se eleva solicitud de reclamación administrativa por el interesado, para obtener un pronunciamiento respecto a la relación laboral, con lo cual se provoca el acto administrativo de la Empresa Social del Estado, en el cual, la entidad fija una posición, es decir concede el derecho solicitado, con lo cual concluye la solicitud, en su defecto niega, lo cual conlleva a dar apertura a la segunda etapa, es decir la judicial.

La segunda etapa, está compuesta por el proceso judicial propiamente dicho, significando con ello, que esta se surte ante un juez de la república, trámite que se debe realizar mediante un apoderado judicial, siguiendo las reglas que establece el CPACA, ley 1437 (Congreso de la República de Colombia, 2011), es decir en primer medida observando la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dado que esta conoce, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo en las que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan funciones administrativas (Art. 104). Dentro del medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho (Art.138), en aras de solicitar la nulidad del acto administrativo que negó la declaratoria y pretender el reconocimiento de la relación laboral, que se declara mediante el vínculo laboral realidad.

Es de tener en cuenta que en sentencia de unificación se definió que procede, al no exceder de los tres (3) años la petición, a partir de la terminación del vínculo formal, dado que se extingue el derecho a solicitar las prestaciones. Anotando que esta prescripción extintiva no opera frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que la hace imprescriptible. Mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el

carácter de emolumentos económicos temporales. (Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, M.P. Carmelo Perdomo Cuèter, 2016, p. 1)

Debe asumir la carga probatoria, el sujeto que pretenda hacer valer una relación laboral de hecho, para tal efecto, debe acudir a un juez competente de la república y demostrar que existió esa relación (P.4) (Hernán de Jesús Gutiérrez Uribe v. Nación, Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional (2016). Para tal efecto la parte demandada, es decir el beneficiario de la prestación efectiva, debe desvirtuar que no existió el elemento de la subordinación. (C.S.J. radicación 21554 2004).

Es de anotar, que se deben adjuntar las pruebas que se pretendan hacer valer, así como el acto administrativo que negó la solicitud de reconocimiento de la relación laboral, el cuerpo del clausulado del contrato suscrito, los cronogramas de turnos, los actos de llamados de atención, entre otros. Así mismo se debe allegar la reunión de varios testimonios que den cuenta de las circunstancias fácticas de modo tiempo y lugar en las que se desarrollaron las actividades objeto de controversia.

1.3.2.- ASPECTOS RELEVANTES DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD

El derecho sustancial busca normalizar el deber ser o ajustar el comportamiento de cada individuo dentro de la sociedad. El vínculo laboral realidad, busca menguar los efectos que produce la acción ilegal de la administración, al desconocer el ordenamiento legislativo que fue diseñado para suplir las necesidades de las entidades del Estado en materia de recursos humanos, para lo cual la administración por decisión unilateral satisface mediante figuras contractuales jurídicamente validas, empero diseñadas por el legislador con una finalidad distinta, en consecuencia falsea relaciones laborales al excluir los principios y derechos constitucionales que se desarrollaron en estas y simultáneamente pone en riesgo el objeto que pretende proteger la norma, es decir el interés público.

En ese orden, surge el vínculo laboral realidad mediante declaración judicial, donde el juez de la república, antepone la realidad de hecho y de derecho sobre el cuerpo que constituye el clausulado del contrato suscrito, su esencia radica en desvirtuar la parte formal celebrada (Rosalba Jiménez y otros v. Autoridades Departamentales (2014, p.), en virtud, a que esta no atiende a la ejecución material, es decir que se desarrolla en una realidad diferente a la naturaleza pactada, escenario en el que se aplica directamente la constitución mediante el principio mínimo del trabajo de primacía de realidad sobre las formas establecida por los sujetos (Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 163 (parcial) y 167 del Decreto Ley 222 de 1983, 1993. p.12).

El mencionado principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, es un mandato constitucional enlistado en el artículo 53 y se encuentran íntimamente ligado al principio de prevalencia del derecho sustancial, contenido en el artículo 228 del mencionado texto (2016, p.2 de Rubén Díaz Díaz como agente oficioso de Liliana Bustamante Cepeda en contra del Instituto Santa Teresita y Coomeva EPS.

En ese orden, también se encuentra intrínsecamente unido al derecho a la igualdad, el cual se extiende cuando concurren circunstancias fácticas similares entre dos sujetos (2008 en proceso de Amparo Mosquera Martínez v. Contraloría General de la Republica, es decir, se

aplica el principio de realidad sobre las formas, si dos funcionarios se encuentran en el mismo escenario donde contratistas y empleados de planta, por la similitud en situación de hecho respecto al personal de planta, con las mismas obligaciones que realizan con distinta vinculación, es decir relación legal y reglamentaria y contrato de prestación de servicios, se extiende derecho al a la igualdad, dado que la naturaleza de las actividades que se realizan, no corresponden al contrato suscrito (p.188).

1.3.3.- EL VÍNCULO REALIDAD LABORAL EN EL EJERCICIO DEL EMPLEO PÚBLICO DE HECHO

En el contexto que surge como consecuencia de hechos consolidados del ejercicio del empleo público de facto y no de iure, la Corte Constitucional establece que las formalidades sustanciales del derecho público, son el límite de acción del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, lo cual significa que desvirtuado el contrato de prestación de servicios suscrito, se reconoce el carácter de trabajador al servicio del Estado, empero en ningún caso se puede conferir el status de empleado público, en virtud a que el principio de la primacía:

(...) no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal. El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público (Demanda de Inconstitucionalidad de David Guillermo Zafra v. el artículo 6 (parcial) y 16 (parcial) de la Ley 60 de 1993, 1994, p. 1).

En ese entendido, el margen de los efectos del vínculo realidad laboral en el ejercicio del empleo público se encuentra en los principios de organización del Estado, indisponibles para las autoridades, de carácter imperativo del Estado de Derecho, lo que implica que ninguna práctica puede sustituirlos o derogarlos. Al fijar el mencionado límite al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no se puede reivindicar la existencia de un verdadero empleo público, en cuanto a que es equivalente a derogar formalidades y exigencias del mencionado derecho. Empero se puede desechar la forma contractual administrativa e imponer la materialidad del trabajo que sólo en apariencia se ha podido desplazar por ésta (1994, p.16).

En ese contexto, explica el Consejo de Estado, que para ostentar la calidad de empleado público, es necesario que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas las funciones, previstos los emolumentos en el presupuesto correspondiente, se cumpla con el nombramiento y la posesión a la luz de artículo 122 constitucional Elkin Hernández Abreo Vs. Autoridades Nacionales (2014. P.32).

Por lo tanto no procede el reintegro, en virtud a que no se puede reintegrar a quien no ha sido desvinculado de un empleo público, por cuanto el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, toda vez, que dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado así lo expone el consejo de Estado en proceso (Maria Stela Lanceros Torres v. Hospital de Engativa 2011, p. 17)

En ese entendido, el sujeto reconocido como trabajador para el Estado producto del reconocimiento judicial del vínculo realidad, que surge como consecuencia de vinculación mediante un contrato de prestación de servicios, no se transforma, toda vez que no cumple con lo previsto en el artículo 122 Constitucional, empero accede a la reparación del daño, que consiste en el pago de la totalidad de las prestaciones sociales (2009, p. 2), bajo el concepto constitucional de derecho mínimo irrenunciable, establecido en las normas laborales, en la medida en que el trabajo así beneficie al Estado, genera derechos y obligaciones irrenunciables (Demanda de Inconstitucionalidad de David Guillermo Zafra v. el artículo 6 (parcial) y 16 (parcial) de la Ley 60 de 1993, 1994, p. 2) con lo cual se busca concretar la protección del derecho al trabajo y las garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que se suscribe desde el punto de vista formal (Corte Constitucional, 1997, p. 1).

Adicional a lo anterior, es decir en cuanto a la contraprestación que surge en vigencia del vínculo laboral realidad, se encuentra en las normas más favorables, bajo el siguiente concepto: “en cuyo caso la contraprestación y demás derechos de la persona se regirán por las normas laborales más favorables (Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 163 (parcial) y 167 del Decreto Ley 222 de 1983, 1993, p. 2) (1993, p.1).” “sin perjuicio de que el Juez ordinario, en cada caso concreto, pueda hacer prevalecer la naturaleza laboral de una determinada relación (Demanda de Inconstitucionalidad de David Guillermo Zafra v. el artículo 6 (parcial) y 16 (parcial) de la Ley 60 de 1993, 1994, p. 1)(1994, P.2)”.

Tal efecto se convierte en un mero formalismo, a la luz de la jurisprudencia posterior, es decir, se han cercenado prerrogativas contenidas en regímenes laborales vigentes que resultan más beneficiosas al trabajador de prestación de servicios. Lo cual básicamente bajo el argumento que se desprende de la delimitación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, con la cual deja inoperante el principio de favorabilidad. Es decir, si bien puede resultar más beneficioso a este empleado cualquiera de los regímenes del trabajo existentes, en virtud a que contienen ampliamente el desarrollo de los principios mínimos constitucionales del trabajo, como son la estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad entre otros, no se puede acceder dada la forma de vinculación directa, mediante la cual se permitió ejercer el empleo público, es decir sin cumplir las formalidades sustanciales del derecho público, según esta jurisprudencia, el mencionado principio no tiene el alcance de convertirlo en empleado público por ende no se puede restablecer los derechos a quien no ha sido empleado público de derecho.

Así se evidencia al desechar la posibilidad de reconocer una situación de mora por no pago oportuno de las cesantías, en la medida en que por de hecho de haber realizado labores de facto no se convierte automáticamente en empleado público, por lo cual sólo es procedente

el reconocimiento de la reparación del daño que constituye el reconocimiento de los salarios y prestaciones a título de indemnización, que son prestaciones y no indemnizaciones (Consejo de Estado, 2011, p.1).

En ese sentido se unifica en sala plena de la Corte Constitucional, el no reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y prestaciones sociales originadas en la declaratoria de existencia de un vínculo laboral realidad.

Lo anterior, encuentra sustento en virtud a la naturaleza del medio de control que procede para solicitar la declaratoria del contrato realidad con una entidad pública, es decir, la nulidad del acto administrativo de carácter particular, en virtud a que su consecuencia comprende no sólo devolver las cosas a su estado anterior, sino además la reparación del daño, en aquellos casos en sea imposible regresar las cosas a su estado anterior, según el artículo 138 de la ley 1437 (2011) (Consejo de Estado. 2016, p.60).

En consecuencia, nace una sanción a la entidad Estatal que se refleja en el pago de prestaciones sociales y seguridad social, en consecuencia a la satisfacción de los requisitos propios de un contrato de trabajo y la sentencia que declara el contrato realidad es constitutiva del derecho (Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2016, pp. 49-54), en consideración a que

Las sentencias que declaran la existencia o inexistencia de una relación jurídica; diferentes de las sentencias de condena que son las que imponen al demandado una obligación de dar, de hacer, o de no hacer; y las constitutivas que crean, modifican o extinguen por sí mismas un estado jurídico, introduciendo una estructura o situación jurídica nueva (2016, p.54).

En suma, cuando se logra demostrar la existencia de un contrato realidad, los derechos propios de dicha relación laboral surgen a partir de la sentencia que lo declara, por lo cual no hay lugar a la aplicación de disposiciones de carácter sancionatorio respecto de la morosidad en el pago de las prestaciones, en virtud a que esta empieza a contarse a partir de la ejecutoria de la providencia (2016, p.65).

Por otro lado en cuanto a lo recaudado por el Estado, en vigencia del contrato de prestación de servicios desvirtuado por el vínculo laboral realidad, que se sustrajo de los honorarios del contratista de prestación de servicios, ahora trabajador del Estado, la jurisprudencia guarda silencio, con lo cual traslada una carga económica al trabajador del estado sin hecho generador, así lo contextualiza en estudio investigativo, bajo el siguiente tenor:

el recaudo de impuestos sin causa, genera un enriquecimiento sin causa, por cuanto en la realidad desaparece un hecho generador, cuando se declara el contrato realidad, lo que conlleva simultáneamente a generar la inexistencia del contrato de prestación de servicios, lo cual ocasiona un daño antijurídico contra el contratista, y simultáneamente se compromete la responsabilidad del Estado.(José Rafael Sanjuanelo Ortiz, 2015, p. 71).

En ese orden, el vínculo laboral realidad en el ejercicio del empleo público hecho, con anuencia de la entidad pública, producto de la actuación irregular de esta, no puede reconocer la calidad de empleado público de derecho con la mera prestación del servicio,

por cuanto se encuentra con la barrera infranqueable de las formalidades sustanciales del derecho, solo le concede el pago de las prestaciones sociales consecuencia de la sanción a la Entidad.

En suma, Rojas Ríos, A. 2016, en salvamento de voto, manifiesta que el Estado debe concurrir al cumplimiento de las obligaciones jurídicas, la calidad de sujeto de derecho público no lo exime. Máxime teniendo en cuenta que la responsabilidad de la persona jurídica de derecho público es mayor que la del particular, conforme lo establece el artículo 123 de la Constitución y la obligación dispuesta en el numeral 1 del artículo 95 de la Constitución de conformidad con el cual toda persona (pública o privada), está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, así como a "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (2016, p.70).

CONCLUSIONES PRELIMINARES

En suma, todas las formas de discriminación se ven trasladadas a las relaciones de trabajo, sosteniendo y facilitando los ejercicios de violencia directa y estructural hacia aquellas personas han sido puestas en situación de menor posibilidad para el ejercicio del poder y, por ende, afrontan mayor vulnerabilidad.

En suma, la voluntad legislativa expuesta, adyacente a la realidad enmarcada en el estudio investigativo relatado, en el marco del vínculo laboral realidad jurisprudencial, que pretende proteger los derechos desconocidos por la actuación ilegal de la administración, al suscribir contratos de prestación de servicios con los cuales desconocen los derechos constitucionales fundamentales y convencionales de estos trabajadores al servicio del Estado, si bien es una medida correctiva, desconoce hechos consolidados dentro de la prescripción legislativa, es decir, al señalar que la sentencia que declara la realidad es de carácter constitutivo con el único efecto del pago de las prestaciones sociales que simultáneamente constituyen una sanción a la Entidad, automáticamente margina la voluntad legislativa, dado que en el escenario del vínculo laboral realidad jamás se podrá abrir el debate de estos sucesos que constituyen una realidad en los contextos laborales, como tampoco la posibilidad de estudiar su regulación en este contexto, debido a su misma naturaleza. Con lo cual, se borra la voluntad legislativa que pretendía prevenir estas conductas mediante unas sanciones específicas. Lo que resulta una legitimación a acción contractual de la entidad, con lo cual le otorga facultades ilimitadas en el trato a sus contratistas, quienes simultáneamente se encontraran sometidos a las decisiones discrecionales de la entidad, dada la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

En suma, el Estado debe concurrir al cumplimiento de las obligaciones jurídicas, la calidad de sujeto de derecho público no lo exime. Máxime teniendo en cuenta que la responsabilidad de la persona jurídica de derecho público es aún mayor que la del particular, conforme lo establece el artículo 123 de la Constitución al señalar, que “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, la ley y el reglamento” y la obligación dispuesta en el numeral 1 del artículo 95 de la Constitución de conformidad con el cual toda persona (pública o privada), está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, así como a “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (2016, p. 70)

El marco teórico como solución potencial del problema, se abordara el tema del funcionario de hecho, los instrumentos internacionales y el estado de cosas inconstitucional.

CAPÍTULO II

EL TRABAJADOR DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS E.S.E. ES FUNCIONARIO DE FACTO SIN PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL TRABAJO

Este capítulo aborda las principales figuras de las cuales subyace una esperanza de razón lógica que nace diversas construcciones filosóficas que permiten analizar desde un punto de vista objetivo las posibles soluciones que se han contemplado en consideración al trabajador de prestación de servicios que se vinculó con anuencia de la entidad administrativa, quien de manera unilateral escondió una relación laboral para eximirse del cumplimiento de normas garantes de los derechos de los trabajadores del Estado. Estas se abordaran en el siguiente orden: en un primer momento el funcionario de hecho, posteriormente los instrumentos internacionales del trabajo y por último el Estado de Cosas Inconstitucionales.

2.1. FUNCIONARIO DE HECHO

El funcionario de hecho, es una teoría que ha sido abordada por grandes autores desde hace mucho tiempo, entre ellos, Rousseau, quien lo define como el individuo que funge como un verdadero funcionario pero sin título ò con título emitido por autoridad incompetente; Jèze, quien, habla en el mismo sentido, haciendo alusión al tiempo en el que puede configurarse, es decir, que solo puede sobrevenir en época de crisis; Fraga quien manifiesta en las mismas palabras pero lo hace extensivo a que solo se puede concebir en circunstancias excepcionales; Constantinenau, quien lo referencia en el sentido de “reputación pero carente de nombramiento”; Butler en igual sentido, empero con la intención de inducir al público a aceptación y, por último se encuentra a Caetano, quien hace alusión a la existencia de esta figura en ausencia de investidura y por necesidad publica (De la Vallina Velarde (s.f. p.145).

De la Vallina Velarde (s.f.), en su estudio, no admite la posibilidad de que un funcionario de hecho se pueda convertir en un funcionario de jure, Sin embargo analiza dos tesis contrarias a su posición, por un lado a la luz del tratadista Jèze, quien se refiere a la existencia de un acto previo, es decir, su análisis parte de la validez de mismo, significa que opera cuando sobreviene una nulidad, la cual se puede subsanar por medio de ejercicio público y pacifico del cargo y luego, citando Gasparri y Martínez Useros, es viable solo a partir de un nuevo acto, el cual le confiera la investidura (p.143).

Cabe distinguir que según los registros doctrinales, el funcionario de hecho en circunstancias normales, del funcionario de hecho en períodos de crisis o anomalía, pudiendo en este segundo caso ser considerado funcionario de hecho quien carece de nombramiento o título alguno (p.147).

Para el tratadista Sarria, el funcionario de hecho puede ser por efecto de origen o causa, como cuando se nombra a un empleado que no llena las calidades que exige la ley; o cuando habiéndosele otorgado inicialmente con regularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue sin embargo en ejercicio de sus funciones, bien sea por ministerio de la ley o bien por circunstancias de hecho no previstas en las leyes.

El primer registro que aparece en la relatoría del Consejo de Estado Colombiano, máximo tribunal de lo contencioso administrativo, respecto al funcionario de hecho, se encuentra en proceso (Diego Luis Córdoba., 1942), que versa sobre a la una solicitud de nulidad, en un contexto en el que se debatió la validez de una elección ante Jurados de Votación designados por personas que a esa fecha, no tenían el carácter legal de Jurados Electorales, debido a que en una sentencia de un Tribunal de la época, se habían declarado nulos los nombramientos. Argumentando que mientras no hayan sido reemplazados no podrían eximirse de servir, la única excepción que los excusaba era algún impedimento físico. En ese contexto, se identificó una clasificación de las personas que ejercían un cargo, es decir, ellas podían ser derecho, de hecho o simples usurpadores.

A la luz de lo anterior, el alto Tribunal, explico la diferencia que subyace entre el funcionario de derecho y el de hecho, refiriéndose básicamente a que ésta gira entorno a la investidura, la cual puede ser regular o irregular, carácter que depende del legítimo nombramiento o elección, como en el caso del primero, luego, en la segundo brillaba por su ausencia. En este sentido estudió el Consejo de Estado las características de los actos que emita quien se encuentra dentro del primer parámetro, cualificándolos como válidos y con efectos que no podían ser puestos en tela de juicio; En cuanto, al referirse al funcionario de hecho que se deriva de la investidura irregular, aseguro que se podía generar de un defecto en el origen o causa, de manera ilustrativa, cuando se hace un nombramiento sin el cumplimiento de las calidades que exige la ley (caso en el cual el nombramiento puede invalidarse), o por hecho sobreviniente, es decir, siendo la investidura regular, esta se pierde, empero se continua ejerciendo, sea por ministerio de la ley, o por circunstancias de hecho que no fueron previstas en la norma (Diego Luis Córdoba., 1942).

Ahora bien, veintiún (21) años más tarde, en virtud al ejercicio de la acción de plena jurisdicción, se encuentra en proceso contencioso administrativo (Guillermo Choconta Cruz, 1963), el reconocimiento de un funcionario de hecho, en el contexto del salario, en este tenor, un funcionario de derecho se transforma a un funcionario de hecho, en la medida en que sobreviene una suspensión en virtud a una orden judicial, empero se hace caso omiso y se continua en el ejercicio las funciones durante dicho periodo. Frente a esos hechos, la sala del Consejo de Estado, estimó que, a pesar de la irregularidad que surgió, es decir, el hecho de haber continuado desempeñando el cargo en curso de una orden de suspensión, lo ostensiblemente cierto y que se debía reconocer frente al funcionario de hecho, era que se prestó el servicio al Estado, por lo cual debía ser pagado. En ese sentido declaró el pago del sueldo, por cuanto este, constituía una contraprestación de servicios, así como las primas, en la medida en que estas hacían parte del salario (p.2).

Años más tarde, (Jesús Libardo Rojas Rojas v. Alcaldesa de Paují, 1989) en virtud al ejercicio del cargo a pesar de una suspensión provisional de funcionario regular, por cuanto este se eligió por voto popular, se reconoce que este se transforma, por dicho episodio en un

funcionario de hecho, simultáneamente que los actos expedidos en dicho lapso confieren plena validez. Aquí es importante denotar, que el Consejo de Estado, muestra otros elementos que dibujan al funcionario de hecho, como son, que puede surgir en un período de normalidad institucional, que tiene una investidura plausible, en la medida en que el cargo existe de jure, así mismo que en ese periodo se ejerce la función de manera irregular y por último la existencia de una similitud en el ejercicio del cargo de forma y apariencia como hubiese sido desempeñado con investidura regular (p.2).

Por otro lado, en salvamento de voto, el Consejero Ponente, Dr. Miguel González Rodríguez, en proceso contencioso administrativo (Julio Cesar Garrido Santana, 1992) en el contexto de una solicitud de nombramiento de cargo y pago de salario y prestaciones sociales, en virtud al ejercicio de un cargo sin nombramiento corridos siete meses de recibir notificación que aseguraba que sería nombrado, se negó el derecho, empero se apartó dicho consejero de la decisión, por cuanto, consideró que se debía tutelar el derecho, debido a que el estudio se trató de un funcionario de hecho. En ese contexto, advirtió el ponente que los funcionarios de facto o de hecho, se caracterizan por carecer de investidura o por tenerla pero de manera irregular, como es el caso en estudio a quien no se le ha permitido hacerlo. En ese espacio recordó la jurisprudencia anterior, respecto a los derechos salariales y prestacionales que se concede al funcionario iuris, las consecuencias de la falta de pago de salarios, no obstante al estar ejerciendo realmente el empleo. Lo anterior, por cuanto consideró que la posesión dependía de las autoridades Distritales de Santa Fe de Bogotá y estas se encuentra obligada a emitir los actos administrativos que vinculan a la función pública (p.15).

En ese contexto, el Consejo de Estado, en proceso de Ruth Doris Rodríguez Naranjo V. Municipio de Tamara, Casanare. (2011), al recordar su jurisprudencia del 16 de agosto 1963, mediante la cual se venía gestando la teoría anunciada en los párrafos anteriores. Aquí realiza una línea jurisprudencial, Pero ya no, en el sentido de relación de hecho, sino de funcionario de hecho, Aquí lo cualifica como, quien desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular (p. 20).

A través de la sentencia en mención, la Concejera Ponente, citando a Sayagués Laso, (1974), se refiere a esta figura, en cuanto a la posibilidad de ocurrencia. Es decir, que puede acaecer en el contexto de la función pública, lo cual significa que un particular puede fungir como un verdadero funcionario, sin cumplir bajo unas circunstancias especiales, pero sin los requisitos establecidos (p.17).

Ahora bien, el consejo de Estado, en proceso de Luis Alberto Arias Vs. Departamento de Casanare (2016, p. 19), transcribe la jurisprudencia anterior y reconoce, que además de las tres vinculaciones legales con el estado, existe otro tipo de vinculación, la cual califica como anormal y excepcional, refiriéndose a la figura denominada funcionario de hecho. Aquí señala en síntesis, cuatro criterios para identificarlo, es decir, por un lado, la existencia del empleo dentro de la planta de personal de la entidad, luego, con respecto a las funciones las cuales debe ser ejercida irregularmente, así como el deber de ejercer del mismo modo que el funcionario público y finalmente con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlarlo e impedirlo.

En dicho pronunciamiento, el carácter irregular es consecuencia exclusivamente de la vinculación, significa que para para el ejercicio no atendió a los requisitos legalmente establecidos, es decir no subyace de una vinculación legal y reglamentaria, no sobrevino un nombramiento o elección y tampoco se surtió la etapa de la posesión. Pero además, si bien es cierto que puede surgir de su ausencia, también puede surgir de su vigencia, significa que también se configura cuando la hayan perdido (p.6).

Ahora bien, en cuanto a los derechos que se confieren si se reconoce esta figura de funcionario de facto, se contextualiza en proceso judicial (Eva Cecilia Lopez Rueda, 1993) donde los hechos que son objeto de la contienda versan respecto a una solicitud de una nulidad, dado que se había desvinculado del cargo a una enfermera, no por quien la había nombrado sino por otro funcionario en virtud a la delegación. A la luz de la línea de pensamiento que desarrolla este texto, es de rescatar que en ese contexto la sala del Consejo de Estado, hace alusión a los efectos que se derivan en virtud a la configuración de un funcionario de hecho. Es decir, que solo se le confieren derechos de contenido pecuniario, significa que solo surgen los derechos que confiere la ley a título de contraprestación, es decir, salarios y prestaciones sociales. Asegura el alto tribunal que no surgen derechos de otra naturaleza, como el reintegro y todo lo que se deriva de ello (p.4).

En suma, el funcionario de hecho es una teoría que gestan grandes autores y que luego es incorporada por la jurisprudencia del máximo tribunal del contencioso administrativo Colombiano, la cual versa respecto a las personas naturales que ejercer un cargo público sin cumplir con los requisitos legales establecidos para acceder a estos. El mencionado tribunal adopta la teoría del puro reconocimiento, pero desecha la posibilidad de que un funcionario de facto se pueda convertir en funcionario de iure, por lo tanto su reconocimiento solamente se circunscribe a conceder el pago de salarios y prestaciones sociales. Contrario a lo que concibe Jèze, quien manifiesta que si el funcionario de facto es consecuencia de una nulidad, esta se puede subsanar la por medio de ejercicio público y pacífico del cargo; lo cual también es posible para Gasparri y Martínez Useros, a partir de un nuevo acto mediante el cual le confiera la investidura.

En suma, la teoría del funcionario de hecho, produce efectos similares al reconocimiento del vínculo laboral realidad, en la concepción del Consejo de Estado Colombiano, por lo cual no resulta una medida de protección absoluta, sino parcial, frente a los hechos consolidados producto de la actuación de la administración al margen de la ley, quien desconoce las normas imperativas por las cuales debe regularse la relación del Estado con sus servidores. Ésta satisface las necesidades mediante los contratista de prestación de servicios por años, por lo cual no crea los cargos y somete a su arbitrio el manejo de la relación, la cual resulta paupérrima y esclavizante, dado que se esconde en otros preceptos normativas, con la finalidad de no conferir las prerrogativas mínimas e indispensables para atender las necesidades fisiológicas del ser humano y las cuales se encuentran protegidas por la constitución y los instrumentos internacionales, es decir, el descanso remunerado, lo cual lesiona ostensiblemente la dignidad humana y todo lo que se deriva de esta.

2.1.2- FUNCIONARIO DE FACTO QUE SUBYACE EN EL VÍNCULO LABORAL REALIDAD EN LAS E.S.E.

Partiendo del presupuesto legislativo contenido en el numeral quinto (5) del artículo 195 de la ley 100 de 1993, es decir que los servidores de las Empresas Sociales del Estado deben tener la calidad de empleados públicos y trabajadores oficiales, adyacente al mandato imperativo a estas entidades, respecto al deber de crear los cargos para satisfacer las necesidades de carácter permanente, el cual corresponde a las actividades del giro ordinario para la cual fueron creada, es decir, para la prestación del servicio público de salud, el cual a su vez comprende múltiples disciplinas, es decir para la prestación de este servicio de manera integral, se requiere un equipo multidisciplinario, el cual se constituye a partir de las diferentes especializaciones en salud, es decir medicina general (consulta externa y urgencias) y especializada (pediatras, neurólogos, internistas, cirujanos, psiquiatras, ginecólogos, oftalmólogos, gastroenterólogos), enfermería (jefes y auxiliares), bacteriología entre otras, sin lo cual se torna imposible ejecutar el objeto social acorde a lo dispuesto por el legislador. En ese orden sumado a la sucesiva vinculación de contratistas de prestación de servicios personales, profesionales de la salud que ostensiblemente se encuentran estrechamente relacionadas con el objeto social, simultáneo a la forma como se ejecuta y presta el servicio, es decir las 24 horas de los 365 días del año, contexto en el que concurren los elementos del contrato de trabajo contenidos en el código sustantivo del trabajo, es decir la continuada subordinación, remuneración y prestación personal.

En ese sentido y teniendo que las actividades que se desarrollan en virtud a la ejecución de un contrato de prestación de servicios personales, se encuentra en las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar que el de los trabajadores de planta, es decir las mismas actividades, en los mismos horarios, con los mismos dispositivos o elementos de trabajo, diferenciándose solamente en la forma de vinculación, es decir que mientras uno es contratista de prestación de servicios el otro es empleado público.

En virtud a la premisa de que el reconocimiento de la relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, toda vez que dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado (C 555), en las Empresas Sociales del Estado en el contexto de la jurisprudencia, se encuentra bajo el reconocimiento de la existencia del funcionario de hecho subyace su existencia en la declara la existencia vinculo laboral realidad. al reconocer una relación laboral, en virtud al principio mínimo del trabajo de la primacía de la realidad (Art. 53 C.N.) junto con el derecho a la se encuentran (Art. 13 C.N.) En ese contexto se configura la existencia de dicho funcionario.

En esa plataforma jurisprudencial, se encienden de manera incontrovertible, en los pronunciamiento del Consejo de Estado, en el contexto de aplicación directa de la constitución a través del principio mínimo del trabajo, de la primacía de a realidad sobre las formas establecidas por lo sujetos, en concurso con los elementos del contrato de trabajo con lo cual se desvirtúa el contrato de prestación de servicios suscrito. Específicamente en los perfiles de médicos especialistas, Enfermera (jefes y auxiliares), bacterióloga, odontólogo, Fisioterapeuta, Terapeuta Respiratorio, Auxiliar en Epidemiología y Cajero.

El Consejo de Estado al declarar el vínculo laboral realdad, parte de la aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en cuanto a que una médico especialista, desarrollo sus actividades en la prestación del servicio público de salud en el Hospital Engativá II Nivel, E.S.E de manera subordinada, por cuatro (4) años en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades, consecuencialmente, solamente le reconoce las prestaciones sociales, a título de reparación del daño (proceso de María Stella Lancheros Torres v. Hospital de Engativá, Consejo de Estado colombiano, 2011, p.18).

En ese orden, se reconoce una relación dependiente o subordinada entre la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento y una bacterióloga que fue vinculada, por tres años, mediante contratos de prestación de servicios, para el desarrollo de actividades propias de esta profesión, que por su naturaleza se encuentran estrechamente relacionadas con el objeto social para el cual se creó dicha entidad, es decir, la prestación de servicios de salud. Por lo cual, se concede el pago de los salarios y prestaciones igual a los percibidos por servidores de planta que desempeñaban las mismas funciones (proceso de Gladys Ceballos Palacio v. E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, Consejo de Estado Colombiano, 2013, p.23).

El Consejo de Estado Colombiano, confirma declaración de un vínculo laboral igual o similar al de quienes desempeñan las mismas funciones en la planta de personal en la Empresa Social del Estado Nuestra Señora del Carmen, por cuanto, esta entidad vinculó por un año a una fisioterapeuta y coordinadora de salud ocupacional, mediante un contrato de prestación de servicios. Por lo cual reconoció, solamente, el pago de las prestaciones sociales (2014, p.16) Empresa social del estado nuestra señora de Carmen.

Se reconoce vínculo laboral realidad a Médico Especialista en Oftalmología, quien fue vinculado por cinco años mediante sucesivos contratos de prestación de servicios, para el desarrollo de actividades propias de su profesión a la E.S.E. Francisco de Paula Santander, es decir las actividades que desarrolla este perfil, no corresponden al proceso de acciones extrañas del quehacer cotidiano, esporádico o transitorio de la entidad, sino que presenta el criterio funcional de la entidad y por ende permanente, en virtud a la axiología entre estas y el cumplimiento del objeto constitucional, legal y reglamentario para la cual se crearon las Empresas Social del Estado, es decir la prestación de servicios de Salud, luego la función contratada se encuentra dentro de ese universo de funciones que debe adelantar la entidad pública (p.19). Por lo cual se declara la protección por cuanto medio la subrepticia relación laboral, consecuencialmente en virtud al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y derecho a la igualdad (Art. (s) 53 y 13 C.N.). Solamente le confiere el derecho a recibir las mismas prestaciones sociales que percibían los empleados públicos de planta de esta entidad (2015, p.20) (Samunel rueda Hernandez v. E.S.E Francisco de Paula Santander en Liquidación, 2015).

Así mismo en cuanto a los elementos de la autonomía técnica/científica e independencia, reconoció que son diáfnas y limitadas, en cuanto a que la atención médica, se despliega en un espacio, logística y horario impuesto, desarrollando actividades en uso de las dependencias y herramientas de la institución hospitalaria, siguiendo parámetros y estándares establecidos por la entidad, así como atendiendo turnos o agendas definidas por

la entidad (2015, p.20) (Samuel rueda Hernandez v. E.S.E Francisco de Paula Santander en Liquidación, 2015).

En cuanto a Médico Especialista Ginecobotetra, en proceso, quien suscribió 29 contratos de prestación de servicios en el lapso de cinco (5) años, por lo cual se configuro la relación laboral, en virtud a que el servicio se prestó de manera personal y se percibió una remuneración. Así mismo por cuanto la actividad desarrollada, está sujeta a supervisión, al cumplimiento de programación establecida para la atención en los diferentes servicios que presta la entidad, es decir, urgencias, observación, consulta, cirugía entre otras, lo cual configura ostensiblemente la subordinación inmersa en el deber de seguir las pautas y horarios fijados en las mismas condiciones de otros médicos de planta (2015, p. 22) (Antonio Jose Gomez Serrano v. E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación, 2015, p. 22).

En cuanto a Médico Especialista en Neurocirugía, se configura la declaratoria del vínculo laboral realidad a partir de los elementos de la prestación personal del servicio, remuneración y la subordinación, la cual se configura en virtud a las actividades que se desarrollaron atendiendo urgencias, consulta externa conforme a la agenda definida mensual, hospitalización y cirugía, de acuerdo con los turnos asignados, y demás delineamientos consagrados por el Coordinador del Servicio de Neurocirugía, en cuanto las labores a desarrollar así mismo por cuanto en otros factores se encuentra en las mismas circunstancias fácticas de otros funcionarios, por ultimo por cuanto la Institución Asistencial le suministraba los elementos necesarios para el desarrollo de su labor o procedimientos (p.19). (William Cortes Lozano v. E.S.E. Luis Carlos Galan Sarmiento., 2013, p. 19)

Jefe de Enfermería, quien se vinculó mediante el contrato de prestación de servicios, por lo cual, para declarar el vínculo laboral realidad, el Consejo de Estado Colombiano encontró que este perfil, subyace de la naturaleza de sus funciones, las cuales conllevan a la ausencia de una autonomía, por cuanto las actividades propias de dicha profesión, no se pueden suspender, sino por justa causa. Es decir, si se suspende, a manera de ejemplo, el suministro de medicamentos y vigilancia de los pacientes, estos, lleva poner en riesgo la prestación del servicio de salud, como derecho fundamental a cargo del estado. Así mismo, debido a que el servicio es institucionalizado, se deba sujetar al orden de la entidad, lo cual significa que dicho perfil no puede elegir el lugar donde presta los servicios, como tampoco el horario, por cuanto este es condicionado por el de las demás enfermeras (2010, p.24) (Maria Amelia Arboleda Ocampo v. Hospital de Engativa E.S.E., 2010, p. 24)

Bacteriólogo, vinculado por más de dos (2) años mediante contratos de prestación de servicios, al respecto el Consejo de Estado afirma que las obligaciones y funciones inherentes dicha profesión, están relacionadas con las funciones para las cuales se contrata, luego corresponden a labores que por su misma naturaleza, se encuentran estrechamente relacionadas con el objeto consagrado en el Estatuto Interno de la Empresa Social del Estado, es decir la prestación de servicios de salud (2013, p.23). (Gladys Ceballos Palacios v. E.S. E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación 2013)

Odontólogo, se encuentra que las actividades que se generan del contrato de prestación de servicios son inherentes a la profesión, satisfacen las necesidades propias del giro ordinario de la entidad, lo cual constituye que la labor contratada corresponde al criterio de permanencia, en virtud a que está sujeto a protocolos de manejo del servicio en igualdad de condiciones que los demás funcionarios de planta de la entidad, por lo cual se configura la subordinación respecto de la Institución. Así mismo cuando es sujeto de órdenes de un Coordinador y, así como el horario es el mismo para los demás empleados de la planta del personal. Por último, teniendo en cuenta la continuidad, en la medida en que el contrato permaneció por más de dos (2) años (p. 19) (Alejandro Gómez Rodríguez v. Hospital San Fernando de Amaga E.S.E., 2013,)

Fisioterapeuta, Por las características propias de este tipo de actividad, obliga a que el sujeto se encuentre en plan de capacitación, instrucciones, jornada de trabajo, programación de jornadas y asesorías en la prevención de enfermedades profesionales y, en general, a unas actividades prefijadas a un plan de apoyo y asesoría para la vigencia del programa de salud ocupacional, acorde con el plan de Gestión en esa área establecido por la entidad, lo cual configura el elemento de la subordinación (p.15). Por otro lado, que cumple con labores ordinarias al servicio de salud, sigue directrices, está bajo supervisión y cumplimiento de horario de trabajo, lo que configura la continua subordinación ejercida por el Gerente y otros directivos del Hospital, por cuanto se ejecutan en cumplimiento de instituciones oficiales y órdenes directivas de la misma.

Terapeuta Profesional, las actividades corresponden al nivel asistencial, se realiza de conformidad con las orientaciones emanadas de un superior, es decir médicos tratantes, se deben observar determinados métodos en la realización de las labores, así lo permite apreciar el proceso de (Johana Marcela Cardozo Osuna v. E.S.E. Policarpa Salavarrieta., 2010) que simultáneamente anota que la naturaleza de la actividad requiere permanencia en la institución, así como se evidencia que el cumplimiento de las funciones se derivan de obligaciones plasmadas en el contrato suscrito(p. 9).

Tecnólogo en Terapia Respiratoria, en proceso(Liliana Puerto Casas v. E.S.E Luis Carlos Vargas Rincón., 2013), se evidencia que se desarrollan actividades que propias de las funciones asignadas a la entidad, el objetivo es brindar apoyo en el área de Terapia Respiratoria dentro del giro ordinario de la E.S.E., así mismo si se cumplen funciones que se puedan desempeñar por personal de planta, que no sean temporales, que haya de ausencia de autonomía e independencia bajo continuadas instrucciones que se impartan, y el cumplimiento de horario, lo que significa dependencia y subordinación (p.39).

Auxiliar de Enfermería, asegura el Consejo de Estado Colombiano que del empleo mismo se deduce la falta de libertad para llevar a cabo las funciones de lo cual se deriva subordinación, prestación personal y remuneración. En proceso (Marina Pedraza Rivera v. Hospital Departamental de Villavicencio. E.S.E., 2015), se afirma que las funciones suscritas en los diferentes contratos de prestación de servicios para tal fin, requiere permanencia en las instalaciones, lo que en síntesis refleja la subordinación y dependencia en la labor y otro lado el cargo, pertenece a labores propias de las funciones asignadas a la entidad, toda vez que el objetivo es brindar apoyo dentro del giro ordinario (p.11).

Auxiliar de Epidemiología, que suscribió sesenta y un 61 contratos de prestación de servicios durante el periodo del año 2008 al 2012, en proceso (Victor Manuel Peñaloza Villamizar. v. E.S.E. San Vicente de Arauca., 2016, p. 10) donde se declaró un contrato realidad, bajo la configuración de los elementos de una relación laborales decir el cumplimiento de un horario, continuidad durante cuatro años, ordenes de la jefatura de Epidemiología del Hospital San Vicente de Arauca, y la realización de funciones de un cargo propio de la planta de personal de la entidad, lo que evidencia la subordinación (2016, p. 10).

Cajera, en proceso (Ximena Penela Perez v. Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E., 2010) se configura la relación laboral teniendo se cuenta la naturaleza de las funciones, es decir a las actividades administrativas, auxiliares u operativas, son consustanciales que indican los elementos de subordinación y dependencia, de esta manera se pueden ver en las cláusulas que se derivan de los contratos de prestación de servicios que se suscriben, en tanto que indican capacidad dispositiva del contratante sobre la labor, lo que configura ausencia de autonomía e independencia; en el mismo sentido el hecho de rendir informes diariamente respecto de dineros que se recauden, evidencian condiciones que indican que la actividad debe estar sometida a orientaciones de un superior. Lo anterior, simultaneo al cumplimiento de un horario, registrado a través de cronogramas de turnos que se establecen, de donde surge la necesidad de presencia del contratista en el Hospital (p.14).

De todo lo anterior se observó como mínimo común denominador que los contratistas demandantes ya no estaban vinculados a las Empresas Sociales del Estado, bien sea producto de una reestructuración, liquidación o decisión discrecional del contratante, lo cierto es que ya no tenían vínculo contractual vigente. En cuanto a las pretensiones, a todas se les declaró un daño reparable a título de inmunización, es decir al pago de prestaciones sociales dejadas de percibir. Ahora bien, en cuanto a otra clase de pretensiones, en todos los casos fueron negadas, en virtud al límite se deriva de los artículo 122 y 125 de la Constitución política de 1991. La aplicación del principio de realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, cuando es declarado por la prestación real del trabajo al estado, debe dejar incólume las formalidades sustanciales del derecho público, significando con ello, los requisitos constitucionales y legales para acceder a la función pública, ilustrado en el nombramiento y la posesión. Es de decir, estos no se pueden eludir. (Demanda de Inconstitucionalidad de David Guillermo Zafra v. el artículo 6 (parcial) y 16 (parcial) de la Ley 60 de 1993, 1994, p. 1).

En síntesis de expuesto se observa que a pesar de encontrarse frente a supuestos de hecho asimilables, la jurisprudencia de máximo tribunal de lo contencioso administrativo, confiere efectos exclusivamente de contenido patrimonial. Empero no materializa de manera plena el precepto del derecho constitucional a la igualdad, a pesar de ser probada la relación fáctica de igualdad durante el proceso declarativo. Lo que significa que desde el punto de vista sustancial, es decir que ejercer un empleo público, por vinculación anormal, atípica, que no correspondía a la voluntad del legislador de 1991, limita la aplicación de principios constitucionales, es decir, margina de los efectos el reintegro y la estabilidad.

Así mismo la anuencia de la administración, así se evidencia de los actos administrativos bilaterales (los que resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración y los

particulares a la administración) es decir los contratos de prestación de servicios (Para Libardo Rodríguez), se han creado situaciones jurídicas concretas y contrarias al ordenamiento jurídico, toda vez, que estas entidades con la finalidad de ejecutar el objeto social para el cual fueron creadas, proveen de manera directa los cargos, permitiendo el ingreso de personas naturales de manera discrecional, subjetiva, directa, atípica, anormal, al margen de la voluntad de la constitución y la ley. Disfrazando, escondiendo, desdibujando una realidad normativa de carácter procesal para acceder al ejercicio del empleo público. Lo cual produce unos efectos colaterales y desastrosos tanto para la administración como para el contratista, quien es sujeto constitucionalmente protegido. Así se evidencia en nutrida jurisprudencia Colombiana, a través de la aplicación directa de la constitución por medio del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas que gesta la teoría del vínculo (contrato) laboral realidad.

en ese mismo orden, se encuentra que se suplieron necesidades del giro ordinario de la entidad, para lo cual se encuentra que estas necesidades de la administración pública no se refieren a otra cosa que a la atención permanente de necesidades colectivas mediante la prestación de un servicio público, bajo las siguientes prerrogativas:

(...) la persona que trabaja en ejercicio de esas funciones dirigidas a satisfacer necesidades colectivas debe tener una contraprestación, la cual consiste en un salario y en unas prestaciones sociales, pero también debe gozar de otros derechos y garantías que en buena parte buscan el mejoramiento de sus servicios y el buen funcionamiento de la administración pública; como la capacitación, la carrera administrativa, con sus derechos anexos de estabilidad y ascenso" (págs. 398 a 404) T 457 DE 1992.

Por último es de señalar que se observa que la actuación ilegal de la administración con el fallo que reconoce la realidad, queda incólume, dado el suave efecto que otorga.

2.1.3- EL FUNCIONARIO DE HECHO EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA

Dado el mandato legislativo respecto a las Empresas Sociales del Estado, para crear los cargos en la planta acorde las necesidades, de tal forma que la planta de personal se constituya mediante empleados públicos y trabajadores oficiales, frente a lo cual, la administración decide de manera unilateral utilizar otros ordenamiento legislativo, para satisfacer las mencionadas necesidades de carácter permanente, es decir, mediante el contrato de prestación de servicios. El cual es desvirtuado con la declaratoria del vínculo laboral realidad.

El mencionado contexto en concurrencia de sujetos contractuales gestantes, personas en condición de discapacidad, calamidad doméstica, precarias condiciones de salud, aforados sindicales, madres cabeza de familia, adultos mayores, quienes se encuentran bajo protección constitucional especial, acorde al mandato del artículo 13 de la constitución Política de 1991, se establece protección especial para quienes por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y sanción a los abusos o maltratos que contra ellos que cometan, promoviendo las condiciones necesarias

para que la igualdad sea real y efectiva (Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo, 16). 040.

En cuanto al reintegro en el contrato de prestación de servicios no hay titularidad del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, debe demostrar la existencia de una relación laboral encubierta. Teniendo en cuenta que la declaratoria del vínculo laboral realidad que desvirtúa un contrato de prestación de servicios y simultáneamente otorga el goce de algunos derechos a ese nuevo sujeto contractual, consolidada jurisprudencia señala que frente al funcionario de hecho no opera la estabilidad laboral o el reintegro, por cuanto para ocupar un empleo público se requiere del cumplimiento de unos requisitos constitucionales y legales así, como en consideración a que el solo hecho de trabajar para el estado no le confiere ese estatus. En este sentido en este acápite se recapitula, la aplicación de estos dos principios, en cuanto a sujetos de especial protección constitucional, frente a lo cual ha resultado más flexible y avanzada en términos de protección de derechos. (Ingrid Lishet Vigoya Molina y otros v. Hospital de Usme I Nivel E.S.E., 2016, p. 2).

A contratista de prestación de servicios personales en estado de embarazo o en periodo de lactancia se clasifica dentro del grupo de especial protección constitucional por su evidente estado de debilidad manifiesta. Por lo tanto la protección se circunscribe en el fuero de maternidad, que comprende, el derecho de acceder a los servicios de salud, licencia remunerada, y el derecho de estabilidad laboral reforzada, lo que significa, a no ser despedida de su trabajo en razón de su embarazo, durante o cuando se encuentra disfrutando de la licencia. Para lo cual, el vencimiento del plazo pactado en el contrato, no es razón fehaciente para negar la renovación del convenio con esta mujer (Corte Constitucional Colombiana, 2012, p. 10).

A contratista de prestación de servicios personales gestante o lactante, que demuestre la existencia de un vínculo laboral realidad, se debe aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica, se encuentra que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Así mismo dicha protección se mantiene si subsiste la causa del contrato y no se demuestra la existencia de una justa causa (causal objetiva) para la culminación de éste. (Corte Constitucional, sala plena, M.P. Alexei Julio Estrada, expediente 2013, 2013).

Madre cabeza de familia en condición de discapacidad, En 2008 la corte constitucional Colombiana, señala que la protección material a la estabilidad laboral reforzada no depende del vínculo por el cual la persona logra ejercer una alternativa productiva, por lo cual considera que no se requiere demostrar un contrato realidad para declarar la protección, en aplicación directa de la constitución (Corte Constitucional, 2008 T-1210).

A contratista de prestación de servicios por condiciones de salud, para garantizar la vida digna y estabilidad laboral reforzada, ordena que se mantenga el vínculo hasta que la jurisdicción ordinaria se pronuncie. Debido a que encuentra en condición de debilidad manifiesta por las limitaciones físicas secundarias a una enfermedad que padecía, lo cual requería tratamiento permanente. Al encontrar que no le fue prorrogado el contrato de

prestación de servicios. Lo anterior se concede en virtud al principio de solidaridad y en congruencia a que la constitución no se debe interpretar únicamente de manera descriptiva, sino de mandatos prescriptivos y de aplicación inmediata, especialmente los artículos 13, 23, 29, 43, 44 entre otros. Para tal efecto:

Determina que sin importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad, todo trabajador en esta situación tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta. Por tanto, el empleador podrá únicamente mediante autorización del inspector de trabajo y por una justa causa objetiva desvincular al trabajador que presente una disminución física o psíquica en su organismo (Corte Constitucional, 2010, T-490).

A contratista a quien lo le fue prorrogado el contrato de prestación de servicios por haberse ausentado para cumplir una incapacidad laboral, la corte Constitucional ordena el reintegro. En esta jurisprudencia determino el alto tribunal constitucional que para decretar el esta protección constitucional de estabilidad laboral reforzada y mínima vital y móvil, de ahí en adelante, se requería estudiar si en la controversia se encuentra involucrada un contrato de prestación de servicios que esconda una relación laboral. por lo cual es de anotar que aplico un cambio jurisprudencial, dado que anteriormente no se requería declarar el contrato realidad para lograr la materialización de este principio constitucional (Corte Constitucional 2011) T-292.

A adulto mayor, contratista de prestación de servicios personales de 78 años, se declara protección constitucional al principio de estabilidad laboral reforzada, quien por razones de salud no le siguieron confiriendo prorrogas a los contratos de prestación de servicios que venía suscribiendo con un hospital. El alto tribunal, califica el asunto dentro de los parámetros de protección a persona por condición de debilidad manifiesta en la medida en que esta persona había superado el umbral de 65 años de retiro forzoso, en consideración a su estado de salud y por no contar con el permiso de la oficina de trabajo. Por lo cual adicionalmente manifiesta la ineficacia a la terminación del vínculo contractual, ordena el pago de honorarios de dejados de percibir y acompañamiento hasta que el AFP realice el estudio pertinente respecto a su situación pensional (T-988 de 2012).

A persona en condición de discapacidad, la Sala Séptima de Revisión de la corte constitucional, determino que se debió decretar la protección constitucional a la estabilidad laboral, debido a que se encontraba dentro de los supuestos facticos del vínculo laboral realidad, de una persona a la que la Empresa Social del Estado, decidió suspender la suscripción de contratos de prestación de servicios personales T-761A de 2013).

Por condiciones de salud, no se concedió continuar con las prórrogas del contrato de prestación de servicios, declaro protección constitucional de estabilidad laboral reforzada a una persona a quien no se le había continuado prorrogando el contrato de prestación de servicios por su condición de salud, la corte afirmo que a pesar de no haber encontrado dentro del acervo probatorio los elementos de la relación laboral, la entidad contratante no demostró causal objetiva ni autorización del Ministerio de trabajo para desvincular a una persona de protección constitucional por su estado de debilidad manifiesta en la que se encontraba (En 2016, (040).

Nunca ha sido negada la protección constitucional a la estabilidad laboral reforzada con el único argumento de tratarse de esa naturaleza contractual. Según la corte Constitucional, en este contexto se puede declarar por dos vías, bien aplicando directamente la constitución cuando se avizora un perjuicio irremediable o en evidencia una relación laboral (040-16). En salvamento de voto el magistrado Mauricio González Cuervo, expreso que en ese caso procedía la declaratoria de la protección, en virtud a que la función del juez de tutela invade la competencia al determinar la existencia de un contrato realidad, luego la protección a la estabilidad reforzada de personas en condición de debilidad manifiesta procede sin importar el tipo de relación contractual (29 040 2016).

En suma, para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentran tres (3) reglas para materializar el principio constitucional de estabilidad laboral reforzada a las personas de especial protección constitucional, en el contexto solicitudes respecto al contrato de prestación de servicios, las cuales se sintetizan así:

1. Se aplica a todas las alternativas productivas, de lo cual se afirma que no es necesario declarar un contrato realidad, solo debe demostrarse la discriminación, para declarar su protección.
2. Requiere declarar el contrato realidad para materializar su protección, con la finalidad de ordenar reintegro y pago de indemnización. Es decir esa protección solo se confiere en vida de un contrato laboral, no de prestación de servicios.
3. En el evento en el que no se encuentren los elementos del contrato realidad, el juez de tutela, debe evaluar la discriminación, con la finalidad de aplicar directamente el principio constitucional. (Gilberto Navarro Montoya v. Nutriavícola S.A., 2016, p. 1).

En suma, la protección a las personas que se encuentren dentro de las circunstancia de debilidad manifiesta, es más fuerte, dada su condición, es decir se les concede reintegro, estabilidad en el empleo, entre otras.

2.1.4- DISTORSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL FUNCIONARIO DE HECHO

A partir de la configuración que se deriva del mandato legislativo, el cual no es susceptible de acuerdos privados, es de orden público y obligatorio cumplimiento, es decir lo establecido en el numeral quinto (5) del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 que establece que el régimen jurídico de las Empresas sociales del Estado, integradas al Sistema Nacional de Salud (Ley 10 de 1990), se construye por personas vinculadas con el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990 C 432 (1994, p.), En ese orden, a la luz de los artículos 122 y 125 de la constitución de 1991, las tres formas de vinculación con el estado, son los empleados públicos (relación legal y reglamentaria), los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y los contratistas de prestación de servicios Magda Viviana Garrido Pinzón Vs. Unidad Administrativa de salud de Arauca (2016, p. 2).

Así mismo, para ostentar la calidad de empleado público, es necesario que el empleo se encuentre contemplado en la planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente y, cumplir los presupuestos de nombramiento y posesión, a la luz de 122 constitucional. Por lo cual, la declaratoria de una relación laboral que desvirtúa el formalismo de un contrato de prestación de servicios, solo tiene efectos reparatorios. No tiene otros efectos, “(...) no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos constitucionales Elkin Hernández Abreo Vs. Autoridades Nacionales (2014. P.32), para lo cual, es necesario participar en un concurso público de méritos.

En aplicación del principio de igualdad, a título de restablecimiento del derecho se ordena el pago de las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la Entidad que desempeñaban similar labor, proporcionalmente al tiempo laborado, tomando como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para éstos (Consejo de estado, Aranguren Gómez, Gustavo, 2010, p. 31).

A médico general, contratista de prestación de servicios por tres (3) años en la Empresa Social del Estado Metro Salud, en reconocimiento al derecho a la igualdad, dado que declara el contrato realidad en virtud a que las funciones desarrolladas son similares a las que corresponden a un cargo existente en la planta de personal de la entidad, reconocimiento simbólico debido a las consecuencias que confiere, es decir, desconfiguran la relación laboral que declara, por cuanto, solamente le confiere el pago de prestaciones sociales, solo se tiene como referente los mismos emolumentos que perciben estos servidores públicos de la entidad para ese efecto. Por cuanto no hay lugar al reconocimiento y pago de indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público, surge cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías como se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995, considera que no se incumplió por cuanto la prestación “tan solo vino a reconocer mediante este presente pronunciamiento, dado el que es constitutiva del derecho” (Consejo de Estado Colombiano, M.P. Gerardo Arenas Aria, 2014, p.42).

Es de anotar, que la decadencia parte de la declaración de una relación laboral sin plenos efectos, es decir sin reconocimiento al goce integral de los derechos que se derivan de los principios mínimos constitucionales del trabajo, como estabilidad o favorabilidad (Art. 53 C.N.), los cuales se ocultan mediante la premisa de que la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de emplead pública, toda vez que esa calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado (2011, p. 17) (proceso de María Stella Lancheros Torres v. Hospital de Engativá II Nivel E.S.E.

Posición con la cual se lesiona la garantía del derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (Art. 229 C.N.), dado que la protección que se deriva del vínculo laboral realidad solamente confiere el pago de las prestaciones sociales, cercenando los principios mínimos constitucionales del trabajo como la estabilidad en el empleo y favorabilidad, con lo cual suprime la posibilidad de reclamar una relación laboral digna y justa frente a hechos consolidados bajo los elementos del contrato de laboral. lo anterior, por cuanto hace que la medida sea inoperante para el contratista con vinculo vigente quien se encuentra en esas circunstancias desde hace muchos años, en la medida en que si acude a

solicitar una relación justa, se convierte en desempleado con un pobre reconocimiento económico por el pago de dichas prestaciones. Máxime teniendo en cuenta que las adiciones y prorrogas que técnicamente se derivan de la necesidad de la entidad que atiende a estudios de planeación, pero son una decisión discrecional de la Empresa, no constituyen un derecho. Por lo cual, el imperativo constitucional y convencional de la estabilidad en el empleo, reintegro, favorabilidad entre otros, se borran con esta jurisprudencia, es decir se deroga la posibilidad de permanecer en el empleo a este funcionario que cargo que ha ejercido por años, y tampoco existe el principio de la favorabilidad. En virtud a que el cargo no existe en la parte formal de la empresa, así como no se cumplieron con los trámites procesales para acceder.

En síntesis que se deriva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio de estabilidad en el empleo implica que el trabajador no puede ser removido del puesto de trabajo o cargo que desempeña a menos que se presente alguna de las causales establecidas en la ley para que esto ocurra. Este principio se erige en factor primordial de protección para todos los trabajadores y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se traduce también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado. Así mismo, que si a la fecha de expiración del plazo subsisten las causas que dieron origen a la contratación habiendo el trabajador cumplido satisfactoriamente con sus obligaciones, este tiene derecho a que se le renueve el contrato de trabajo por un término equivalente. Es decir, para que la decisión de no renovar el contrato de trabajo a término fijo se refute legítima y justa, esta debe responder a la existencia de una condición objetiva, bien porque las causas que originaron la contratación del empleado desaparecieron, o bien porque no fue suficiente su rendimiento laboral (1995) C-588

2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

El preámbulo de la Constitución de 1991, con fuerza vinculante, se compromete en virtud a la nueva connotación de Estado Social de Derecho, de asegurar el trabajo, la justicia y la igualdad en un marco jurídico democrático y participativo, que garantice el orden económico y social justo. En virtud a que se fundó en el respeto a la dignidad y al trabajo (Art.1 C.N.), con el fin esencial de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución (Art. 2 C.N.). En esa dimensión el trabajo es un derecho y una obligación social que goza, en todas las modalidades de la especial protección del Estado y, se garantiza a persona el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas (Art. 25 C.N.).

El texto constitucional establece que “(...) los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna; La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Art. 53 C.N.). Estos ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno; Así como “los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)” (Art. 93 C.N.) y, la enunciación de los derechos y garantías

contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (Art. 94 C.N.).

En el orden de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, señala que los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República que reconocen derechos humanos, se integran a la constitución, por remisión de los artículos señalados, de manera que los dos conjuntos de normas se fusionan y forman en un bloque de constitucionalidad. Anotando que son normas y principios del mismo valor de la carta, que sin aparecer formalmente en el articulado constitucional, son utilizados como parámetros de control Constitucional (Corte Constitucional, 1995 p.1).

En ese orden de ideas y expuesto el planteamiento de problema entorno a la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al alcance de los efectos del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, en el contexto del ejercicio del empleo público de hecho, mediante anuencia de la Empresa Social del Estado. Por lo cual otorga una protección parcial al trabajador de prestación de servicios al Estado, bajo el argumento de que por el hecho de trabajar para el estado, no lo convierte en empleado público, por lo cual solo le concede un reconocimiento de contenido económico por el pago de prestaciones sociales, actuación con la que cercena automáticamente los efectos de los otros principios de rango iusfundamental como es el principio de la estabilidad en el empleo, favorabilidad e irrenunciabilidad. Para el análisis integral el mencionado contexto, se hace necesario abordar los instrumentos internacionales, específicamente en lo que concierne a la igualdad ante la ley, el derecho al trabajo, estabilidad en el empleo y algunas normas orientadoras del derecho internacional.

2.2.1.- EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En primer lugar es de tener en cuenta el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, se encuentra la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, la cual señala que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales, solo pueden fundarse en la utilidad común (Art. 1)”; En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros (Art. 1).

Por otro lado, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), establece prohibición a cualquier clase de discriminación y ordena igual protección a todas las personas:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Art. 26).

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), señala que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley (Art. 24)

El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el convenio internacional del trabajo número 111, aprobado por Colombia mediante la ley 22 de 1967 y ratificado en 1969, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En suma de acuerdo a los instrumentos internacionales abordados el derecho a la igualdad es un mandato universal que debe aplicarse en la mayor medida.

2.2.2. DERECHO AL TRABAJO EN EL AMBITO INTERNACIONAL

El derecho al trabajo es un principio fundante del Estado Social de derecho que tiene protección universal, así se desprende de los instrumentos internacionales que se abordan a continuación:

En primer contexto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en la Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, establece que:

Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de su trabajo y a la protección contra el desempleo, (...) igual salario por trabajo igual. A una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario por cualesquiera otros medios de protección social (...) (Art. 23).

Más adelante:

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas (Art. 24)

En segundo contexto, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en la Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde el 23 de marzo de 1976, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969. Este prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio, es decir busca que el trabajo sea libremente escogido y aceptado. Es de tener en cuenta que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone la obligación concreta al Estado de prohibir el trabajo no escogido libremente el (Art. 8).

En tercer contexto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de

1966, en vigencia desde el 3 de enero de 1976, ratificado por la Ley 74 de 1968 en Colombia, reconoce el derecho de toda persona a trabajar (...) (Art. 6), en condiciones dignas y satisfactorias; remuneración digna, seguridad e higiene en el trabajo, igual oportunidad de promoción en el trabajo y descanso (Art. 7). Es de tener en cuenta que el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. el cual debe entenderse como un medio para ganarse ese nivel adecuado de vida y no como un medio para alcanzar un nivel de vida adecuado, puesto que dicho nivel está garantizado por sí solo como derecho humano.

Dentro de los Instrumentos del Sistema Regional de Carácter General, en el marco de los estados americanos se encuentra el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica y el Protocolo Adicional a la mencionada convención, denominada generalmente Protocolo de San Salvador. A continuación se señalan el alcance y desarrollo que cada uno de dichos instrumentos internacionales ha dado al derecho al trabajo.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948, contempla el derecho al trabajo y a una remuneración justa que atienda a la capacidad y destreza del trabajador, y que le permita un nivel de vida conveniente para sí mismo y para su familia (Art. XIV); el derecho a la recreación, el descanso y el mejor aprovechamiento del tiempo libre (Art. XV) y así mismo establece el deber de toda persona de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, como medio que le permita obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad (capítulo segundo).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, se ratificó por Colombia el 28 de mayo de 1973. Establece que nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio (Art. 6).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigencia desde el 16 de noviembre de 1999, ratificado por Colombia el 23 de diciembre de 1997, establece el derecho de toda persona al trabajo y la garantía de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (Art(s) 6 y 7).

En cuanto a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) aprobados por Colombia, hacen parte de la legislación interna, de conformidad con el inciso 4 del artículo 53 de la constitución, algunos se integran el bloque de constitucionalidad, cuando cumplen con lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, es decir, respecto a tratados de derechos humanos intangibles, aprobados por el Congreso y cumplan con el procedimiento constitucional. Los cuales, son parámetros de control constitucional y sirven como referente

para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección al trabajador y el derecho al trabajo. (Corte Constitucional, 2014)

En ese orden, en cuanto a los que integran el bloque de constitucionalidad, deben ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurar que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la constitución y estos. Su aplicación debe ser directa, principal y debe incidir en la determinación del alcance de las normas legales que también sean aplicables, en sentido estricto prevalecen en el orden interno. Así mismo es de tener en cuenta que las relaciones internacionales se rigen por principios de derecho internacional (Art. 9 C.N.) C 401 d 2005), por último, esta Organización Internacional, emite convenios y recomendaciones, los primeros tienen carácter de obligatoriedad para los Estados y operan una vez entren en vigor subjetivo, las recomendaciones no poseen la fuerza vinculante, pero, constituyen guías de acción para los Estados en el ámbito laboral. (Corte Constitucional, 2005)

Dentro de los convenios de la O.I.T. indispensables para desarrollo de este tema, se encuentra ratificados por Colombia: el descanso semanal (industria) (C 014), 1921; las vacaciones pagadas («Convenio C052 - Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (número 52)», s. f.); la protección del salario («Convenio C095 - Convenio sobre la protección del salario, 1949 (número 95)», s. f.) y respecto a las relaciones de trabajo en la administración pública (Corte Constitucional, 1978).

Convenio sobre el descanso semanal (industria) (C 014), 1921, entro en vigencia el 19 de junio de 1923, adoptado en Ginebra en la tercera reunión CIT (17 de noviembre), establece que todo el personal empleado en cualquier empresa industrial pública o privada o en sus dependencias, deberá disfrutar en el curso de cada periodo, de siete días, de un descanso que comprenda como mínimo 24 horas consecutivas (Art. 2).

Convenio sobre las vacaciones pagadas (C 052, 1936) en vigencia desde el 22 septiembre 1939, adoptado en Ginebra en reunión 20, CIT (24 junio), Establece que toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos (Art.2).

Convenio sobre la protección del salario (C 095, 1949) vigente desde 24 septiembre 1952 adoptado por Ginebra en la 32 reunión CIT (01 julio), ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962, se aplica a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario, para tal efecto se debe efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, de conformidad con la legislación nacional.

Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (C 151, 1978), en vigencia desde el 25 febrero 1981, adoptado en Ginebra, en la reunión 64, CIT (27 junio) sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, de manera expresa establece, la obligación de aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del

trabajo. Así mismo, respecto a las condiciones de empleo, incluye la obligación de negociar y permitir la participación en esa determinación:

Deberá adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones (Art. 7)

En suma, la garantía internación del derecho al trabajo se constituye a partir de la protección de ciertas las prerrogativas, que permite que se desarrolle en condiciones dignas y justas, es decir se debe conceder las vacaciones, el descanso entre otras. Así mismo, también se encuentra la estabilidad en el empleo, por lo cual a continuación se abordara dicho principio mínimo del trabajo.

2.2.3. LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Teniendo en cuenta que en el derecho interno el vínculo laboral realidad lesiona el mandato constitucional a la estabilidad en el empleo, en virtud a que en el ejercicio del empleo público de hecho y no de derecho, no se puede conferir, debido al alcance que señala la corte Constitucional del principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Señalando como barrera infranqueable las formalidades sustanciales del derecho público, las cuales resultan impermeables a los derechos de los trabajadores de prestación de servicios al Estado, debido a la vinculación directa en este contexto. Bajo esos fundamentos, en acápite se abordan los postulados internacionales que se ordenan la estabilidad en el empleo. Específicamente: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, El Protocolo del Salvador al Convenio Americano Sobre Derechos Humanos, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de la OEA, el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea

En primer lugar se encuentra, La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948), que señala, toda persona tiene derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo (...) (Art. 23).

En segundo lugar, el Protocolo del Salvador al Convenio Americano Sobre Derechos Humanos (1988), aprobado por el Congreso a través de la ley 319 de 1996, que establece que los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales:

(...) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional (Art. 7 No. d).

En tercer lugar, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de la OEA (1947), La ley garantizara la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de industrias y profesiones y las justas causas de separación. Cuando el despido justificado surta efecto, el trabajador tendrá derecho a una indemnización (Art19). Así mismo señala que los empleados públicos tienen derecho a ser amparados en la carrera administrativa, de modo que se les garantice, mientras cumplan sus deberes, la permanencia en el empleo, al derecho al ascenso y a los beneficios de la seguridad social (...) (Art. 24). (T 503-15)

Es de anotar que en el caso europeo, el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea compromete a los Estados Partes a reconocer el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin ningún tipo de discriminaciones, por lo que ordena tomar las medidas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos en el acceso al empleo y reinserción profesional (Art. 1 inciso a).

A pesar de que las recomendaciones no son instrumentos que obliguen a los Estados por cuanto no tienen el carácter de convenios o tratados ratificados por el Congreso, así como tampoco se sometieron a procedimiento constitucional. Tienen un valor normativo, el cual se funda en el carácter de directrices que pueden orientar la política y las acciones nacionales, SU 555 de 2014, es el caso del convenio C 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, por iniciativa del empleador, el cual no se ratificó en Colombia, por eso tiene tal connotación, junto con la recomendación 166.

En ese mismo orden se encuentra el Convenio C 0 94, adoptado en Ginebra en la reunión 32 de 1949, en vigencia desde el 20 de septiembre de 1952 y la recomendación número. 84, lo cuales se fundamentan en el objetivo de impedir que las autoridades públicas celebren contratos que impliquen el empleo de trabajadores para la construcción de obras públicas, elaboración de bienes, o suministro de servicios en condiciones inferiores a un nivel aceptable de protección social y, además, para alentarlas a establecer niveles más elevados de protección a fin de que los gobiernos actúen como empleadores modelo. El objetivo del Convenio es la buena gobernanza, al referirse a la contratación pública socialmente responsable y requiere que los postores - contratistas se ajusten a los salarios y demás condiciones de trabajo predominantes en el ámbito local, determinados por la legislación o los convenios colectivos.

En síntesis, acorde con Canessa Montejo (s.f.), respecto a elementos que hacen parte integral de este derecho, es decir la protección contra el despido, o estabilidad en el empleo se encuentra en es un mandato establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos por un lado regionales. La cual se configura en las causas de justa separación, indemnización en los casos de despido injustificado, la readmisión en el empleo. Y, por el otro en el caso europeo, se encuentra en el compromiso de los Estado de garantizar el acceso al empleo, la protección contra el despido y reinserción profesional (s.f., p.1).

En suma, en armonía con los resultados de estudio de investigación del Defensor del Pueblo Colombiano, Pérez Ortiz, respecto al contenido y alcance del derecho individual al trabajo en el marco de la evaluación de la política pública desde la perspectiva de los

derechos humanos, se concluye que el derecho al trabajo es inherente a la dignidad humana, lo cual indica que es aquel que se realiza en condiciones propicias para garantizar la satisfacción más plena posible de todos los derechos, enunciados de manera exhaustiva en el derecho internacional de los derechos humanos. Lo cual implica que las obligaciones que tiene el Estado de proteger, involucra la aplicación de las garantías establecidas y la necesidad de adoptar otras, sean legislativas o provenientes de otras autoridades, con la finalidad de impedir que terceros interfieran o atenten contra este derecho. Es decir, regular el comportamiento de terceros independientemente del carácter que ostenten (públicos o privados), para evitar que estos, realicen actos relacionados con la denegación del acceso igual a un trabajo digno, lo que comprende el deber de ajustar la legislación nacional a las normas internacionales laborales y de derechos humanos (2005, p.92).

Así mismo, el horizonte a la protección integral al trabajo se encuentra en las directrices de instrumentos internacionales, entre los que se encuentran según la Comisión de Expertos de la Organización del Trabajo, en la seguridad en el empleo, es decir que no hay lugar a despidos por motivos discriminatorios, sino que se debe motivar por justas causas, es decir, por motivos relacionados con la conducta del trabajador, su capacidad o facultad de llevar a cabo sus funciones, o imperativos de gestión de la empresa (1996, párr. 106). Así mismo cabe señalar las medidas que establece la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) a través del Convenio 158 (de 1982) y la Recomendación 166, en vigor desde 1985, adoptado en Ginebra en la reunión 68 el 33 de junio, que si bien no fue ratificado por Colombia, no menoscaba su importancia para ilustrar el contenido de la protección contra el despido. En virtud a que contiene varias medidas de protección a la estabilidad en el empleo, dentro de las que se encuentran las causas justificadas; el derecho a recurrir contra decisiones injustificadas por la terminación de la relación de trabajo ante un organismo neutral; la indemnización para el despido injustificado y, por último la afiliación a un seguro de desempleo (lo cual es imposible en el contrato de prestación de servicios).

Por último es de señalar que evidentemente de los mandatos expuestos anteriormente, no se armonizan con la única fuente de derecho que configuro la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que en la actualidad se aplica frente a los hechos consolidados que se derivan del ejercicio de un empleo público de hecho, al cual se accedió por anuencia de la autoridad pública competente para permitirlo, concepción reconocida por la Corte Constitucional, como actuación ilegal de la entidad al falsear una relación laboral, frente a los precarios efectos que produce la declaratoria del vínculo laboral realidad, es decir constituye una barrera infranqueable para acceder a todos los elementos y principios mínimos iusfundamentales e internacionales de la relación laboral, entre ellos, la estabilidad en el empleo, favorabilidad entre otros, bajo el fundamento de que accedió sin observarse los requisitos establecidos para acceder al empleo público de iure.

2.3. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES -ECI-

De los condescendientes efectos que promueve este pronunciamiento jurisprudencial, frente a la actuación irregular de la entidad pública, es decir extremadamente flexible con la administración, al dejar incólume esta actuación ilegal, crea una puerta giratoria para que esta Empresa pueda acceder sin control o restricción efectiva, cada vez que disponga

utilizar a su arbitrio, esta figura contractual, con la finalidad de eximirse del cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho al trabajo en condiciones justas y dignas. Así mismo, legitima y estimula la utilización de esta forma de contratación, lo cual se evidencia ostensiblemente de la acción administrativa, dado que esta entidad ha convertido esta figura jurídica contractual, en la vía principal para lograr sus cometidos.

La Constitución admite que el sistema económico se funda parcialmente en una economía de mercado (Art. 333 C.N.), dentro del marco de la dirección del Estado (Art. 334 C.N.) y así mismo rechaza la existencia de una sociedad de mercado donde todas las relaciones sociales se encuentren sometidas a las dinámicas mercantiles, por cuanto las relaciones de trabajo no pueden estar sometidas únicamente a estas, dado que el trabajo es un valor fundante del ordenamiento, que goza de especial protección del Estado (Art(s). 1, 25 y 53), no es una simple mercancía que pueda estar sometida a las normas civiles y comerciales, por cuanto esa concepción es contraria a la prevalencia de la dignidad humana y de los derechos de las personas (Art(s). 1 y 5 C.N.). (2004, p.201), 038

El ordenamiento constitucional y legal colombiano, establece disposiciones que son de orden público, no son negociables o susceptibles de acuerdos privados sino de obligatorio cumplimiento y de vigencia inmediata. Tal es el caso de la regulación de relaciones que surgen entre el Estado y sus servidores, pensado para garantizar el orden justo y armonizar los derechos de la administración y de los administrados. Empero, dicho universo normativo, es excluido por la actuación ilegal de la administración de las Empresas Sociales del Estado, quienes con su actuar pauperizan el sistema, contrariando la voluntad del creador de la norma, mediante la vinculación trabajadores de prestación de servicios para el desarrollo de actividades de carácter permanente, con la finalidad de esconder relaciones laborales, con lo cual desnaturalizan el régimen contractual y es óbice para permitir que estos empleados del Estado puedan acceder al goce del mencionado mundo normativo. Aunado a lo anterior, en el ejercicio del acceso a la administración de justicia, escenario donde un juez de la república resuelve la justicia de la relación de facto que sobrevino entre dichos sujetos. Se encuentra frente a la jurisprudencia constitucional de la aplicación directa del principio iusfundamental de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, que limitó los efectos, en el contexto del ejercicio del empleo público de hecho. Es decir al declarar el vínculo laboral realidad solo produce efectos inter partes con un pobre reconocimiento económico por el pago de prestaciones sociales, bajo la premisa de que por el hecho de trabajar para el Estado no se convierte en empleado público, de lo cual se desprende la imposibilidad para acceder a la estabilidad en el empleo o al reintegro.

La descrita jurisprudencia ha servido de estimulante a la actuación irregular de la entidad, la cual se margina en este asunto de diligencia, agilidad y congruencia con fundamento en los principios que informan la función pública (Art. 209 C.N.), los cuales otorgan un margen de acción que constituyen la muralla contra la arbitrariedad. Lo cual se evidencia en el ascenso de las cifras estadísticas de vinculación de contratista de prestación de servicios en estas entidades, expuestas en esta investigación. Encontrando que dentro de las razones están los precarios efectos que produce la condena a la Empresa, es decir un fugaz

reconocimiento económico, que no constituye un sacrificio significativamente económico para la entidad, máxime cuando no todos estos contratistas realizan el ejercicio judicial. Por otro lado en la medida en que solo produce efectos inter partes, es decir no va más allá de recordar que es una actuación prohibida sin involucrar a otras entidades. Todo lo anterior se confabula, convalidando y legitimando la actuación irregular de la entidad, maximizando la brecha de vulneración de derechos fundamentales, al desconocer otros principios constitucionales fundamentales, que fueron cercenados y normas que fueron marginadas en la regulación la relación de trabajo. Con lo cual se creó un mundo marginado a los derechos fundamentales que se consolidaron entre un Estado que abolió la norma que debía regular esta relación y un particular que ejerció el encargo público con anuencia de la entidad, de buena fe y sin afectar el interés general.

2.3.1.- Concepto y alcance.

El Estado de cosas Inconstitucionales, es un mecanismo de protección objetiva a los derechos fundamentales, que se gestó en tribunales internacionales, en virtud al hallazgo situaciones de desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, actuando en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, 2015, p. 1)

En Colombia se adoptó por parte de la Corte Constitucional a partir del año 1997, el cual se declara por parte del máximo órgano guarda de la constitución, cuando se presenta repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas. Esta figura compromete a varias autoridades más allá de la tutelada, en virtud a que también se genera debido a factores estructurales, lo que coacciona a que estas personas pueden recurrir a la acción de tutela para obtener protección, que en consecuencia puede congestionar los despachos judiciales.

2.3.2.- FACTORES PARA DETERMINAR EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES EN COLOMBIA

Se concibe la existencia de siete (7) factores de valoración para la declaración del estado de cosas inconstitucional, que en suma se encuentran:

La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la

protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Corte Constitucional, 2004, p. 4).

Este estado, opera a partir de una providencia que así lo declara, la cual tiene efecto inter comunis, es decir, se involucra a otras autoridades competentes, a las cuales se les imparte órdenes y de las cuales se espera que se desplieguen las acciones encaminadas a conjurar la situación vulnerante. Lo anterior, atiende a preceptos constitucionales en cuanto a que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines (Art. 113C.N.)”.

2.3.3.- LOS DERECHOS QUE SE HAN PROTEGIDO A TRAVÉS DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES EN COLOMBIA

La orbita de protección para efectivizar el goce de los derechos fundamentales en declaración del Estado de cosas Inconstitucional en Colombia, son: La seguridad social en materia pensional y de salud; derechos humanos de los internos en los centros carcelarios y la población desplazada por el conflicto armado; La vida, integridad y seguridad personal de los defensores de derechos humanos en el contexto del conflicto armado y, al debido proceso, por no convocar al concurso público de ingreso a la carrera notarial (Corte Constitucional Colombiana, M.P. Luis Ernesto Vargas silva, sala novena de revisión, 2015, p. 2)

En ese sentido, en 1997, se declara el Estado de cosas inconstitucional, a partir de la actuación irregular de las autoridades del sistema educativo, debido al generalizado incumplimiento de la obligación de afiliar a los educadores de los municipios al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fundamentalmente por:

La ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración “completa” (prestaciones) a los docentes; la inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarle peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; Y, la concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial (Corte Constitucional, 1997, p. 40).

En una segunda oportunidad, en 1998, se declara el Estado de cosas inconstitucionales por la ineficiencia administrativa de Caja Nacional de Previsión, para resolver los derechos de petición de los jubilados, considerando que el principio de eficiencia de la función pública y el de efectividad de los derechos fundamentales son presupuestos que legitiman el Estado Social de Derecho. Luego el derecho a la seguridad social, especialmente de personas de la tercera edad, por su condición de debilidad manifiesta

requiere de atención oportuna y eficaz, por lo cual se deben resolver los derechos de petición de reconocimiento y reliquidación de las pensiones, considerando que:

La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan el logro de los objetivos y fines del Estado (...) (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1998, p. 4).

En ese orden, se declara el Estado de cosas inconstitucional, debido al incumplimiento por muchos años sin realizar el procedimiento correspondiente acorde a lo dispuesto en el inciso segundo (2) del artículo 131 de la Constitución política de 1991, al no haberse convocado a concurso para notarios en toda la República, los cuales se estaban ocupando por notarios en interinidad.

Es de anotar que este proceso se tuteló el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que se había desvinculado a un notario en interinidad atendiendo a razones subjetivas “represalias políticas”, lo cual se contextualizó en un acto administrativo sin motivación, requisito de validez para esta clase de pronunciamientos. Lo que según la corte, simultáneamente constituyó un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia. Así mismo teniendo en cuenta que el nombramiento se había realizado “mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso”, posteriormente se hizo el mismo nombramiento sin haber convocado a concurso para ingresar a la carrera, bajo el siguiente fundamento.

Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro (Sala Plena de la Corte Constitucional, 1998, p. 3).

En 2009, la Corte Constitucional, reconoció la reiteración de “la inobservancia sistemática e injustificada de este mandato superior contenido en el artículo 131 de la Carta, dio origen a la declaratoria en tres oportunidades del estado de cosas inconstitucional, mediante las sentencias SU-250 de 1998, T-1695 de 2000 y C-421 de 2006, un estado de cosas inconstitucional”. Para luego, señalar de nuevo se incurre en:

la inexistencia de razones materiales que amparen la dilación injustificada del nombramiento en propiedad como notarios de las personas que por su mérito se hicieron acreedoras a tal designación en estricto acatamiento del artículo 131 Superior, pues si bien el estado de cosas inconstitucional tuvo su origen en la renuencia a celebrar el concurso de méritos, lo cierto es que hoy a pesar de su

realización, no puede entenderse conjurada la situación hasta tanto la provisión absoluta de estos cargos se haga efectiva y se termine de una vez por todas con 18 años de interinidad en el ejercicio de la función fedante (Sala plena de la Corte Constitucional, 2009, p. 159) (p.159).

Por lo cual declaró la permanencia de un estado de cosas inconstitucional, respecto del ejercicio de la función pública notarial; por vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afectan un número significativo de personas que superaron válidamente el concurso de méritos para notarios; Ante imposibilidad de materializar la provisión de cargos de notarios a partir de los resultados del concurso de méritos; Ante la adopción de prácticas inconstitucionales como la incorporación de la acciones de tutela y, Por adopción por la Corte Constitucional de una posición unificada y coordinada que garantice de manera integral la eficacia del precepto constitucional y evite la vulneración masiva de derechos fundamentales de los concursantes para la provisión de notarías.

En 1998, se declara el estado de cosas inconstitucional en los centros penitenciarios colombianos, por flagrante violación a derechos fundamentales de los internos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, entre otros, debido al hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos, lo cual constituye un hecho de público conocimiento que exige una pronta solución.(Proceso de Manuel José Duque Arcila v. INPEC, 1998, p. 3)

En 2013, se declaró un nuevo estado de cosas inconstitucional por la situación de crisis estructural en los establecimientos carcelarios, debido a múltiples razones, en entre ellas: Los derechos de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada, principalmente por el hacinamiento y falta de salubridad al interior de estos; Incumplimiento prolongado de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad; La institucionalización de prácticas inconstitucionales; La falta de adopción por las autoridades competentes de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar efectivamente la vulneración de los derechos; En consideración a que las soluciones a los problemas compromete la intervención de varias entidades, que requiere un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un mayor esfuerzo presupuestal y por ultimo teniendo en cuenta que si todas las personas privadas de la libertad acudieran a la acción de tutela, se produciría una congestión judicial mayor a la existente (Corte Constitucional Colombiana, sala primera de revisión, M.P. María Victoria Calle Correa., 2013, p. 3).

(Sala Plena de la Corte Constitucional, 2000) declara el Estado de cosas inconstitucional, en razón a la vulneración sistemática de derechos, por omisión en el pago de pensiones en el Chocó. Esto por cuanto se encontró que el no desembolso de dicha obligación, se debía a que el Departamento afrontaba una grave crisis económica,

que le impedía cumplir. Y, luego, la acción de tutela, por la situación fiscal que atravesaba dicho departamento, no había logrado hacer cesar plenamente la vulneración de los derechos fundamentales de los pensionados.

En 2004, se declara el estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada de manera forzosa. Lo cual acaece principalmente por cinco razones que considera el alto tribunal constitucional: la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta esta población, lo cual en parte es causada por la omisión de las autoridades para adoptar los correctivos requeridos; El elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y su incremento; Los procesos acumulados en esta acción de tutela; La continuación de la vulneración de los derechos no es imputable a una única entidad; La vulneración de los derechos de los desplazados es causada por factores estructurales, aspecto que adquiere una gran importancia desde la óptica de la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y apreciando el problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente. (Corte Constitucional Colombiana, p.4). T 025

2.4.- LA JURISPRUDENCIA DEL VINCULO LABORAL REALIDAD DEJA INCOLUMBRE LA ACTUACION IRREGULAR DE LAS E.S.E. POR INBSERVAR LAS NORMAS Y EN SU LUGAR VINCULAR PERSONAL MEDIANTE EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS, DESCOCIENDO LA FUNCION PUBLICA Y EL DERECHO AL TRABAJO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Las Empresas Sociales del Estado, en materia de recursos humanos, se encuentran sometidas a la ley 100 (1993), donde se establece que todas las personas vinculadas a la empresa, deben conformar una planta de personal que esté integrada por empleados públicos o trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990 (numeral 5 del artículo 195 de la ley 100). (Congreso de la Republica, 1993)

El Estatuto Personal para la Reorganización del Sistema Nacional de Salud, la ley 10 (Congreso de la Republica, 1990) el marco regulatorio para tal fin, establece, la clasificación de los empleos bajo las siguientes disposiciones:

En la estructura administrativa de la Nación, de sus entidades territoriales o descentralizadas para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son de libre nombramiento y remoción:

Los empleos que corresponden a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas de asesoría. Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo: Son trabajadores Oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en las mismas instituciones (1990, Art.26).

El empleo público es el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y fines del Estado (Art. 1). El orden normativo de estos, se encuentra en el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales, ordenado por disposición de la ley 443 de 1998, hoy decreto 785 de 2005, regulado por disposiciones de la ley 909 de 2004 y reglamentado por el decreto 2484 de 2014, antiguo decreto 1569 de 1998. Dentro de los cuales se encuentra la clasificación de los empleos, por niveles, específicamente se refiere al directivo, asesor, profesional, técnico y asistencia; Dentro de los que se encuentran en el nivel profesional al Médico Especialista, Médico General, Enfermero, odontólogo, Bacteriólogo, terapeuta y en el asistencial al Auxiliar del área de salud, Auxiliar administrativo, celador, conductor etc.

En cuanto al trabajador oficial, es decir la tercera forma de vinculación establecida para las Empresas Sociales del Estado, el numeral quinto (5) del artículo 195 de la ley 100 (1993), donde se estableció 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 (Art. 26, ley 10 de 1990)”. Su acceso se realiza mediante un contrato de trabajo y constituyen una categoría especial de servidores públicos, que no pertenecen a la carrera administrativa, no son de libre nombramiento y remoción, y tampoco son elegidos popularmente (125 C.N.) (Corte Constitucional de Colombia, 1995, p. 10). Por otro lado, únicamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente, quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales en los establecimientos públicos, sin que dicha facultad pueda ser delegada a estas entidades en sus estatutos (Corte Constitucional de Colombia, 1995, p. 12).

Contrario a lo anterior, las Empresas Sociales del Estado, en virtud al numeral 6 del artículo 195 de la ley 100 de 1993, transcrito en los estatutos y manuales de contratación estatal, mediante el contrato de prestación de servicios, vinculan de manera directa personal para la prestación del servicio de salud, bajo el entendido en que las actividades que pretenden suplir no las pueden atender con el personal de planta.

Respecto al contrato de prestación de servicios, se encuentra que en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos” (Art. 7, Decreto 1950(1973). Así mismo se prohíbe, “(...) celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos (Art. 17 790 (2002).

Afirma la Corte Constitucional que en los últimos años ha tomado más fuerza la vinculación mediante el contrato de prestación de servicios, especialmente en las entidades públicas, inobservando las expuestas prohibiciones. Esta ineficacia afecta temas estructurales de la Constitución de 1991, principalmente a los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública”. (p.27) y contraría el ordenamiento jurídico.

Para el presente estudio, se obtuvo un elevado registro de las cifras estadísticas de suscripción de contratos de prestación de servicios de salud, específicamente en los periodos 2014, 2015 y 2016, en el Distrito Capital, los cuales permiten dar validez a la presente investigación. Dado que no son cientos los contratistas de prestación de servicios sino miles.

Con la finalidad de contrarrestar los efectos de agravio derivado de esa práctica en las entidades del Estado, debido a la falta de observancia a las reglas de la contratación y su consecuente desconocimiento de derechos constitucionales, fundamentales y convencionales, la corte Constitucional reitera y hace énfasis en aplicación directa la constitución, mediante uno de los principios mínimos que se derivan del Art. 53, es decir, la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, en los eventos en que se suscriba el contrato de prestación de servicios para desarrollar una relación laboral y exhorta a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, para que vigilen la efectividad de las normas que protegen los derechos laborales de los trabajadores (2012, p.28).

Lo anterior, en el escenario en que el debate surja como consecuencia del ejercicio del empleo público de facto y no de iure, establece el alcance al mencionado principio bajo el siguiente orden:

La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgar el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal. El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público (Corte Constitucional, 1994, p.1) 555

Interpretación que confiere en ese escenario un único efecto que desnaturaliza la relación laboral que en la práctica surgió, y que la entidad buscó esconder mediante la suscripción del contrato de prestación de servicios, otorgando un precario reconocimiento económico, con lo cual aísla a los principios mínimos constitucionales del trabajo, bajo el siguiente concepto:

(...) de forma antípoda lo que surge es una sanción a la entidad Estatal que se ve reflejada en el pago de prestaciones sociales y seguridad social al sujeto cuyo contrato de prestación de servicios perdió su naturaleza convirtiéndose en un contrato realidad debido a la satisfacción de los requisitos propios de un contrato de trabajo (Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2016, párr. 5.1.1).

Lo cual, deja incólume la actuación irregular de la entidad, en cuanto a que ordena el cumplimiento parcial de la norma, es decir el pago de lo debido por ley que es consecuencia de haber satisfecho los elementos del contrato de trabajo, aislando de la aplicación de los principios mínimos que arropan el derecho al trabajo constitucional, que son de imperativo cumplimiento, independientemente de quien se beneficie, es decir bien puede ser el Estado o el sector privado. Significando con ello que la exclusión de la materialización de los principios que enlista el artículo 53 de la constitución, como la favorabilidad, estabilidad en el empleo, entre otros, que hace la administración pública, el juez la convalida, bajo el siguiente tenor:

(...) no procede el reintegro, en virtud que no se puede reconocer la calidad de empleado público y tampoco puede proceder a la solicitud de reintegro, toda vez que no puede reintegrarse a quien no ha sido desvinculado de un empleo público (Proceso de María Stella Lancheros Torres v. E.S.E. Engativá, 2011, p. 18).

Así como tampoco se concede en la declaratoria del vínculo laboral realidad, la estabilidad en el empleo, debido a la falta del cumplimiento de los requisitos para acceder al ejercicio del empleo público ò por la falta de creación del empleo aunque subsista la necesidad del mismo. En ese orden, también resulta precaria su aplicación en el universo normativo del suscrito contrato de prestación de servicios, en virtud a que se considera que las adiciones y prorrogas no constituyen un derecho, por cuanto para la suscripción, depende de diversos factores de la entidad, entre ellas, evaluar las opciones jurídicas y los costos de para la Entidad (Consejo de Estado, Sala consulta y servicio civil (2015, p.11).

Consecuencialmente esta práctica irregular que indirectamente avala el juez de la republica mediante la declaratoria del vínculo laboral realidad con efectos restringidos, en la práctica contractual se ha convertido en una plataforma, para que las entidades administrativas puedan transitar sin limitación, así se encuentra reflejado en las alarmantes las cifras estadísticas en la suscripción de contratos de prestación de servicios para el ejercicio del empleo público, en las Empresas Sociales del Estado.

Acorde a la clasificación del empleo, específicamente en los tres (3) últimos años, en las hoy cuatro (4) Empresas Sociales del Estado, Subredes Integradas de Servicios de Salud, de acuerdo a la reorganización del sistema de salud, se encuentran miles de trabajadores en esas condiciones, para mayor precisión en la Subred Sur: para el año 2014 resultaron 22.526, para el 2015 firmaron 18.767 y en el 2016 vincularon 16.270; en la Subred Sur Occidente, para el año 2014 se encontraron 8.056, para el 2015 suscribieron 7.424, en el año 2016 se reportaron 6.453; En la subred Centro Oriente para el año 2014 firmaron 6.384, para el 2015 vincularon 5.361 y en el año 2016 registran 4.882 y, en la subred Norte registra para el año 2014 suscribieron 5.169; para el 2015 celebraron 6.323 y, para el año 2016 reportaron 5.911 contratos en esta

modalidad directa, los cuales se desarrollan de manera continuada y subordinada desde hace varios años.

2.5.- EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL FUNCIONARIO DE HECHO EN LAS E.S.E. FRENTE A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO.

Dentro de las figuras jurídicas que se reconoce la mencionada problemática y que se acerca a una posible solución, se encuentra el funcionario de hecho, la cual denomina el Consejo de Estado colombiano como anormal y excepcional, señala cuatro criterios para identificarlo, es decir, por un lado, la existencia del empleo dentro de la planta de personal de la entidad, luego, con respecto a las funciones las cuales debe ser ejercida irregularmente, así como el deber de ejercer del mismo modo que el funcionario público y finalmente con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlarlo e impedirlo en proceso de Luis Alberto Arias Vs. Departamento de Casanare (2016, p. 19).

Tiene un carácter irregular consecuencia de la vinculación, significa que para para el ejercicio no atendió a los requisitos legalmente establecidos, es decir no subyace de una vinculación legal y reglamentaria, no sobrevino un nombramiento o elección y tampoco se surtió la etapa de la posesión. (p.6).

Ahora bien, en cuanto a los derechos que se confieren si se reconoce esta figura de funcionario de facto, solo se confieren derechos de contenido pecuniario, significa que solo surgen los derechos que confiere la ley a título de contraprestación, es decir, salarios y prestaciones sociales. Asegura el alto tribunal que no surgen derechos de otra naturaleza, como el reintegro y todo lo que se deriva de ello en proceso judicial (Eva Cecilia López Rueda, p.4, 1993).

En ese orden, tampoco se aplican de manera integral los principios mínimos constitucionales del trabajo, dado que solo sobreviene un reconocimiento económico en las condiciones descritas.

Dentro de otro horizonte que vislumbra una solución, se encuentra en las normas internacionales del trabajo, que son instrumentos jurídicos preparados por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) que establecen unos principios y unos derechos básicos en el trabajo. Las normas se dividen en convenios, que son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados Miembros, o recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes (...) (Organización Internacional del Trabajo, 2014, p. 15).

En ese orden, se encuentra que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, dentro de los que se encuentran el derecho a la igualdad, al trabajo decente, estabilidad en el empleo, reinserción, causas justas de separación, la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y la eliminación de la de la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros.

Dentro de ese contexto, Colombia se encuentra comprometida en el cumplimiento de esos preceptos mediante el bloque de constitucionalidad, principalmente por que ha ratificado diversos instrumentos, con los cuales obliga a modificar el ordenamiento doméstico en los escenarios donde no se ajuste a estos.

Especialmente se encuentra contemplado el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros; todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, específicamente el principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el convenio internacional del trabajo número 111, aprobado por Colombia mediante la ley 22 de 1967 y ratificado en 1969, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; así mismo el derecho al trabajo, principio fundante del Estado Social de derecho que tiene protección universal. El cual se debe garantizar en condiciones equitativas y satisfactorias. En ese orden, respecto a otros aspecto de este, se encuentran en los convenios de la O.I.T. ratificados por Colombia, entre los que se encuentra el descanso semanal; las vacaciones pagadas la protección del salario protección a las relaciones de trabajo en la administración pública.

Por otro lado la estabilidad en el empleo en el ámbito internacional, estabilidad de los trabajadores en sus empleos, con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tiene derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional, así mismo se expresa ampliamente en en términos de protección contra el desempleo.

Por último es de anotar que a pesar de que las recomendaciones no son instrumentos que obliguen a los Estados por cuanto no tienen el carácter de convenios o tratados ratificados por el Congreso, así como tampoco se sometieron a procedimiento constitucional. Tienen un valor normativo, el cual se funda en el carácter de directrices que pueden orientar la política y las acciones nacionales, (sala plena de la Corte Constitucional, 2014) SU 555, es el caso del convenio C 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, por iniciativa del empleador, el cual no se ratificó en Colombia, por eso tiene tal connotación, junto con la recomendación 166.

En ese mismo orden se encuentra el Convenio C 094, adoptado en Ginebra en la reunión 32 de 1949, en vigencia desde el 20 de septiembre de 1952 y la recomendación número. 84, lo cuales se fundamentan en el objetivo de impedir que las autoridades públicas celebren contratos que impliquen el empleo de trabajadores para la construcción de obras públicas, elaboración de bienes, o suministro de servicios en condiciones inferiores a un nivel aceptable de protección social y, además, para alentarlas a establecer niveles más elevados de protección a fin de que los gobiernos actúen como empleadores modelo. El objetivo del Convenio es la buena gobernanza, al referirse a la contratación pública socialmente responsable y requiere que los postores - contratistas se ajusten a los salarios y demás condiciones de trabajo predominantes en el ámbito local, determinados por la legislación o los convenios colectivos.

En suma, la garantía internación del derecho al trabajo se constituye a partir de la protección de ciertas las prerrogativas, que permiten que se desarrolle en condiciones dignas y justas, es decir se debe conceder las vacaciones, el descanso, la estabilidad en el empleo, entre otras.

2.6.- EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES, MEDIDA PARA DETENER VULNERACION DEL DERECHO AL TRABAJO JUNTO CON LA FUNCION PÚBLICA

En el último acápite de este trabajo, se refiere al Estado de cosas Inconstitucionales, dado que es un mecanismo de protección objetiva a los derechos fundamentales, que se gestó en tribunales internacionales, en virtud al hallazgo situaciones de desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, actuando en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, 2015, p. 1)

Para tal efecto, se concibe la existencia de siete (7) factores de valoración para la declaración del estado de cosas inconstitucional, que en suma se encuentran:

La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Corte Constitucional, 2004, p. 4).

En Colombia, la declaratoria del Estado de cosas Inconstitucional, ha protegido: La seguridad social en materia pensional y de salud; derechos humanos de los internos en los centros carcelarios y la población desplazada por el conflicto armado; La vida, integridad y seguridad personal de los defensores de derechos humanos en el contexto del conflicto armado y, al debido proceso, por no convocar al concurso público de ingreso a la carrera notarial (Corte Constitucional Colombiana, M.P. Luis Ernesto Vargas silva, sala novena de revisión, 2015, p. 2).

CAPITULO III

3.- LA JURISPRUDENCIA QUE DECLARA LA RELACION LABORAL REALIDAD, RECONOCE PARCIALMENTE LA CONSTITUCION INCLUYENDO LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Este acápite se encuentra construido por cuatro (4) partes, es decir, por un lado se exponen los principios mínimos constitucionales del trabajo, frente a los efectos de la declaratoria judicial de la relación laboral realidad, es decir, en el contexto de igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y primacía de la realidad sobre las formas; en el segundo, el vínculo laboral realidad frente los derechos adquiridos y las meras expectativas; en el tercero, el vínculo laboral realidad en inobservancia de la voluntad legislativa y en el cuarto, el reconocimiento de una relación laboral sin efectos integrales no armoniza la protección internacional del derecho al trabajo.

3.1. LOS EFECTOS DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD DEJA SIN EFECTO A LOS PRINCIPIOS MÍNIMOS IUSFUNDAMENTALES DEL TRABAJO

Establece el artículo 25 de la constitución: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”, para lo cual, la Corte Constitucional, manifiesta que este aspecto conlleva “la característica de derecho-deber del trabajo, y su condición especial de ser un valor, un derecho y un deber, es la que amerita que el Estado le otorgue una especial protección(Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa., 1994, p. 17)”.

El trabajo es una actividad que goza en todas las modalidades de la especial protección del Estado, expresamente se encuentra en los principios mínimos fundamentales (artículo 53), se extiende incluso en los Estados de excepción, dado que las especiales facultades que ostenta el gobierno nacional en estos, debe dejar incólume su garantía, es decir: “(...) El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo (Art. 215 C.N.).

De acuerdo con la interpretación que realiza la Corte Constitucional, respecto a los principio iusfundamental que deben regular la relación laboral, reconoce que estos son elementales nociones de la justicia laboral, bajo el siguiente concepto:

El artículo 53 de la constitución, constituye el catálogo de límites genéricos a la actuación de la administración, especialmente en contextos de fuerza mayor, que sobrevienen por necesidad de la administración, como es el caso de los procesos de modernización o reforma a la estructura de la entidad. Los cuales se derivan a partir de los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo que deben aparecer en la ley, en la medida en que estos son elementales nociones de la justicia laboral, por lo cual resulta plausible y

razonable otorgar indemnizaciones generales y globales para compensar el retiro de trabajadores y empleados, en estos escenarios (Corte Constitucional, 1995, p.35).

En ese orden, recurriendo a la voluntad del Constituyente de 1991, para identificar cual fue la intención de esta creación fundamental, se encuentra la Gaceta número 85 de la Asamblea Nacional Constituyente, quien en debate, manifiesta que independientemente de la diversidad regímenes laborales, privados (individual y colectivo) y oficiales, busca que las disposiciones que regulen las relaciones de trabajo, con coherencia y unidad, garanticen los principios mínimos fundamentales que se definieron en el artículo 53 de la Constitución. En efecto:

“(…) nada impide al legislador expedir uno o varios ordenamientos en los que consagre las disposiciones que deben regir las relaciones laborales de los trabajadores, tanto del sector público como del privado, siempre y cuando se respete las normas del estatuto supremo y garantice los principios mínimos fundamentales contemplados en el artículo 53 de la Constitución, cuya finalidad protectora cubre a todos los trabajadores, cualquiera que sea el régimen al que deban sujetarse (Corte Constitucional de Colombia, 1999, p. 9).

Así mismo se encuentra los principios de la relación laboral protegen la actividad productiva del hombre, en virtud a que:

configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la constitución alrededor de la actividad productiva del hombre, a los cuales tiene que sujetarse el Congreso en su actividad legislativa, al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general (1999, p.9).

Así mismo:

La voluntad del Constituyente es la de permitir la existencia de un ordenamiento jurídico parcial perfectamente identificable por las reglas de competencia y por los especiales límites materiales que lo condicionan desde la Constitución y, con ello, ofrecer mayor claridad, uniformidad y coherencia en la presentación y disposición de las normas laborales que, en algunos casos han sido expedidas en situaciones de coyuntura política y económica; por ello, el mismo Constituyente se ocupó de definir los principios mínimos fundamentales que guían la acción del legislador en la materia, y condicionan la interpretación de todas las disposiciones legales que se ocupen de la misma (...) (1999, p.9).

De lo que se tiene, por un lado, los mencionados principios, son elementales nociones de la justicia laboral y por el otro, son un imperativo iusfundamental de obligatorio cumplimiento para todos los empleadores, es decir, factor independiente, significando con ello, que así sea el Estado quien se beneficie o el particular, se deben garantizar a la luz de lo acordado en el artículo 53 fundamental; por otro lado son el suelo axiológico de los valores materiales que protege la actividad productiva del hombre; así mismo son una guía que condiciona la interpretación de las disposiciones legales.

Expresamente, bajo la locución adverbial de cantidad, “por lo menos” los siguientes principios mínimos fundamentales, enlista el artículo 53 de la constitución, ocho (8) mandatos de máxima categorización iusfundamental que deben estar presente en la relación laboral constitucional, al siguiente tenor:

1. Igualdad de oportunidades para los trabajadores.
2. Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.
3. Estabilidad en el empleo.
4. Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.
5. Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.
6. Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.
7. Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.
8. Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

3.1.1. - IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA EL TRABAJADOR

En cuanto al primer principio de “igualdad de oportunidades para el trabajador”, que enlista en el mencionado artículo 53 constitucional, la Corte Constitucional entiende que:

Frente a una eventual situación; es compartir la expectativa ante el derecho, así luego, por motivos justos, no se obtengan exactamente las mismas posiciones, o los mismos objetivos. Como todos los miembros de la especie humana comparten la identidad esencial, es lógica consecuencia que se compartan las mismas oportunidades. Este es uno de los casos en que la igualdad equivale a la identidad, pero en abstracto, porque en lo real será la proporcionalidad. La igualdad como sinónimo de identidad absoluta, de tener exactamente los mismos bienes, no es posible, porque cuando aparece la titularidad sobre un derecho, dicha titularidad excluye a los demás, implicando una especie de discernimiento jurídico.

Así mismo esta Corte, citando a Naranjo Villegas, Abel, en el libro de Filosofía del Derecho (1990) manifiesta que:

Una violación al principio de igualdad de oportunidades equivale a desconocer que los humanos tienen identidad esencial, y, por ello, aspiraciones comunes, así luego la vida misma se encarga de establecer justas diferencias con base en la cantidad y calidad de trabajo real ((Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa., 1994, p. 13).

El principio de la igualdad, es objetivo o material, es decir, se refiere a la situación concreta que prohíbe la arbitrariedad. La igualdad subyace de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, así mismo se permite la regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente regulación a supuestos distintos, concepto con el

cual sólo se autoriza un trato diferente, si está razonablemente justificado. En ese orden, se requiere observar la naturaleza misma de las cosas, dado que puede en sí misma hacer imposible su aplicación debido a obstáculos de orden natural, biológico, moral o material (Corte Constitucional, 1992, p.9)

Por lo cual le corresponde al Estado, promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, en aras de corregir desigualdades de hecho. Así mismo, el deber adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados para proteger especialmente a quienes por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta (Corte Constitucional, 1992).

Así como al operador jurídico, acudir a la técnica del juicio de razonabilidad, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo. En esa concepción, la Corte Constitucional, citando Mortati, afirma que ésta consiste en:

Una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance¹ (1992, p.9).

En ese sentido se cita a Aristóteles, quien define que la igualdad es un derecho típicamente relacional, al definir trato igual de los casos iguales y desiguales de los casos diferentes, luego no es el derecho a ser igual, sino el derecho a ser tratado igualmente en situaciones similares. A partir de esta delimitación, encuentra tres concepciones jurídicas de la igualdad, es decir: el derecho subjetivo a ser tratado de manera igual; el deber de los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, el principio constitucional de la igualdad. (Corte Constitucional, 1993, 13)

Al referirse al carácter relacional, determina que son los criterios para clasificar casos similares y diferentes, con la finalidad de dar tratamiento igual o diferenciado, los cuales deben ser razonables y no discriminatorios. Reitera que es derecho típicamente relacional, plasmado en un precepto de textura abierta, con el objeto de permitir la evaluación y ponderación del caso concreto por parte del juez. Ahora bien, en principio, todas las personas deben ser tratadas de manera igual (Corte Constitucional, 1993, p.13).

Solamente se justifica el trato desigual, en el evento en que se justifica por argumentos razonables, se viola si el tratamiento diferenciado no está provisto de una justificación objetiva y razonable. Tal justificación debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado, para tal efecto, señala que en materia de razonabilidad el poder del juez se deriva exclusivamente de la comunidad y solo la conciencia jurídica de esta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador. Por ultimo señala que debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue. En efecto, esta

¹ALESSANDRO, Pizzoruso. Lecciones de Derecho Constitucional. Pag. 169. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1.984.

proporcionalidad busca que la medida tenga un fundamento legal y que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo (1993, 13).

El trato diferenciado, no se puede fundar en la mera discrecionalidad, a supuestos que comparten una misma naturaleza y características, es decir si se funda exclusivamente del ejercicio de cualquier competencia discrecional que degenera en tratamientos discriminatorios, frente a sujetos en una misma situación, es arbitraria y pierde sustento constitucional. (1994, p.20).

Tampoco se puede instituir un tratamiento jurídico diferenciado, que se funde en el menor costo económico, si ese ahorro se abstrae de la falta de reconocimiento de prestaciones sociales, en virtud a la naturaleza laboral de la actividad cumplida, lo cual, confrontado a la Constitución resulta irrazonable y contrario a ésta. Máxime si es el resultado del sacrificio de los derechos fundamentales de unas pocas personas que deben soportar injustificadamente una carga social desigual e inequitativa. La economía en la función administrativa a la que se refiere la Constitución no es aquélla que se produce a expensas de la dignidad humana (1994, p.19).

No existe autorización constitucional, fundar trato diferenciado en condición o las circunstancias particulares del patrono, máxime si es en perjuicio de los trabajadores C 051 1995, toda vez que la protección del trabajo en todas sus formas y la cláusula específica de igualdad en materia laboral implican que la diferencia entre patronos público y privado no es en sí misma un criterio relevante de diferenciación en relación con las prestaciones debidas a los trabajadores (1997, P.9).

3.1.2.- FAVORABILIDAD

En cuanto a “la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, corresponde aplicar a los operadores jurídicos, en caso de duda la fuente formal del derecho vigente más favorable al trabajador o la interpretación de esas fuentes que sea más favorable (indubio pro operario) (Corte Constitucional, 1993).

Así mismo:

Este principio de favorabilidad opera en caso de duda, tanto en la aplicación como en la interpretación de las fuentes formales del derecho. La razón de ser de este principio es la protección al artífice de la perfección social que es el trabajador, en razón de su situación de debilidad económica o material frente al patrono en la relación laboral. El trabajador no puede ser sometido a principios de desfavorabilidad, porque ello supondría una acción en desmejora de beneficios adquiridos, y tenidos como fines del Estado Social de Derecho (Cfr. Preámbulo), en aras de fortalecer cuestiones subordinadas al artífice del trabajo (Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa., 1994, p. 16).

3.1.3.-IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS MÍNIMOS ESTABLECIDOS EN NORMAS LABORALES

El principio constitucional, de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, se encuentra íntimamente ligado con la dignidad humana, donde la Corte Constitucional, razona que para renunciar a este mandato, se tendría que renunciar jurídicamente a esta y solamente es posible si se renuncia a ser persona. Lo cual es imposible en un Estado Social de Derecho, dado que tiene como fin servir a la comunidad y por lo tanto:

No puede tolerar que el derecho al trabajo que es de interés general se vea menguado por renunciaciones que el trabajador en estado de necesidad pueda verse forzado a hacer. Como, por ejemplo, aceptar un despido sin justa causa, ante la perspectiva de recibir con prontitud el dinero proveniente de una indemnización. De una u otra forma, implicaría renunciar a uno de los fines personales del hombre, que es, el de buscar su propia realización a través de un trabajo honrado y lícito, y cuando un fin es inalcanzable, de una u otra forma, todos los medios van perdiendo su razón de ser(Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa., 1994, p. 15).

3.1.4.- PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS POR LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES LABORALES

Del principio de la primacía de la realidad, manifiesta la Corte Constitucional que lo formal no puede dejar sin efecto lo real, con lo cual se obstruirían los beneficios reales del trabajador y simultáneamente afectaría la realidad misma del derecho al trabajo, expresamente señala:

El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo substancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo substancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política (Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa., 1994, p. 17).

3.1.5.-ESTABILIDAD DEL EMPLEO

Enlista el artículo 53 el principio de la estabilidad en el empleo, del que se encuentra que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a empleadores privados, el cual le permite al empleado gozar de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se rompe de manera abrupta y sorpresiva para no quedar expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que le permiten su sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del empleador procesos (Juan

Bautista Meléndez Iglesia v. Empresa Operadores de Servicios de la Sierra SA ESP y Asear Pluriservicios SAS, 2015, p. 24)

El principio de la estabilidad en el empleo, es una de las características más relevantes del Estado social de derecho y es el resultado de una interpretación conjunta de cuatro preceptos constitucionales, es decir: el mencionado artículo 53, el deber que tiene el Estado de adelantar una política de integración social a favor de aquellas personas que se encuentren dentro de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (Art. 47 C.N.); el derecho que tienen todas las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta a ser protegidas especialmente, con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad real y efectiva (Art. 13 C.N.) el deber de todos a obrar conforme al principio de solidaridad social, ante situaciones que supongan un menoscabo del derecho a contar con un nivel óptimo de salud física y mental (Art. 95, numeral 2 C.N.). Corte Constitucional, 2015, p.35).

Se extiende la mencionada estabilidad, hasta modificar los plazos que se fijan en los contratos de trabajo, por cuanto señala la Corte Constitucional que si bien, de acuerdo con las disposiciones de legales, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden acordar celebrar un contrato de trabajo, contexto en el que si el trabajador cumple con todas y cada de las obligaciones y, compromisos adquiridos, funda a partir de este cumplimiento, la expectativa cierta de mantener el empleo. Es decir, se activa la garantía constitucional del principio de estabilidad en el empleo, incluso si sobreviene el vencimiento del plazo inicialmente suscrito, por cuanto no basta la expiración del plazo que se pactó, para legitimar la decisión del empleador de no renovar el contrato. Es decir, la protección opera, reunidas las dos condiciones, por un lado la expuesta y por el otro la subsistencia de la materia de trabajo, que consecuentemente garantiza la renovación del contrato (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

La Corte Constitucional manifiesta que la vulneración a la estabilidad del empleo, constituye un retroceso y contaría los fines de la persona en sociedad, dado que:

Es una manifestación del principio de seguridad, pues como el trabajo además de ser un medio de sustento vital es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo, que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo. Pero sí es conveniente que se sienta como principio laboral la estabilidad, como garantía del trabajador a permanecer en su actividad de provecho, tanto propio como social(Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa., 1994, p. 14).

Es de anotar que la estabilidad, no debe confundirse con la inamovilidad absoluta e injustificada.

De acuerdo a lo establecido el artículo 53 de la Constitución, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica, un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados

o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades (Corte Constitucional de Colombia, 1998b, p. 14).

3.1.6- IRRENUNCIABILIDAD DE LOS BENEFICIOS LABORALES

También enlista el artículo 53 de la constitución, irrenunciabilidad de los beneficios laborales, el cual se refiere al mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador, teniendo en cuenta que las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley (Art(s). 53 C.N. y 14 C.S.T.), existe, la imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador que tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana (Corte Constitucional, 1995, P.11).

En suma, las nociones elementales del derecho al trabajo constitucional, se encuentran en el listado de los principios mínimos del artículo 53 iusfundamental, que según el estudio de la gaceta constitucional número 85, se concibió con la finalidad de arropar toda relación laboral, independientemente del sujeto que requiera el servicio, es decir el Estado o particulares, los cuales se enlistan, bajo el precepto de parámetro mínimo.

En ese orden, es escenario donde mediante la actuación irregular del Estado y los particulares empleadores, se apartan de las reglas legales que desarrollan los mandatos constitucionales, en busca de menores costos en sus operaciones, para lo cual se eximen del cumplimiento de obligaciones que protegen el trabajo en condiciones dignas y justas, engañando al trabajador, por cuanto invocan normas que no fueron diseñadas para la protección de la relación laboral a la luz de los mandatos de máxima categorización del artículo 53 constitucional. Suscriben contratos de prestación de servicios que durante la etapa de ejecución, se desarrollan bajo las presunciones de los elementos del contrato de trabajo, es decir prestación personal, bajo continuada subordinación a cambio de una remuneración, adyacente el criterio temporal, es decir por años, descalificando la realidad de la relación laboral material bajo relación contractual formal para eximirse del cumplimiento de obligaciones legales. Frente a estos hechos, las altas Cortes Nacionales, otorgan la facultad para que cuando en cada caso concreto, el juez que conozca tal fenómeno y se encuentre convencido mediante la prueba, declare la relación laboral realidad, aplicando directamente la constitución, mediante la absorción de uno de los principios del mencionado listado, es decir primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos; De esta forma brindan judicialmente protección al trabajador de prestación de servicios.

Empero, de acuerdo al alcance que estableció la Corte Constitucional, al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, cuando el debate surja en consecuencia del ejercicio del empleo público de facto y no de iure, estableció que al declarar el referido principio, con el solo hecho de trabajar para el Estado, no lo convierte en empleado público, dado que el mencionado principio no tiene el alcance de subrogar las formalidades sustanciales del derecho público, por tal razón, se reconoce la naturaleza de relación laboral,

empero para efecto de reconocer el pago de las prestaciones sociales. Con lo cual se aparta de la posibilidad de aplicar de manera integral uno de los regímenes laborales legislativos existentes, los cuales se debatieron, declararon en armonía con la constitución y se encuentran vigentes, actuación jurisprudencial que configura efectos producto de su propia sapiencia, con la cual niega el efecto de los mencionados principios constitucionales, así como el desarrollo legislativo en la materia, otorgando un consecuencias, mínimas, parciales, incompletas que ha generado efectos negativos. Es decir, por un lado, respecto a la entidad, deja incólume su actuación al margen de la ley con lo cual legitima la plataforma normativa sobre la cual, la entidad ha buscado apoyarse para operar bajo el criterio de unos costos inferiores, sacrificando el derecho al trabajo en condiciones constitucionales de unos empleados del Estado, lo cual se refleja en el incremento en la utilización del contrato de prestación de servicios, expuesto a lo largo de este trabajo y, por el lado del trabajador, no se presta la protección integral especial que se deriva de la misma constitución, se promueve el desempleo, se protege el trabajo en condiciones infraconstitucionales, infralegales y se convalida la actuación administrativa que se aparta del carácter de las normas, que son públicas y de obligatorio cumplimiento. Por lo tanto cabe preguntarse, ¿viola la Constitución en el evento en que un juez de la república, adopte como medida transitorio, declarar la aplicación integral de una de las leyes existentes, bien sea la ley 909 de 2004 o el Código Sustantivo del Trabajo, para dignificar el trabajo del empleado de prestación de servicios personales en las E.S.E(s), a quien se encuentra dentro en ejercicio del empleo público de facto desde hace muchos años? Lo anterior, teniendo en cuenta que:

La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la Constitucional. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal. El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público (Corte Constitucional, 1994, p.1). 555

En Ese orden, no procede el reintegro, en virtud que no se puede reconocer la calidad de empleado público y tampoco puede proceder a la solicitud de reintegro, toda vez que no puede reintegrarse a quien no ha sido desvinculado de un empleo público (Proceso de María Stella Lancheros Torres v. E.S.E. Engativá, 2011, p. 18).

Así como tampoco se concede en la declaratoria del vínculo laboral realidad, la estabilidad en el empleo, debido a la falta del cumplimiento de los requisitos para acceder al ejercicio del empleo público ò por la falta de creación del empleo aunque subsista la necesidad del mismo. En ese orden, también resulta precaria su aplicación en el universo del suscrito contrato de prestación de servicios, en virtud a que se considera que las adiciones y prorrogas no constituyen un derecho, por cuanto para la suscripción, depende de diversos factores de la entidad, entre ellas, evaluar las opciones jurídicas y los costos de para la Entidad (Consejo de Estado, Sala consulta y servicio civil (2015, p.11).

Por último, teniendo en cuenta que al momento de ejercer el empleo público de facto, se realizó con anuencia de la entidad, quien desvió la aplicación del régimen normativo vigente para tal fin, y que el juez constitucional reconoce en la declaratoria del vínculo laboral realidad, es necesario abordar el tema constitucional de los derechos adquiridos y las meras expectativas.

3.2.- EL VÍNCULO LABORAL REALIDAD FRENTE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LAS MERAS EXPECTATIVAS.

Teniendo en cuenta que la declaratoria de la relación laboral realidad, surge como consecuencia de la prestación real y efectiva del trabajo o ejercicio del empleo público de hecho, supuestos facticos que se gestan en vigencia de varios regímenes legislativos que fueron desconocidos al momento de ser vinculados y, para tal fin se utilizó un ordenamiento jurídico distinto a la voluntad del legislador, actuación con la cual, se desconocieron los derechos previstos en normas legales, que son imperativas, de orden público, y no susceptible de acuerdos privados, aunque la entidad contratante pertenezca al Estado. Por lo cual se hace necesario abordar el examen de los derechos adquiridos y las meras expectativas, desde la percepción iusfundamental en el contexto de la declaratoria jurisprudencial vínculo laboral realidad.

Para tal efecto, en primer lugar es de tener en cuenta que constitucionalmente, si la ley no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, mucho menos lo debe hacer la administración de las entidades del Estado y menos que la jurisprudencia le dé la venia, por cuanto a la luz del artículo 58 fundamental, los derechos adquiridos gozan de protección constitucional, y no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores. Es de tener en cuenta que no sucede lo mismo con las meras expectativas, dado que estas no gozan de la misma protección, en virtud a que constitucionalmente se permite la facultad de poder modificarse con regulaciones abstractas, aunque éstas impliquen erosionar las probabilidades o esperanzas que alguna persona tenga, de obtener algún día un derecho, si la normatividad modificada hubiera permanecido inalterada (2004, p. 36). Para tal efecto, es importante diferenciar, cuándo una persona se encuentra frente a un derecho adquirido y por tanto no puede ser objeto de afectación por leyes posteriores, para reconocer el mencionado contexto, expone la Corte Constitucional:

Se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho. Y como las leyes se estructuran en general como una

relación entre un supuesto fáctico al cual se atribuyen unos efectos jurídicos, para que el derecho se perfeccione resulta necesario que se hayan verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere. En ese orden de ideas, un criterio esencial para determinar si estamos o no en presencia de un derecho adquirido consiste en analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación, ya se habían cumplido o no todos los supuestos fácticos previstos por la norma anterior para conferir el derecho, aun cuando su titular no hubiera todavía ejercido ese derecho al entrar en vigor la nueva regulación. (Corte Constitucional, 2004, p. 40).

De tal apreciación se tiene que una modificación a un derecho adquirido, está en principio prohibida por desconocer el contenido del artículo 58 de la Constitución. Empero, es de tener en cuenta que la ley puede modificar las regulaciones abstractas, sin que una persona pueda oponerse a ese cambio, aduciendo que la nueva regulación le es menos favorable y le frustra su posibilidad de adquirir un derecho, si aún no se han cumplido todos los supuestos fácticos que la regulación modificada preveía para el nacimiento del derecho.

De lo expuesto, en el contexto de la declaratoria de la relación laboral realidad, es decir, respecto a los supuestos fácticos que protege el juez Constitucional, al reconocer el ejercicio de una relación laboral, bajo los elementos del contrato de trabajo, los cuales surgieron en vigencia de normas laborales que regulan las relaciones de trabajo entre particulares y entre el Estado y sus servidores, empero que por la actuación independiente e irregular de la Empresa contratante se desconocieron. En tal escenario se reconoce judicialmente al funcionario de facto adyacente a la declaratoria de la relación laboral realidad con unos efectos de creación jurisprudencial por una relación de trabajo maquillada, por lo cual cabe cuestionarse, ¿cuál es el régimen normativo aplicable? Y, ¿son derechos adquiridos que fueron dispuestos por las normas legislativas diseñadas para su regulación, o son meras expectativas?

Por lo tanto, es de reconocer, que las expectativas que son susceptibles de modificación, empero existen varios límites que se deben respetar al modificar las regulaciones laborales, dentro de los que se encuentra el respeto a los derechos adquiridos; los principios mínimos del trabajo previstos en el bloque de constitucionalidad; el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales y, la prohibición prima facie de retrocesos (2004, p.2).

Ahora bien, frente a las posibilidades de modificación de las meras expectativas, en el evento en que surjan cambios de normatividad, estos deben considerarse en el principio de la confianza legítima, que protege algunas expectativas fundadas en la buena fe, por lo cual considera la Corte Constitucional:

(...) el legislador, en respeto por el principio de buena fe, debe atender a la confianza legítima que la legislación en ciertos casos ha generado en los ciudadanos, respecto del régimen jurídico que será aplicado a determinada actividad. No se trata, de que esta confianza legítima impida el tránsito de legislación, pues tal conclusión llevaría a la petrificación del orden jurídico, sino de la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado

derechos adquiridos, sí han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación (Corte Constitucional, 2004).

Entendida la confianza legítima, a la que hace referencia a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, la cual encuentra fundamento en la buena fe, el respeto del acto propio y el principio de seguridad jurídica (t 437 de 2012) que se deriva de la Constitución, en cuanto a que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas (Art. 83 C.N.).

Ahora bien, según la corte Constitucional, el principio de buena fe es una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí, toda vez que constituye un soporte esencial del sistema jurídico. Luego las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes. En otra connotación, esta incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por último, es de tener en cuenta que esta orienta al ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y para ayudar a colmar las lagunas de sistema jurídico.

En suma, se encuentran diversos elementos que se activan en vigencia de un régimen legislativo con la finalidad de proteger los derechos de las personas que cumplen las premisas establecidas por el legislador. Es el caso de las relaciones del Estado con sus servidores, las cuales se encuentran amplia y delicadamente desarrolladas, luego no se concibe que puedan ser desdibujadas por la actuación ilegal de la administración, y menos, legitimadas por los pronunciamientos judiciales, al dejar únicamente un contexto de reconocimiento con unos efímeros efectos que desnaturalizan las leyes y crean una corriente normativa que desconoce los principios mínimos del trabajo, establecidos en la Constitución. Por cuanto al otorgar solo el pago de las prestaciones sociales bajo el argumento de que por el hecho de trabajar para el Estado no se convierte en empleado público, por cuanto constituye un atentado contra las formalidades sustanciales del derecho público, edifica una barrera infranqueable para acceder al reintegro, estabilidad en el empleo, favorabilidad, igualdad, con lo cual, niega del principios constitucionales referenciados en el acápite anterior, y, deja incólume la actuación irregular de la Entidad del Estado, en virtud a que no constituye una sanción, el reconocimiento del pago de las prestaciones sociales, en virtud, a que estas tienen una naturaleza distinta y son un derecho irrenunciable. Mientras que los derechos que se desconocen bajo el argumento de invocar otras normas legislativas que fueron diseñadas con distinta finalidad, realmente se adquirieron a la luz de las normas vigentes en las cuales se consolidaron adyacente a los presupuestos expuestos en los derechos adquiridos.

En Suma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que el artículo 53 de la constitución, busca exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos. Toda vez que la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 no se involucra la derogación de todas las normas o estatutos laborales anteriores a esta, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53, por cuanto su finalidad es la expedición de regímenes laborales en los que se garanticen en forma clara y precisa los derechos de los trabajadores y se respeten las demás normas constitucionales que rigen la materia, especialmente los principios mínimos fundamentales contemplados.

3.3.- EL VINCULO LABORAL REALIDAD NO OBSERVA LA VOLUNTAD LEGISLATIVA.

Teniendo en cuenta que dentro de las funciones que por mandato constitucional, le corresponden al congreso de la república, entre las cuales se encuentran: expedir el estatuto del trabajo (Art. 53); fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos (...) y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, entre otras (Art. 150), mandatos que se encuentra reflejados en las leyes 50 de 1990, 909 de 2004; 100 de 1993; 80 de 1993; 10 de 1990; 1437 de 2011 entre otras, dentro de las cuales, de manera muy cuidadosa se desarrollan los principios constitucionales mínimos del trabajo y de la función pública.

Así mismo, la Corte Constitucional por mandato del constituyente de 1991, es el máximo guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (Art. 241C.N.), lo cual implica necesariamente, la función de decir el derecho, salvaguardar la Constitución con dos fines: mantener la integridad del estatuto fundamental, y asegurar la supremacía de la normatividad constitucional. La guarda, aunque supone una responsabilidad fundada en un deber, genera, para su adecuado desarrollo, la potestad como medio proporcionado para la consecución del fin. Esa potestad se expresa en la *iuris dictio*. (1994, p. 7).

En cuanto a la función de guardar la supremacía de la Constitución, tiene el deber de hacer prevalecer, como directriz unificada y suprema, no sólo la letra de la Carta, sino también su espíritu, por cuanto:

El espíritu del Constituyente es una guía tan segura, que se hace necesario revivirlo de acuerdo con las necesidades actuales, porque la ciencia del derecho no admite un primado sin principio de razón suficiente que lo justifique; en virtud de lo anterior, puede decirse que el principio de razón suficiente de la norma constitucional es la realidad, es decir, la actualidad jurídica que determina la renovación de la norma, a través de su interpretación (1994, p. 7).

En ese contexto se encuentra la jurisprudencia de la Corte Constitucional, expresada bajo la denominación del vínculo laboral realidad, la cual busca a partir de la aplicación directa de la Constitución, mediante el principio mínimo del trabajo, de la primacía de la realidad sobre las formas establecidos por los sujetos, proteger derechos subjetivos desconocidos por la actuación ilegal de la administración pública, los cuales se derivan de hechos consolidados en vigencia de normas legislativas, empero al margen de estas, por voluntad de la Entidad administrativa contratante, por lo cual, en 1993 establece la Corte Constitucional que:

(...) en un evento de 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 (1993, p.1).

Así mismo, en el contexto donde surjan de hechos consolidados en virtud al ejercicio del empleo público de facto y no de iure, establece que las formalidades sustanciales del derecho público, son el límite de acción del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, lo cual significa que desvirtuado el contrato de prestación de servicios suscrito, se reconoce el carácter de trabajador al servicio del Estado, empero en ningún caso se puede conferir el status de empleado público, en virtud a que el principio de la primacía:

(...) no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal. El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público (Corte Constitucional, 1994, p.1).

Luego el trabajo, así beneficie al Estado, genera derechos y obligaciones irrenunciables, con lo cual declara el contrato realidad y se otorga el pago de las prestaciones sociales, en virtud a que corresponden a un concepto de derecho mínimo establecido en las normas laborales, que es irrenunciable. Sin perjuicio de que el Juez ordinario, en cada caso concreto, pueda hacer prevalecer la naturaleza laboral de una determinada relación (Corte Constitucional, 1994, p.1).

La tesis de la posibilidad de aplicación de la prevalencia de la naturaleza laboral, frente a la imposibilidad de convertirse en empleado público, automáticamente niega la posibilidad de aplicar dicho régimen aunado a la premisa de exclusión que contiene el código laboral para conocer la relación de los servidores con el Estado, lo hace inaplicable. Por lo cual, la aplicación que se ha venido aplicando, han sido los fundamentos de la misma jurisprudencia fundadora, es decir para producir los únicos efectos del pago de las prestaciones sociales cuando la controversia versa respecto al ejercicio de un empleo público de facto y no de iure. Así, en 2016, la sala plena de la Corte Constitucional, en sentencia de unificación, manifestó que el contrato de prestación de servicios se convierte en contrato realidad, lo cual no implica que se constituya un vínculo legal y reglamentario entre las partes, por cuanto no se dan los presupuestos del acto de nombramiento o elección y posesión, tampoco surge el reintegro, o pago de emolumentos dejados de percibir. Afirmo que lo que surge es una

sanción a la entidad Estatal que se traduce en el pago de prestaciones sociales y seguridad social, (2016, p.54) expresamente señaló:

Al respetar las formas de vinculación del empleo público, evitar crear una nueva modalidad al otorgarle al contratista que demuestra la existencia de un contrato realidad la posibilidad de constituir un vínculo legal y reglamentario entre las partes, en razón a que no se dan los presupuestos del acto de nombramiento o elección y su correspondiente posesión; por tanto de forma antípoda lo que surge es una sanción a la entidad Estatal que se ve reflejada en el pago de prestaciones sociales y seguridad social al sujeto cuyo contrato de prestación de servicios perdió su naturaleza convirtiéndose en un contrato realidad debido a la satisfacción de los requisitos propios de un contrato de trabajo (Corte Constitucional, 2016, p.59).

Para lo cual se encuentra que no tiene efecto en la práctica en este contexto, la aplicación los principios mínimos iusfundamentales del trabajo, entre los cuales el referido a las normas jurídicas más favorables, dado que solo se reconoce el pago de las prestaciones sociales, respecto a hechos consolidados en virtud al ejercicio del empleo público de hecho. Al haberse cercenado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, direccionando a que en años posteriores, al declarar la relación laboral en virtud al principio de primacía, se degradara el vínculo reconocido, en virtud a que ya no reconocen los derechos consolidados bajo un determinado ordenamiento legislativo, sino se constituyen a partir de la sentencia que declara un vínculo laboral realidad, por lo cual se cuestiona ¿Cuál es el régimen legislativo que reconoce el vínculo laboral realidad que declara una relación laboral consolidada en el ejercicio del empleo público de hecho? A partir del imperativo jurisprudencial de que el derecho nace a partir de la declaratoria del vínculo laboral realidad, en virtud a que permite vislumbrar un vacío legislativo que en la práctica no existe, dado estos hechos materia de controversia se consolidan a partir de la inobservancia de las normas legislativas creadas para regular dicha relación.

La tesis jurisprudencial descrita, desconoce y desnaturaliza el ordenamiento legislativo, así como otros pronunciamientos de la misma jurisprudencia constitucional, en virtud a que en nutridos sentencias de la Corte Constitucional, en desarrollo de este y los otros principios mínimos del trabajo, se ha reconocido que en caso de desvirtuar el contrato de prestación de servicios, la contraprestación se regirá por normas más favorables, lo cual no produce efectos, dado que solo se reconocen el pago de las prestaciones sociales, bajo el siguiente concepto:

Las prestaciones sociales son un derecho subjetivo, patrimonial, adquirido, así como una remuneración protegidas constitucional y convencionalmente a través del convenio de la OIT 95 (1994, p.1) En ese orden, son irrenunciables, de acuerdo con el principio mínimo iusfundamental del trabajo, con el criterio de derechos ciertos e indiscutibles (1994, p.2). C 556 y por mandato constitucional, la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (1994, p.7).

El ordenamiento legislativo se desconoce en el reconocimiento del vínculo laboral realidad, por cuanto bajo la declaratoria de este, paraliza los efectos las leyes que

regulan la materia y utiliza parte de una norma con una finalidad distinta para la cual fue creada, es decir el pago de las prestaciones sociales como una sanción a la entidad Estatal contratante, quien se apartó del ordenamiento legislativo, es decir según la sala plena de la Corte Constitucional:

(...) de forma antípoda lo que surge es una sanción a la entidad Estatal que se ve reflejada en el pago de prestaciones sociales y seguridad social al sujeto cuyo contrato de prestación de servicios perdió su naturaleza convirtiéndose en un contrato realidad debido a la satisfacción de los requisitos propios de un contrato de trabajo(Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2016, párr. 5.1.1).

Concediendo las prestaciones sociales como sanción a la Empresa, desnaturaliza la voluntad legislativa, en virtud a que estas constituyen un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable del trabajador. Así se encuentran dentro de las sumas destinadas a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral, las cuales pueden estar a cargo del empleador o ser responsabilidad de las entidades de los sistemas de seguridad social en salud o en pensiones, o a cargo de las cajas de compensación familiar. Las que se encuentran a cargo del empleador, se dividen en comunes y especiales, significando con comunes, aquellas que deben ser asumidas por todo empleador, al margen de la condición de persona natural o jurídica, o el capital que conforma la empresa, refiriéndose a las prestaciones por accidente y enfermedad profesional, auxilio monetario por enfermedad no profesional, calzado y vestido, protección a la maternidad, auxilio funerario y auxilio de cesantía (2009, p.29).

En esa dimensión desconocimiento de las prestaciones sociales, constituye una vulneración al derecho al trabajo, mientras, que el legislador laboral, dispuso de manera expresa sanciones, como es el caso de la sanción moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales y la tardía consignación de las cesantías, que se encuentra en el artículo 89 de la Ley 50 de 1990, así lo reconoce la misma Corte:

Las sanciones previstas por el Legislador con el fin de evitar la mora en las cesantías se pueden presentar en dos modalidades diferentes, en primer lugar por no consignarse dicho auxilio al fondo elegido por el trabajador dentro del plazo fijado por la ley, es decir antes del quince (15) de febrero de cada año y, en segundo lugar por el pago tardío de la prestación parcial cuando el empleado lo solicite, o de forma definitiva a la terminación de la relación laboral. Conforme al marco jurídico que regula el auxilio de cesantías, encontramos que fue el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el que previó una sanción moratoria por la no consignación de las cesantías definitivas por la anualidad o fracción correspondiente antes del quince (15) de febrero del año siguiente(Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2016, p. 2).

En suma, en cuanto al carácter sancionatorio, es decir: “sanción a la entidad Estatal que se traduce en el pago de prestaciones sociales y seguridad social”, no atiende a la voluntad legislativa, en la medida en que el sistema sancionatorio administrativo se encuentra ampliamente regulado de manera objetiva y subjetivamente, en otro ordenamiento legislativo.

A la luz de la ley disciplinaria dirigida a los servidores públicos, ex servidores y algunos los particulares contemplados en el artículo 53 de la ley 734 de 2002 (Art. 25). La modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de estos, con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública. Para tal cometido, se describen una serie de conductas con sus respectivas sanciones, de manera proporcional a la afectación de los intereses que ellas producen (2003, p.1).

Es ese orden, el régimen disciplinario hace referencia al conjunto sistemático de disposiciones que, como emanación del ius puniendi del Estado, regula las sanciones y los procedimientos aplicables a quienes tengan esa calidad, por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, obedece, entre otras razones, a la necesidad de garantizar que tanto las faltas como las sanciones sean establecidas por el legislador, el cual debe definir el procedimiento aplicable Salvamento de voto C 829 (2002, p.20).

En ese sentido, el control disciplinario frente a las violaciones de la Constitución, la ley o el reglamento por parte de los servidores públicos, es ejercido de forma preferente por el Procurador General de la Nación, y la titularidad de la potestad disciplinaria interna, puntualmente desde la expedición de la Ley 734 de 2002 o por cada entidad a través de control interno, mediante las funciones de investigar y fallar (Corte Constitucional, 2015, p. 40).

En cuanto a la sanción disciplinaria, esta, tiene una función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios previstos en la constitución, la ley y los tratados internacionales que se deben observar en el ejercicio de la función pública (2003, p.1).

Para tal fin, establece un debido proceso, a la función correctiva, lo cual implica una actuación acorde a los procedimientos legales plenamente establecidos con el fin de generar una decisión objetiva basada en las normas y en el material probatorio recaudado (...) (2015,p.44) C 673. En ese sentido, se establece que uno de los principios esenciales es el de la legalidad, según el cual, las conductas sancionables no solo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que además deben tener un fundamento legal (2003, p.1).

En efecto, el régimen disciplinario respeta el principio de la proporcionalidad en la sanción, que exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Lo cual busca que sea mesurada, es decir que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a la misma gravedad. (2003, p.1).

En ese orden, el legislador, califica como falta gravísima, celebrar contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo o impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo excepciones legales.(ley 734-2002 numeral 29), para lo cual establece dos clases de sanciones, según se califique esta falta, es decir, si es dolosa se sanciona con destitución e

inhabilidad general y suspensión en el ejercicio del cargo y si es culposa con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial.

En suma, las prestaciones sociales, no constituyen una sanción, son una retribución ampliamente reconocida en virtud al trabajo efectivamente prestado, la cual se encuentra dentro del carácter constitucional de principio mínimo del trabajo bajo el concepto de irrenunciable, lo cual implica que ningún contratante puede eximirse de su reconocimiento. Es decir, la calificación de sanción, no corresponde a la naturaleza y finalidad para la cual fue creada. Ahora bien, en cuanto al carácter de sanción, este también es desconocido por el vínculo laboral realidad, en virtud a que el ordenamiento disciplinario, se encuentra ampliamente descrito, tipificado y cualificado. Es decir dar una denominación diferente a un derecho con la finalidad de otorgarlo con otra calidad, desconoce los principios básicos establecidos por el legislador, que ampliamente ha regulado dichos contextos.

Por último es de resaltar, que teniendo en cuenta el único efecto que siempre se ha reconocido en el vínculo laboral realidad es el pago de las prestaciones sociales, lo cual ha resultado carente de importancia para la entidad, teniendo en cuenta la finalidad para la cual se establece la proporcionalidad de una sanción, dejando incólume la decisión de la entidad administrativa para suscribir esta clase de contratos, por cuanto el reconocimiento del pago de las prestaciones sociales, no resulta una sanción como tampoco una carga de gran importancia para la entidad. Así se refleja en aumento de celebración de esta modalidad contractual, en lo expuesto en el acápite de las cifras estadísticas de las Empresas Sociales del Estado.

En ese orden de ideas, se desconoce la voluntad legislativa contenida en el régimen administrativo disciplinario y en el código sustantivo del trabajo, por cuanto manifiesta que tampoco procede el reconocimiento de la existencia de un vínculo laboral realidad, con el Estado, no lleva consigo la sanción moratoria por el incumplimiento del pago oportuno de prestaciones sociales, toda vez que los derechos que se derivan de la relación laboral surgen a partir de la sentencia que la reconoce (2016, p.54).

La teoría del vínculo laboral realidad, también se desnaturaliza la disposición legislativa de las vacaciones, al utilizar como regla general la excepcional, es decir, se afecta la prohibición de compensar en dinero las vacaciones, en cuanto a que no atiende a la finalidad para la cual fueron creadas, en la medida en que con esta medida se buscó protegerlas, salvo algunas excepciones taxativas, empero en términos generales busca que el trabajador descansa, en un derecho del que gozan todos los trabajadores, con la finalidad de permitir el reposo, en virtud a que es una condición mínima que ofrece la posibilidad de que el empleado renueve la fuerza y la dedicación para el desarrollo de las actividades. No obstante, no son un sobre sueldo sino un derecho a un descanso remunerado (corte Constitucional Colombiana, 1997) C 598. Sin olvidar la naturaleza correctiva del vínculo laboral realidad, al permitir que sean concedidas en dinero, afecta el objeto e implica transformar la regla excepcional en general, que se aleja de la voluntad del legislador para la cual fueron creadas, convalida y legitima la actuación ilegal de la entidad del Estado contratante, quien finalmente no es sancionada, sino que paga de manera coercitiva lo debido de lo cual busco sustraerse.

El vínculo realidad laboral, invisibiliza los escenarios de acoso laboral. El legislador, busco prevenirlas a futuro con el establecimiento de la Ley 1010 (2006), para lo cual estableció unas sanciones. Estas son todo ultraje a la dignidad humana, libertad, intimidad, honra y salud mental que puede darse en el marco de una relación laboral, la cual se ejerce sobre un empleado por parte de cualquier compañero de trabajo, bien sea superior o subalterno, con finalidad de infundir miedo, intimidación, terror y angustia, causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

En ese contexto, quedó expuesto en esta investigación, en el estudio académico de Luna García (2015), relevante por cuanto se configuran hacia las personas trabajadoras en el sector público de la salud en Bogotá, vinculadas mediante contratos de prestación. Es importante reconocer que allí se encontró tres diferentes formas de violencia configuradas en el marco del ámbito laboral, las cuales clasifica como violencia estructural, directa y cultural, que generan malestar objetivo y sufrimiento emocional en estas personas y en los colegas de trabajo vinculados mediante otras modalidades dentro del mismo contexto laboral (p.5).

En cuanto a la violencia estructural, manifestó que se refiere a la que se genera por estructura del sistema de salud colombiano, implementado por la Ley 100(1993), que involucró la reestructuración de hospitales, el ingreso de las empresas promotoras de salud (EPS) como intermediarias, adyacente al modelo de flexibilización laboral, generado un impacto negativo en sus formas de contratación y condiciones de trabajo; de igual manera algunos factores políticos relacionados con las campañas de elección de representantes a instancias de gobierno y cuerpos legislativos, así como el ingreso de nuevos gerentes a los hospitales que producen considerables alteraciones en la estabilidad laboral de las personas trabajadoras de la salud, violando el derecho al trabajo digno.

El estudio manifiesta que la violencia directa en el trabajo, puede presentarse en sus modalidades de física, psicológica o verbal, y sexual. Precizando que la psicológica se manifiesta de diversas maneras: maltrato verbal con palabras fuertes y tonos altos, en la disminución de las posibilidades de expresión y participación, se han conocido casos de personas que expresan la inconformidad con sus condiciones laborales y se les ha suspendido o no renovado el contrato, en el trato discriminatorio por pertenecer de contrato, temporal, provisional o de planta, por ejemplo en la falta de equidad respecto a programas y beneficios laborales, en la falta de control de las condiciones desfavorables de trabajo desde los programas de salud ocupacional, y en la poca inversión en las mejoras físicas y ergonómicas de los espacios laborales, en la deficiencia de la gestión humana manifiesta en la percepción de falta de apoyo de jefes y superiores, en el manejo limitado de los incentivos, en la inseguridad sobre la permanencia y en el inadecuado manejo de las relaciones internas de trabajo (p.10).

Por otra parte, el psicológico se encuentra en el temor constante de perder el trabajo, que hace que las personas trabajadoras prefieran abstenerse de ejercer los pocos mecanismos de participación disponibles, miedo de verse afectados por represalias. También se encontró el estudio, el sufrimiento psicológico como consecuencia de

deficiencias en las posibilidades de ejercer la gestión del recurso humano en el marco estructural de la salud, por falta de incentivos.

Violencia cultural, se evidencia en la discriminación por la forma de contratación, el personal de contrato ha expresado ser menos valorados, tener menor reconocimiento y sufrir mayor exigencia respecto a cantidad de trabajo y cumplimiento de horario. Además la forma de contratación marca grandes diferencias en los beneficios laborales que puede tener una persona trabajadora de la salud y su familia.

3.4.- EL RECONOCIMIENTO DE UNA RELACIÓN LABORAL SIN EFECTOS INTEGRALES NO ARMONIZA LA PROTECCION INTERNACIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO

El reconocimiento de una relación laboral sin efectos integrales no armoniza la protección internacional del derecho al trabajo, teniendo en cuenta que dentro del *ius cogens*, se encuentra un amplio marco regulatorio, en pro de la protección de este derecho, que hace parte del ordenamiento interno, dado que la constitución, establece que “(...) los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna; La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Art. 53); Así mismo, que estos ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno; En ese orden, los derechos y deberes consagrados en la Constitución, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...) (Art. 93) y, la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (Art. 94).

En este orden de ideas, los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República que reconocen derechos humanos, se integran a la constitución, en remisión de los referidos artículos, de manera que los dos conjuntos de normas se fusionan y forman en un bloque de constitucionalidad. Anotando que son normas y principios del mismo valor de la carta, que sin aparecer formalmente en el articulado constitucional, son utilizados como parámetros de control Constitucional (Corte Constitucional Colombiana, 1995, p.1) C 225

En ese contexto, en primer lugar se encuentra el derecho a la Igualdad ante la ley y no discriminación, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1978), se establece que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común (Art. 1)”;

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros (Art. 1).”

En ese mismo sentido, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), establece prohibición a cualquier clase de discriminación y ordena igual protección a todas las personas y así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos

(1969), señala que todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley (Art. 24).

En segundo lugar, el derecho al trabajo, se encuentran expresamente en dos los instrumentos que conforman la Carta Internacional de Derecho, esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumentos que tienen carácter universal, por lo que se aplican a todas las personas sin ningún tipo de discriminación.

Es decir, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en la Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, establece:

Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de su trabajo y a la protección contra el desempleo, (...) igual salario por trabajo igual. A una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario por cualesquiera otros medios de protección social (...) (Art. 23).

Más adelante, “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas (Art. 24)”.

Así mismo, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en la Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde el 23 de marzo de 1976, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio, es decir busca que el trabajo sea libremente escogido y aceptado. Es de tener en cuenta que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone la obligación concreta al Estado de prohibir el trabajo no escogido libremente el (Art. 8).

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde el 3 de enero de 1976, ratificado por la Ley 74 de 1968 en Colombia, reconoce el derecho de toda persona a trabajar (...) (Art. 6), en condiciones dignas y satisfactorias; remuneración digna, seguridad e higiene en el trabajo, igual oportunidad de promoción en el trabajo y descanso (Art. 7). Es de tener en cuenta que el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. el cual debe entenderse como un medio para ganarse ese nivel adecuado de vida y no como un medio para alcanzar un nivel de vida adecuado, puesto que dicho nivel está garantizado por sí solo como derecho humano¹⁷.

Dentro de los Instrumentos del Sistema Regional de Carácter General, en el marco de los Estados Americanos se encuentra el Sistema Interamericano de protección de los

¹⁷ International Human Rights Internship Program y Asian Forum for Human Rights and Development (Forum-Asia). Op. Cit., página 204.

derechos humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica y el Protocolo Adicional a la mencionada convención, denominada generalmente Protocolo de San Salvador, que señalan respecto al derecho al trabajo:

El derecho al trabajo y a una remuneración justa que atienda a la capacidad y destreza del trabajador, y que le permita un nivel de vida conveniente para sí mismo y para su familia (Art. XIV); el derecho a la recreación, el descanso y el mejor aprovechamiento del tiempo libre (Art. XV) y así mismo establece el deber de toda persona de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, como medio que le permita obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948).

Así mismo se encuentra que Nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio (Art. 6) (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, se ratificó por Colombia el 28 de mayo de 1973.

Por otro lado se encuentra, el derecho de toda persona al trabajo y la garantía de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (Art(s) 6 y 7. (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigencia desde el 16 de noviembre de 1999, ratificado por Colombia, 1997).

En tercer lugar, se encuentra expresamente contemplada la estabilidad en el empleo, en el marco internacional, es decir en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948), señala que toda persona tiene derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo (...) (Art. 23).

Así mismo, el Protocolo del Salvador al Convenio Americano Sobre Derechos Humanos (1988), aprobado por el Congreso a través de la ley 319 de 1996, que establece que los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales:

(...) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional (Art. 7 No. d).

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de la OEA (1947), establece que la ley garantizara la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de industrias y profesiones y las justas causas de separación. Cuando el despido justificado surta efecto, el trabajador tendrá derecho a una indemnización

(Art19). Así mismo señala que los empleados públicos tienen derecho a ser amparados en la carrera administrativa, de modo que se les garantice, mientras cumplan sus deberes, la permanencia en el empleo, al derecho al ascenso y a los beneficios de la seguridad social (...) (Art. 24).

Es de tener en cuenta que en Europa, el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea compromete a los Estados Partes a reconocer el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin ningún tipo de discriminaciones, por lo que ordena tomar las medidas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos en el acceso al empleo y reinserción profesional (Art. 1 inciso a).

De los principios fundamentales del trabajo establecidos por la OIT, (Conferencia Internacional, del Trabajo en su, octogésima sexta reunión, & Ginebra, 18 de junio de 1998, (Anexo revisado, 15 de junio de 2010), 2010., p. 11). Manifiesta que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

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

Especialmente los convenios de La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) que se encuentran ratificados por Colombia, son de resaltar: el descanso semanal (C 014); las vacaciones pagadas (C 052), sobre la protección del salario (C 095) y las relaciones de trabajo en la administración pública (C 151).

Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (C 151, 1978), en vigencia desde el 25 febrero 1981, adoptado en Ginebra, en la reunión 64, CIT (27 junio) sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, de manera expresa establece, la obligación de aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo. Así mismo, respecto a las condiciones de empleo, incluye la obligación de negociar y permitir la participación en esa determinación:

Deberá adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones (Art. 7).

En cuanto a norma supletoria, se encuentra el convenio C 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, por iniciativa del empleador, el cual no se ratificó en Colombia,

por eso tiene tal connotación, según la corte Suprema de Justicia (2014) y su recomendación 166.

Es importante resaltar, que en el marco de la adopción de la política de talento humano en el sector público de salud del distrito capital (resolución 0648 de 2014), se sostuvo en el principio del trabajo digno y decente, a la luz de la ley 1438, por medio de la cual contempló la definición de política de Talento Humano en salud, imponiendo la obligación de consultar a los postulados de trabajo decente de la OIT. En ese sentido, se señaló expresamente a los siguientes convenios:

La libertad sindical y a la protección al derecho a la sindicalización (convenio 87), aprobado por la ley 26 de 1976; La aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva (convenio 98), aprobado por la ley 27 de 1976; La igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor (convenio 100) aprobado por la ley 54 de 1962 y, la discriminación en materia de empleo y ocupación (convenio 11) aprobado por la ley 22 de 1967.

En ese mismo orden, se tuvo en cuenta que la Organización Mundial de la Salud (O.M.S), en el documento Colaboremos por la salud, y a nivel regional a través de la Agenda de salud para las Américas y del llamado a la Acción de Toronto, los países y las autoridades de la salud asumieron el compromiso de adoptar medidas para mejorar las condiciones de trabajo y calidad de vida de las personas vinculadas al sector salud.

Por otro lado en cuanto al acceso a la función pública, el Estado como empleador está sujeto directamente a los principios que debe promover y, en vistas al volumen del empleo estatal, el sector público desempeña una función básica en la aplicación general de la política del gobierno para promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo.

El principio mínimo fundamental contemplado el artículo 53 de la constitucional política de 1991, concebido en la legislación interna del Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 909 de 2004, absolutamente congruente con el bloque de constitucionalidad, respecto a la estabilidad en el empleo que reza en el marco internacional “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, (Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de la OEA (1947) y Protocolo del Salvador al Convenio Americano Sobre Derechos Humanos (1988), acorde con las justas causas de separación, la permanencia en el empleo. Así como la reinserción profesional (Protocolo Adicional de la Carta Social Europea) que se deriva del derecho europeo. Empero lo que no resulta consonante con estos instrumentos internacionales, son las consecuencias que se derivan de la declaratoria judicial de un contrato realidad en virtud al reconocimiento de una relación laboral, que surgió como consecuencia de una vinculación ilegal por parte de la entidad pública, quien con la anuencia que arropa su investidura permitió el ejercicio de hecho y no de derecho de un empleo público, con la intención de eximirse del cumplimiento de las prerrogativas de este contenido. Hecho que convalida el juez, al conferir una protección parcial a los derechos de este trabajador del Estado, es decir, únicamente confiere el pago de prestaciones sociales, sin derecho a reintegro o estabilidad en el empleo, ausencia de justas causas, escondiéndose bajo la muralla que argumenta la entidad mitómana, de la inexistencia del empleo en la planta, paradójico al

ostensible hecho de haber autorizado el ejercicio durante años, lo cual implicaba que la necesidad de la entidad existía, frente a lo cual sobrecarga la obligación de crearlo, por cuanto esta función hace parte de las múltiples decisiones discrecionales de la entidad.

La jurisprudencia que se deriva de la aplicación del principio mínimo constitucional de la primacía de realidad sobre las formas establecidos por los sujetos en las relaciones. Al ser óbice a los efectos integrales de la relación laboral que se declara en el ejercicio del empleo público de hecho, simultáneamente desvirtúa la naturaleza de la norma de la que se abstraen los elementos de subordinación, prestación personal y remuneración que construyen el contrato realidad, dado que estas las concibió el legislador para regular las relaciones entre particulares en el Código Sustantivo del Trabajo, texto legislativo que paradójicamente excluyó la regulación de las relaciones entre la Administración Pública y los servidores del Estado. Con el hermético postulado de que por el hecho de trabajar para el estado no se convierte en empleado público, creación jurisprudencial, que automáticamente cercena el acceso al ejercicio de los otros derechos del trabajo que se derivan del bloque de constitucionalidad. Es el caso de la estabilidad en el empleo, que al no concederla, impide el acceso al ejercicio del mismo derecho constitucional y convencional al trabajo en condiciones dignas y justas, a condiciones equitativas y satisfactorias en el trabajo, a la protección contra el desempleo, a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a la familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario por cualesquiera otros medios de protección social. Toda vez que el pago de las prestaciones sociales no son las únicas prerrogativas que constituyen esas condiciones.

Al declarar un contrato realidad con esas limitaciones en una situación consolidada por el desempeño de un empleo público de hecho, la justicia en virtud a esta jurisprudencia, convalida el actuar ilícito de la entidad, por cuanto en ésta, recaía la obligación de cumplir con los requisitos legales para permitir el acceso a un cargo público, empero cedió su ejercicio sin su cumplimiento. Responsabilidad de la cual se excluye al contratista, quien fue vinculado mediante un contrato de adherencia. Lo anterior, atenta contra el convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (C 151, 1978), En virtud a que la sanción no lo constituye, sino que tiene un carácter de pago de lo debido, como tampoco se estudia la posibilidad de declarar una medida constitucional de carácter riguroso que permita impedir materialmente el uso ilícito de vinculación de contratistas de prestación de servicios para maquillar relaciones laborales, con lo cual deroga el acceso a la protección del derecho de sindicación y la posibilidad de negociar las condiciones en el empleo, como se desprende de este mandato internacional.

En suma, se deriva del jus cogens la protección del derecho al trabajo bajo preceptos de respeto a la dignidad humana, en criterios de igualdad, en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, lo cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida decorosa, con una remuneración equitativa y satisfactoria, con lo cual se debe proteger de manera extensiva a la familia. Así mismo impone que debe prevalecer la estabilidad en el empleo, mediante unas causas de justa separación, indemnización en caso de despido injusto, readmisión, reinserción profesional, protección contra el desempleo. Por otro lado, respecto a los empleados públicos, ordena, amparo en la carrera administrativa, de modo que se garantice, mientras se cumplan los deberes, la permanencia, el derecho al ascenso y a los beneficios de la seguridad social.

Por último, es de tener en cuenta, que la declaratoria judicial del vínculo laboral realidad, bajo unos efectos apartados de los expuestos criterios internacionales del derecho al trabajo, niega su aplicación y se convierte en un criterio de reconocimiento, para unos efectos infra internacionales. Por lo cual no aviene a estos, por cuanto no promueve su aplicación sino que los deja sin efecto material, en el contexto del ejercicio del empleo público de facto y no de iure.

De lo expuesto, se allega la conclusión, que no resulta una medida efectiva para la protección integral de los derechos del trabajador de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado de Bogotá, la jurisprudencia que declara el vínculo laboral realidad, que subyace del ejercicio de un empleo público de facto.

3.2.5.- NO RESULTA UNA MEDIDA EFECTIVA PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE BOGOTÁ, LA JURISPRUDENCIA QUE DECLARA EL VÍNCULO LABORAL REALIDAD, QUE SUBYACE DEL EJERCICIO DE UN EMPLEO PÚBLICO DE FACTO

A partir de la delimitación que estableció la Corte Constitucional, al principio iusfundamental mínimo del trabajo (1994), de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, que hoy es la medula espinal en la construcción de las sentencias del vínculo laboral realidad cuando versan respecto al ejercicio del empleo público de hecho, al imponer como frontera infranqueable a las formalidades sustanciales del derecho público. No aviene a la misma constitución, como tampoco a los instrumentos internacionales del trabajo, en la medida en que impide acceder al resto del listado de los mandatos de máxima categorización que se encuentran en el artículo 53 superior, los cuales se acordaron por la asamblea nacional constituyente (gaceta número 85), con la finalidad de arropar a toda relación laboral, independiente a la calidad del empleador, público o privado. Así mismo por cuanto son mandatos que se encuentran integrados al bloque de constitucionalidad.

Lo anterior, a pesar de que la Corte manifiesta que no es óbice para que los jueces puedan aplicar normas más favorables, este precepto no tiene efectos, así se evidencia en la orientación que reconoce el vínculo laboral, es decir con el único efecto de conferir el pago de las prestaciones sociales. Toda vez que esta tesis, afirma que el principio de la primacía de la realidad agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla, empero, no puede excusar con la mera prestación efectiva del trabajo, la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública, como tampoco conferir el status de empleado público, en la medida en que, éste no puede aniquilar las formalidades sustanciales de derecho público.

3.5.- CONCLUSIONES SUSTANCIALES, PARTE PROPOSITIVA

En este último acápite se abordan las proyecciones teóricas y/o empíricas de carácter propositivo, que para efecto de superar la problemática planteada, básicamente se orienta en

exhortar a la Corte Constitucional para efecto de ajustar la jurisprudencia de la teoría de su denominado “contrato realidad” a la luz de los principios mínimos constitucionales del trabajo, introspección que busca el mismo sentido que expreso en 1993 por Honorable Magistrado Ciro Angarita Barón, cuando se declaró constitucional una parte del artículo 163 del Decreto ley 222 de 1983, acorde a la modificación del artículo 25 del Decreto ley 1680 de 1991, respecto al contrato administrativo de prestación de servicios, en aclaración de voto, al considerar que la sala plena de la Corte Constitucional, debió optar por una decisión más rigurosa, en el siguiente sentido:

(...) hubiere optado por una tónica más enfática al derecho al trabajo humano que condujera a proponer la declaratoria de una constitucionalidad condicionada al hecho de que -en aquellos casos en que por cualquier eventual abuso de formas jurídicas el contrato de prestación de servicios deviniere en contrato de trabajo- se respeten cabalmente los derechos del trabajador. Esta forma tiene la ventaja de estimular una rígida observancia o vigilancia del cumplimiento de las respectivas obligaciones para mantenerse en el marco de los preceptos constitucionales. Lo cual favorece en mejor forma la causa inextinguible de la justicia. (Aclaración de voto, 1993, p.14)

Donde concluyo su posición respecto a ese escenario, bajo la pregunta: Por qué no se optó en esa ocasión por decretar una exequibilidad condicional, más acorde como era con las exigencias de la dignidad humana? Bajo ese escenario surge el interrogante ¿si es en ese momento se hubiese optado por una decisión moduladora en la actualidad se respetarían las prerrogativas que se derivan del derechos al trabajo? Por cuanto en la actualidad, se considera imperante un pronunciamiento jurisprudencial con rigurosidad, dado el estado de necesidad que subyace del desmesurado de trabajadores de prestación de servicios al Estado, dentro de los supuestos facticos del vínculo laboral realidad, huérfanos de protección integral de sus derechos mínimos del trabajo, lo cual raya con la dignidad humana.

En ese orden por un lado se propone, una medida transitoria de protección al trabajador de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado de Bogotá bajo el siguiente orden: por un lado, declarar jurisprudencialmente mantener el vínculo suscrito hasta que la Empresa Social del Estado contratante cumpla con el imperativo legislativo, para suplir ese empleo; por otro lado, declarar un estado de cosas inconstitucionales por los precarios efectos de jurisprudencia del vínculo laboral realidad en las E.S.E.; Así mismo, por la actuación ilegal de la Empresas Sociales en la suscripción de contratos de prestación de servicios, y por último así mismo por el incremento de vinculación de contratistas de prestación de servicios que desplaza al empleado público y refleja ostensiblemente que se encuentran en riesgo los derechos fundamentales de estos empleados del Estado.

3.5.1.- COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN TRANSITORIA, DECLARAR SENTENCIA DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN EN EL SENTIDO DE MANTENER EL VÍNCULO SUSCRITO HASTA QUE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CONTRATANTE CUMPLA CON EL IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

Construir a partir del principio mínimo constitucional del trabajo de la estabilidad en el empleo (Art. 53 C.N.), un pronunciamiento judicial de unificación y extensión que confiera protección transitoria a todos los contratistas de prestación de servicios que se encuentran ejecutando esta clase de vínculo contractual y que subyacen de los supuestos facticos que configuran los tres elementos del contrato de trabajo. Donde se ordene mantener el vínculo de prestación de servicios, mientras exista la necesidad de satisfacer esas necesidades que se han venido supliendo mediante el trabajador de prestación de servicios, significando con ello, la imposibilidad a la administración de abstenerse de continuar renovando el contrato, adición o prórroga suscrita mientras subsista la materia de trabajo, causa u objeto del contrato, adyacente al cumplimiento de las obligaciones que se hayan contraído, status similar al que se brinda a los sujetos de especial protección constitucional. Así mismo, este indique unas causas de justa separación, hasta tanto la Empresa Social del Estado, cumpla con establecido por el legislador a la luz del numeral quinto (5) del artículo 195 de la ley 100 de 1993, que desarrolla la función pública que establece la constitución política de 1991.

En anterior contexto, similar a la concepción de la Corte Constitucional, que en sede de acción de tutela ha desarrollado para proteger a los sujetos que se encuentran dentro de las circunstancias que invoca el artículo 13 iusfundamental, mediante estabilidad laboral reforzada, es decir a “mujeres embarazadas; personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; aforados sindicales; y madres cabeza de familia (Sala Tercera de revisión, M.P. Alejandro Linares Cantillo, 2016, p. 2)”.

En ese contexto se configura la mencionada protección de estabilidad reforzada, respecto a las personas en situación de debilidad manifiesta por razones de salud a partir de los artículos 1, 13, 47, 54 y 95 de la constitución, en el escenario en el que la opción productiva es un contrato o una orden de prestación de servicios, el amparo se confiere al declarar la ineficacia de la terminación del mismo, y ordenar su renovación por un período igual al inicialmente pactado. Luego si persiste el estado de debilidad manifiesta por razones de salud, la terminación del nuevo contrato se debe someter a la existencia del permiso de la autoridad del trabajo, que en suma:

(...) para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica para cualquier opción productiva, bien sea laboral o civil; cuando el juez de tutela encuentra evidencia de que un contrato de prestación de servicios encubre una verdadera relación laboral, declarará el contrato realidad, ordenará el reintegro y condenará al pago de la indemnización de 180 días de salario; y cuando el juez de tutela no tiene los elementos suficientes para declarar la configuración del contrato laboral, pero (a) evidencia que las condiciones especiales del accionante -edad-

requieren la actuación del juez constitucional y (b) determina que la no prórroga del contrato fue consecuencia del estado de salud del contratista; (c) adoptarán las medidas necesarias para que cese la vulneración (Sala Tercera de revisión, M.P. Alejandro Linares Cantillo, 2016, p. 8).

En cuanto a las personas en situación de discapacidad se desarrolla a través del contenido de los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política, respecto a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada sin importar la naturaleza del contrato en el que se enmarca la relación laboral en la que participa un trabajador en situación de discapacidad, abajo la connotación de que:

(...) existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, derivado de las normas constitucionales e internacionales relativas a la protección de este grupo poblacional y materializado en las obligaciones puntuales establecidas por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (...) se ha incluido como requisito sine qua non para el despido o la terminación del contrato de trabajo con una persona en situación de discapacidad, la autorización para ello de la oficina del trabajo (Corte Constitucional, 2014, p. 19).

Por otro lado se configura en el fuero de la maternidad, que implica el derecho a gozar de estabilidad laboral reforzada, es decir, a no ser despedida del trabajo en razón del embarazo, durante o después, cuando se encuentra disfrutando la licencia. En ese sentido se ha enfatizado en que el vencimiento del plazo pactado en el contrato de prestación de servicios no es razón suficiente para que el empleador se niegue a renovar el convenio con una gestante. Esta clase de decisiones solo tiene asidero si sobreviene la extinción de la materia de trabajo, de la causa u objeto del contrato, aunado al incumplimiento de las obligaciones de la contratista. En ese orden, se han consolidado criterios fundamentales, para proteger a este grupo poblacional, bajo el siguiente concepto:

(...) en el caso de los contratos de prestación de servicios se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia mediante el cual se ha dicho en los contratos a término fijo que el solo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar un contrato de una mujer embarazada. De ahí que las partes se encuentran obligadas a celebrar un nuevo contrato siempre que al momento de la finalización del plazo inicialmente pactado subsistan la materia de trabajo y las causas que originaron el contrato y, el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, por lo que se le deberá garantizar su renovación”. Aunque, para la Sala es necesario aclarar que en caso de que la trabajadora no haya observado sus deberes contractuales, el empleador debe comunicarle dicha situación y obtener el respectivo permiso de la autoridad del trabajo (Corte Constitucional Colombiana, 2012, párr. 5.3.2)

Dicho criterio se unifico por la sala plena de la Corte Constitucional, bajo el siguiente tenor:

Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación (Corte Constitucional, M.P. Alexei Julio Estrada, 2013, p. 2).

En síntesis, a partir de la construcción una sentencia de Unificación Jurisprudencial a la luz del artículo 102 ss. y 269 ss. del CPACA, que desarrolle el principio mínimo constitucional de la estabilidad en el empleo (Art. 53 C.N.), con base en el mandato de máxima categorización iusfundamental de la favorabilidad en el contexto de las hipótesis fácticas de los tres elementos del contrato de trabajo, que esconde la administración de las Empresas Sociales del Estado mediante la figura legalmente válida del contrato de prestación de servicio. Se declare que mientras subsista la materia de trabajo, causa u objeto del contrato, adyacente al cumplimiento de las obligaciones que se hayan contraído, se mantenga el vínculo hasta tanto la administración cumpla, cumpla con establecido por el legislador a la luz del numeral quinto (5) del artículo 195 de la ley 100 de 1993, que desarrolla la función pública que establece la constitución política de 1991. Es decir crear los cargos y abrir la convocatoria para así lograr garantizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas a la luz de los derechos constitucionales y convencionales.

Es de resaltar que es importante la clase de sentencia, por cuanto mediante un trámite sencillo, rápido y sin la necesidad de intervención de terceros, permite efectividad y eficacia de la aplicación del pronunciamiento. Lo anterior, en virtud a que la sentencia de unificación y extensión ofrece un procedimiento expedito (30 días) (Art. 102 CPACA) para materializarlo, es decir, acorde al procedimiento se puede agotar en sede administrativa mediante una petición dirigida a la autoridad competente y así mismo establece que si se niega la extensión de los efectos o la autoridad guarda silencio el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado adjunto a la copia de la actuación surtida ante la mencionada autoridad (Art. 269 CPACA).

3.5.2.- DECLARAR UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES POR LA JURISPRUDENCIA DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD EN LAS E.S.E.

En virtud a que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, mediante el vínculo laboral realidad, legitima la acción ilegal de las Empresas Sociales del Estado, al declarar una relación laboral con un único efecto de contenido económico, insignificante para la entidad, es decir, el pago de las prestaciones sociales, con lo cual posterga la efectividad de los principios mínimos constitucionales del trabajo, que son mandatos de optimización que hacen parte del bloque de constitucionalidad, es decir, la estabilidad en el empleo, la igualdad real y efectiva, la favorabilidad, entre otros, que se derivan del listado que anuncia artículo 53 constitucional, que por voluntad del constituyente de 1991, según gaceta 85, se acordó que estos debían arropar toda relación laboral, independiente a la calidad del empleador, público o privado.

Lo anterior, al cercenar los efectos del principio mínimo constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, columna vertebral del vínculo laboral realidad, bajo los argumentos que este principio no puede permear las formalidades sustanciales del derecho público y que por el hecho de trabajar para el Estado, no se convierten en empleado público. Lo cual ha servido de estimulante a la suscripción de contratos de prestación de servicios para cumplir actividades de carácter permanente, así se refleja en el aumento en las cifras estadísticas que para este estudio se obtuvo de los periodos anuales de 2014, 2015 y 2016 en las Empresas Sociales del Estado, con los cuales se desconocen los mencionados principios mínimos constitucionales y convencionales del trabajo, la función pública y se pone en riesgo el interés general que busca proteger el legislador, en desarrollo a los mandatos constitucionales, por cuanto mediante contratistas de prestación de servicios, se suplen las tareas de carácter permanente y subordinado que corresponde al objeto social para el cual fue creada la entidad, borrando simultáneamente la necesidad de crear los empleos.

3.5.3.- DECLARAR UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL POR LA ACTUACIÓN CONTRARIA A DERECHO DE LA EMPRESAS SOCIALES EN LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

En ese orden, se tiene que en la actualidad subyacen los presupuestos básicos para declarar el Estado de Cosas Inconstitucionales a la luz de la falta de observancia de las normas legislativas para satisfacer las necesidades de capital humano en las Empresas Sociales de Estado. En consideración a varias razones, en primer lugar, la Corte Constitucional en nutrida jurisprudencia ha reconocido mediante la protección parcial que otorga al reconocer el vínculo laboral realidad en el contexto del ejercicio del empleo público de hecho, que estas Entidades del Estado, utilizan el contrato de prestación de servicios para esconder relaciones laborales, lo cual es una práctica ilegal, abiertamente contraria a la constitución y común para estas; en segundo lugar, la falta de eficacia en la exhortación que la Corte Constitucional ha dirigido a diferentes órganos del Estado, para velar por hacer cumplir con las normas del derecho al trabajo, los principios de la función pública y respetar las prohibiciones respecto a la utilización de esta figura jurídica contractual; en tercer lugar evidenciado el aumento en las cifras estadísticas de vinculación de personas mediante esta clase de contrato, tarea autentica producto de este estudio investigativo que se expuso; En cuarto lugar, en virtud a la continuidad en esta acción contractual de la administración, que por un lado vulnera permanentemente y manera masiva los derechos constitucionales y convencionales de estos trabajadores de prestación de servicios del Estado (E.S.E.) y por el otro, pone en riesgo la función pública al desconocer las formalidades sustanciales del derecho público en materia de recurso humano con esta práctica contractual, al desconocer el ordenamiento legislativo dispuesto para tal fin. Por las razones expuestas, en este acápite se pretende abordar una posible solución que vislumbra conjurar esta problemática que desconoce los derechos de miles de personas por su indebida vinculación al ejercicio del empleo público. Es decir, el Estado de Cosas Inconstitucionales.

En un concepto acuñado y públicamente reconocido, se convirtió la práctica ilegal, irregular, abiertamente inconstitucional y aplicación abusiva del contrato de prestación de

servicios, mediante la cual se vinculan de manera directa a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, por largos periodos de tiempo. Lo cual afecta la carrera administrativa, instrumento esencial para el mérito, regla general de acceso y permanencia en la función pública. Así, reconoce la Corte Constitucional que es una desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde al juez contencioso administrativo, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela. En ese contexto, reconoce y exhorta a las entidades competentes, ejercer sus funciones para contrarrestar tal efecto, bajo el siguiente contenido:

Se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de las reglas previstas. Y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas (2009).

En ese mismo sentido, en el año 2012, reitera dicha posición, específicamente en las Empresas sociales del Estado, en virtud a que la contratación por prestación de servicios, es un proceso de deslaboralización, en virtud a que tiene como finalidad modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la relación de trabajo. En ese horizonte, al inobservar las prohibiciones respecto a la suscripción de esta modalidad contractual, para cumplir funciones de carácter permanente en las entidades públicas y esconder relaciones laborales, lesiona los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. Reconoce que existe una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema. (2012, p.17). T 171

De nuevo, exhorta a las autoridades en el mismo sentido que lo realizó en la sentencia C-614 de 2009, es decir a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social, y la hace extensiva al Ministerio de Trabajo, para que se desarrollen las actuaciones necesarias y adopten las decisiones pertinentes, con el fin de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, cuando mediante su utilización se desconozca el contrato laboral, los derechos de los trabajadores y se promuevan procesos de deslaboralización y tercerización, tanto en el sector público como en el privado, lo cual es abiertamente inconstitucional (2012, p.34).

Lo descrito en estas jurisprudencias se adecua a los factores que enumera la Corte Constitucional, para determinar la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucionales. Es decir, la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; La adopción de prácticas inconstitucionales; la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, dado que se requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de

acciones que exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicionalmente importante (T 025 (2004).

A la luz del estudio referido, se encuentra que subyacen los presupuestos básicos para declarar el Estado de Cosas Inconstitucionales, en las Empresas Sociales del Estado, lo cual nace a partir de la práctica ilegal en la suscripción de contratos de prestación de servicios personales, para prestar el servicio público de salud, objeto social para el cual fueron creadas, con los cuales se vulnera los derechos fundamentales y constitucionales de los trabajadores de prestación de servicios al Estado, por cuanto las entidades se sustraen de cumplir con las obligaciones constitucionales y legales que se derivan de la armonización de los derechos de los servidores con la función pública, poniendo en riesgo ambos derechos, es decir el de interés individual (derecho al trabajo en condiciones dignas y justas) y el colectivo (interés general).

En armonía con lo señalado por la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-614 de 2009, en el estudio de inconstitucionalidad del artículo 20 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968. Afirmando que para el ejercicio de funciones de carácter permanente, se deben de crear los empleos correspondientes y en ningún caso se puede celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de estas funciones.

En ese mismo orden, la Sala Plena de la Corte Constitucional, al proferir la sentencia moduladora C-171 de 2012, es decir al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, señaló que las Empresas Sociales del Estado podrían desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, siempre y cuando no se tratara de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta o cuando se requirieran conocimientos especializados. Dentro de lo cual, reiteró que son inconstitucional los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo, dentro de lo cual incluyo el contrato de prestación de servicios, dado que tienen como finalidad modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la relación de trabajo. Advirtiendo el respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales especialmente los artículos 25, 53, 123 y 125 Constitucionales. En consideración a que “contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades públicas o privadas, desfigura el concepto de contrato, constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores y fomenta procesos de deslaboralización”.

3.5.4.-DECLARAR UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES POR EL INCREMENTO DE VINCULACIÓN DE CONTRATISTAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE DESPLAZA AL EMPLEADO PÚBLICO

Se reportan a miles de trabajadores de la salud, entre los cuales se encuentran Médicos especialista y generales, Jefes de Enfermería, Auxiliares en Salud, Bacteriólogos, Odontólogos, Terapeutas Respiratorios entre otros profesionales de la salud, quienes se encuentran vinculados en las Empresas Sociales del Estado de Bogotá(E.S.E.), bajo la

modalidad de contrato de prestación de servicios personales, quienes, acorde a la estrecha relación que existe entre el perfil y el objeto social, adyacente a la subordinación y continuidad, se encuentran ejecutando el servicio público de salud en el Distrito Capital de Colombia. Así se expone en informes que se obtuvieron exclusivamente para este estudio investigativo, bajo la siguiente información:

En primer lugar, la Subred Integrada de servicios de salud del Sur, en informe GG-E-2017, registra para el año 2014 el número de 22.526; para el 2015 un total de 18.767 y en el 2016, reporta 16.270 contratistas de prestación de servicios para los perfiles inherentes al objeto social que desarrolla (2017, p.2).

En segundo lugar, la Subred Integrada de servicios de salud Sur Occidente, en informe 2017312 01, registra, para el año 2014 el número de 8.056; para el 2015 un total de 7.424 y en el 2016 reporta 6.453 contratistas de prestación de servicios para la prestación de servicios público de salud (2017, p.3).

En tercer lugar, la Subred Integrada de servicios de salud de Centro Oriente, en informe R 7658 -2016, registra para el año 2014 el número de 6.384, para el 2015 un total de 5.361 y para el año 2016 reporta 4.882 contratistas de prestación de servicios, en los perfiles de las diferentes especialidades a fin a la prestación del servicio de salud (2016, p.3).

En cuarto lugar, la Subred Integrada de servicios de salud del Norte (E.S.E.) 20171200051971, registra para el año 2014 el número de 5.169; para el 2015 un total de 6.323 y para el año 2016 reporta 5.911 contratos de la misma naturaleza, es decir en los perfiles de salud, medico, enfermeras, bacteriólogos entre otros (2017, p.2).

En suma, no son cientos, son miles de empleados en las Empresas Sociales del Estado, quienes tienen la responsabilidad de garantizar la prestación del servicio público de salud desde el contrato de prestación de servicios. El cual constituye una barrera infranqueable para acceder al goce de los principios mínimos constitucionales y convencionales del trabajo en condiciones dignas y justas, es decir al descanso remunerado (vacaciones), descanso dominical, ausentarse por calamidad doméstica o en razón a fuerza mayor entre otros. Aunado y más gravoso deviene de los efectos de la jurisprudencia del vínculo laboral realidad frente al empleo público de hecho, que es el único medio judicial que actualmente procede para la protección de estos contratistas de prestación de servicios, dada la naturaleza del cargo que ostentan a la luz del mandato legislativo, por cuanto impide el acceso a la administración de justicia, en virtud a que estos efectos resultan intimidantes a estos empleado, dado que si lo hacen, es sinónimo de quedarse sin el empleo de hecho que vienen ejerciendo, por cuanto esta jurisprudencia no les permite la estabilidad en el empleo, debido al argumento que expone la corte constitucional, respecto a los límites que estableció al principio de primacía de la realidad sobre las formas, el cual se encuentra en las formalidades sustanciales del derecho público a las cuales no se puede acceder por el solo hecho de trabajar para el Estado, Con la mencionada jurisprudencia, se esclaviza al contratista que desde hace muchos años se encuentra en esas circunstancia fácticas, quien se siente

coaccionado a sujetarse a las condiciones aunque implique sacrificar sus derechos fundamentales. Por cuanto se borra la pretensión de solicitar un contrato de trabajo en condiciones aceptables a los instrumentos internacionales, es decir, arroparlo de los principios que enlista el artículo 53 de la Constitución política, sin violar las formalidades constitucionales para acceder al empleo público.

Todo lo expuesto, lleva a la necesidad de activar un mecanismo efectivo que comprometa a todas las autoridades competentes, par contrarrestas los efectos de la actuación de la entidad al margen de la norma, por cuanto este contexto brida una plataforma de violación de derechos fundamentales de estos trabajadores de prestación de servicios, y así mismo, pone en riesgo la prestación del servicio público de salud, interés público.

3.5.5.- ARMONIZAR LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL VÍNCULO LABORAL REALIDAD A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Teniendo en cuenta que la Constitución Política, es norma de normas y que en todos los casos en los que exista incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica debe aplicarse la Constitución, de lo cual se deriva el control de constitucionalidad de las leyes y de las demás normas jurídicas. Sin embargo, en caso de conflicto existente, entre una norma constitucional y una ley, sino entre dos disposiciones de rango legal, razón por la cual no se puede acudir a la normativa constitucional para la resolución del conflicto y no es viable la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de uno de los preceptos. Con el objeto de contribuir a la solución de las contradicciones o antinomias que puedan presentarse entre las diferentes normas legales, las leyes 57 y 153 de 1887 se fijaron diversos principios de interpretación de la ley. Entre los principios contemplados se encuentra el de que cuando en los códigos adoptados se hallen disposiciones incompatibles entre sí la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general (1997, p.1). 078

En ese orden, respecto a los problemas hermenéuticos, aplica tres criterios previstos en las Leyes 57 y 153 de 1887 como son *lex superior derogat inferiori*, (*lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*. El resultado de aplicar estos criterios es el de que prevalecen las normas que regulen de manera especial la materia sobre su regulación general (C 379 de 2015).

En virtud al mandato legislativo, respecto a los servidores de las Empresas Sociales del Estado, se establece que todas las personas vinculadas, deben conformar una planta de personal que esté integrada por empleados públicos o trabajadores oficiales, frente a la inobservancia de este mandato imperativo por parte de la administración, en virtud a que en su lugar vinculan contratistas de prestación de servicios con esta finalidad.

Frente a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al realizar la construcción del vínculo laboral realidad, partiendo de la prestación efectiva del servicio bajo las presunciones del contrato de trabajo, que predica el código Sustantivo del Trabajo, es decir, prestación personal, continuada subordinación y remuneración (Art. 23 C.S.T.), se desvirtúa el contrato de prestación de servicios suscrito, utilizado por la administración para

encubrir, falsear, aparentar, esconder, disfrazar, maquillar o disimular la relación laboral. En ese entendido dirige la declaratoria a la regulación mediante esa legislación. Lo cual resulta paradójico, dado que éste estatuto, excluyo expresamente “Las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten (Art. 4 C.S.T.)”.

Los hechos que se consolidan bajo la actuación de la Administración al margen de la norma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, establece el alcance de los efectos del principio mínimo constitucional de la realidad sobre las formas establecidos por los sujetos, al considerar que por solo hecho de trabajar para el Estado no se convierte en empleado público, por cuanto el límite de este principio se encuentra en las formalidades sustanciales del derecho público, por lo tanto declara la prevalencia de la relación laboral con el único efecto del pago de las prestaciones sociales, desnudándola de los principios mínimos del trabajo contenidos en el bloque de constitucionalidad, como el reintegro o estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad, favorabilidad y otros que integran el listado del artículo 53 Constitucional.

Las Empresas Sociales del Estado, en materia de recursos humanos, se encuentran sometidas a la ley 100 (1993), donde se establece que todas las personas vinculadas a la empresa, deben conformar una planta de personal que esté integrada por empleados públicos o trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990 (numeral 5 del artículo 195 de la ley 100 de 1993).

En ese orden, señala el artículo 122 de la Constitución:

No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Así como:

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 (Art. 125 C.N.).

En ese orden, (...) el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna (Art. 27) ley 909.

En ese orden, “(...) Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna (Art. 53 C.N.). Los cuales son de obligatorio cumplimiento, incluyo este mandato imperativo esta de manera expresa en los convenios cuando se han ratificado, es el caso de los convenios de la O.I.T, bajo el siguiente

postulado, “Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General. C 095, C Art. 19. Así mismo, la CADH, deber de adoptar disposiciones de derecho interno las medidas necesarias para hacer efectivo los derechos y las libertades contenidos en el derecho internacional.

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (p.30) Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 16 de septiembre de 2006.

Lopez Medina, D.H., los operadores jurídicos tienen la obligación de incorporar la doctrina y la jurisprudencia⁵³ de organismos y tribunales internacionales en su labor hermenéutica, debido a que sería inútil utilizar normas de textura abierta del nivel internacional para interpretar reglas constitucionales de las mismas características que incluso usualmente tienen contenidos idénticos. Se requiere el uso de estas fuentes del derecho internacional para la construcción de argumentos sólidos en la práctica jurídica y para garantizar que las actuaciones judiciales internas sean consideradas respetuosas del DIDH en los sistemas internacionales de protección (la armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano, P.30)

Es decir, para el contexto del vínculo laboral realidad, que de acuerdo a este estudio, no se encuentra en armonía con los postulados internacionales, se encuentran mandatos específicos respecto a los principios iusfundamentales que margina la aplicación con la declaratoria judicial de la relación laboral en el ejercicio del empleo público de facto y no de iure.

El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el convenio internacional del trabajo número 111, aprobado por Colombia mediante la ley 22 de 1967 y ratificado en 1969, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En suma de acuerdo a los instrumentos internacionales abordados el derecho a la igualdad es un mandato universal que debe aplicarse en la mayor medida.

El derecho al trabajo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en la Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, establece que:

Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de su trabajo y a la protección contra el desempleo, (...) igual salario por trabajo igual. A una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario por cualesquiera otros medios de protección social (...) (Art. 23).

Más adelante:

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas (Art. 24)

En el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en la Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde el 23 de marzo de 1976, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969. Este prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio, es decir busca que el trabajo sea libremente escogido y aceptado. Es de tener en cuenta que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone la obligación concreta al Estado de prohibir el trabajo no escogido libremente el (Art. 8).

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde el 3 de enero de 1976, ratificado por la Ley 74 de 1968 en Colombia, reconoce el derecho de toda persona a trabajar (...) (Art. 6), en condiciones dignas y satisfactorias; remuneración digna, seguridad e higiene en el trabajo, igual oportunidad de promoción en el trabajo y descanso (Art. 7). Es de tener en cuenta que el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. el cual debe entenderse como un medio para ganarse ese nivel adecuado de vida y no como un medio para alcanzar un nivel de vida adecuado, puesto que dicho nivel está garantizado por sí solo como derecho humano.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948, contempla el derecho al trabajo y a una remuneración justa que atienda a la capacidad y destreza del trabajador, y que le permita un nivel de vida conveniente para sí mismo y para su familia (Art. XIV); el derecho a la recreación, el descanso y el mejor aprovechamiento del tiempo libre (Art. XV) y así mismo establece el deber de toda persona de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, como medio que le permita obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad (capítulo segundo).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, se ratificó por Colombia el 28 de mayo de 1973. Establece que nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio (Art. 6).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigencia desde el 16 de noviembre de 1999, ratificado por Colombia el 23 de diciembre de 1997, establece el derecho de toda persona al trabajo y la garantía de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (Art(s) 6 y 7).

Dentro de los convenios de la O.I.T. indispensables para desarrollo de este tema, se encuentra ratificados por Colombia: el descanso semanal (industria) (C 014), 1921; las vacaciones pagadas (C 052, 1936); la protección del salario (C 095, 1949) y respecto a las relaciones de trabajo en la administración pública (C 151, 1978).

En cuanto a la estabilidad en el empleo, en el ámbito internacional de encuentra, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948), que señala, toda persona tiene derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo (...) (Art. 23).

El Protocolo del Salvador al Convenio Americano Sobre Derechos Humanos (1988), aprobado por el Congreso a través de la ley 319 de 1996, que establece que los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales:

(...) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional (Art. 7 No. d).

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de la OEA (1947), La ley garantizara la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de industrias y profesiones y las justas causas de separación.

En suma, si bien, en el ordenamiento interno se encuentran soluciones respecto a conflictos entre principios para lo cual se establece el test de ponderación o entre reglas, respecto a los problemas hermenéuticos, se resuelve con los criterios previstos en las Leyes 57 y 153 de 1887 como son *lex superior derogat inferiori*, (*lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*, dependiendo del contexto, resulta conveniente aplicar estos criterios es el de que prevalecen las normas que regulen de manera especial la materia sobre su regulación general (C 379 de 2015).

Del problema que se origina por la actuación irregular de la administración pública y en virtud a que la jurisprudencia se encuentra con barrera infranqueables de las formalidades sustanciales del derecho público se cuestiona, una vez desvirtuado el contrato de prestación de servicios suscrito, ¿Cuál es el ordenamiento jurídico que se debe aplicar al declarar una relación laboral respecto de un trabajador del Estado, en virtud a que ejerció en empleo público de hecho y no de derecho?. La jurisprudencia de la Corte Constitucional aplica directamente la constitución, mediante el principio de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, para reconocer el pago de las prestaciones sociales, en

virtud a que no se puede convertir en empleado público de derecho con la mera prestación del servicio al Estado. Por lo cual se requiere vislumbrar otra fórmula en el ámbito extranjero, para lo cual se encuentra, la armonización del derecho doméstico, máximo en el contexto múltiples normas que se derivan del derecho internacional y que han sido ratificadas por ordenamiento interno especialmente en materia del trabajo, son de obligatorio cumplimiento, se requiere en el ordenamiento interno, se armonice esta jurisprudencia a los mencionados instrumentos internacionales.

BIBLIOGRAFIA

Acuerdo 641(2016) reorganización del Sector Salud de Bogotá, Distrito Capital, se modifica el Acuerdo 257 de 2006 (2016).

Antonio José Gómez Serrano v. E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación, Consejo de Estado colombiano, sección segunda. Consejero Ponente: Sandra Lisset Serrano (2015). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>.

Arias, Dolly (2012). Características de profesionales y auxiliares de enfermería del Huila. 2010, artículo de investigación av enfermería (2): 56-66, 2012

AYALA CALDAS, Jorge Enrique. (1999). *Elementos de derecho Administrativo General* (Primera). EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.

Benavidez, J.L. (2010). Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad. Revista Derecho del Estado, p.31. Recuperado de http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaDerechoDelEstado/numero%2025/JoseBenavides.pdf

Congreso de la Republica, Pub. L. No. ley 10 de 1990 (1990). Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3421>

Congreso de la Republica, Pub. L. No. ley 100 de 1993 (1993). Recuperado a partir de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Congreso de la Republica. ley 909 (2004). Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14861>

Congreso de la República de Colombia,. CPACA, 1437 § (2011). Recuperado a partir de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso de la Republica de Colombia, Ley 80, 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28. “D.O. 41.094”.

Consejo de Estado Colombiano, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Proceso

Ruth Stella Rey Benito v. Hospital de la Perseverancia (2006).

Consejo de Estado Colombiano, M.P. Luis Camilo Osorio Isaza, Sala de consulta y

Servicio Civil (1997).

Consejo de Estado Colombiano, Sala de Consulta y Servicio civil, C.P. Humberto

Mora Osejo, No. 532 (30 de agosto de 1993).

Consejo de Estado Colombiano, Sala de consulta y servicio civil. Ponente: Flavio

augusto Rodríguez Arce., No.

<http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml> (4 de junio de 2000).

Consejo de Estado Colombiano, sala de consulta y servicio civil. Ponente: Javer

Henao Hidron, Consejo de Estado Colombiano, sala de consulta y servicio civil.

Ponente: Javier Henao Hidron, referencia: 244147 314-CE-SC-EXP1998-

N1127 (1998).

Consejo de Estado Colombiano, sala plena, M.P. Carmelo Perdomo Cuèter, Consejo

de Estado Colombiano (2016). Recuperado a partir de

<http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, sala de consulta y servicios Civil, M.P. Javier Henao Hidron, No.

1127 (20 de agosto de 1998). Recuperado a partir de

<http://www.notinet.com.co/pedidos/1127.htm>

Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta. Radicación número: 11001-03-27-000-2012-00005-00(19234).Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez; 10 de diciembre de 2015. p.4.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta. Radicación número 54001-23-33-000-2012-00177-01(20384). Consejero ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia; 25 de abril de dos mil dieciséis (2016).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Radicado número 81001- 23-33-000-2012-00020-01(0316-14). Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve; 4 de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13). Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero; 9 de abril de 2014.

Consejo de Estado (2014). Las sentencias jurisprudenciales y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia de unificación con fines de extensión. Edición primera. P. 188.

Consejo de Estado Colombiano (2016). Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Radicación número: 27001-23-31-000-2013-00334-01(3275-14). Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve; 4 de febrero de dos mil dieciséis 2016.

Consejo de Estado Colombiano (2016). Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00059-00(2252). Consejero Ponente: Álvaro Namen Vargas; 2 de diciembre de 2015

Consejo de Estado Colombiano (2016). Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15. Consejera Ponente: Sandra Lisseth Ibarra Vélez. 2 de febrero de 2016.

Consejo de Estado Colombiano (2014). Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección b. Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013). Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve; 27 de noviembre de 2014.

Consejo de Estado Colombiano (2016). Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Bogotá, D. C., cinco (05) de mayo de dos mil dieciséis (2016). SE 044 R

Constitución Política de la república de Colombia, 1991. 4 de julio, “Gaceta Constitucional No. 127”.

Convenio C052 - Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (núm. 52). (s. f.).

Recuperado 5 de marzo de 2017, a partir de

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P>

12100_INSTRUMENT_ID:312197:NO

Convenio C095 - Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95). (s. f.).

Recuperado a partir de

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312240:NO

Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo (1992). Recuperado a partir de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>

Corte Constitucional. Contrato de prestación de servicios, M.P. Hernando Herrera Vergara (1997).

Corte Constitucional., No. SU 559 de 1997 (11 de julio de 1997).

Corte Constitucional, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA (T 025-04 2004).

Corte Constitucional Colombiana, Sala novena de revisión, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. (2012). Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-1097-12.htm>

Corte Constitucional Colombiana, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, sala plena. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5, parcial, de la Ley 443 de 1998 normas de la carrera administrativa", No. D 4252 (febrero de 2003).

Corte Constitucional Colombiana, M.P. Luis Ernesto Vargas silva, sala novena de revisión, No. T-3.287.521 sentencia T 774 de 2015 (18 de diciembre de 2015).

Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena, M.P. Angarita Barón, Ciro, Ciro Angarita (1992). Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-457-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia, M.P. Hernando Herrera Vergara (1995).

Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-432-95.htm>

Corte Constitucional de Colombia, M.P. Fabio Morón Díaz (1998). Recuperado a partir de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-016-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia, M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA (1998). Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-665-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ (1999).

Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-055-99.htm>

Corte Constitucional de Colombia, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (2006).

Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-485-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado (2015).

Recuperado a partir de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, No. T 3290326 Su 448 e 2016 (18 de agosto de 2016).

Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara, Proceso de inconstitucionalidad contra el inciso 2o. del parágrafo del artículo 674 del Decreto 1298 del 22 de junio de 1994 «por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud». (1995).

Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-432-95.htm>

Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa., Corte Constitucional (1994).

Corte Constitucional, sala plena, M.P. Alexei Julio Estrada, expediente 2013, No. SU 070-13 (13 de febrero de 2013). Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU070-13.htm>

Corte Constitucional Colombiana, sala primera de revisión, M.P. María Victoria Calle Correa., No. T 388 de 2013 (28 de junio de 2013).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas (2011).

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 163 (parcial) y 167 del Decreto

Ley 222 de 1983, Corte Constitucional Colombiana, sala plena. Magistrado

Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (1993). Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-056-93.htm>

Demanda de Inconstitucionalidad de David Guillermo Zafra v. el artículo 6 (parcial)

y 16 (parcial) de la Ley 60 de 1993, Corte Constitucional Colombiana, sala plena de la corte, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (1994).

Recuperado a partir de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-555-94.htm>

Diego Luis Córdoba., Consejo de Estado. Consejero Ponente: Antonio Escobar Camargo (1942). Recuperado a partir de

<http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Eva Cecilia López Rueda, Consejo de Estado Colombiano, sección segunda. Ponente: Joaquín Barreto Ruiz (1993).

Fernando Uriel Bayona v. Dirección de Aduanas Nacionales (DIAN), Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. (2016). Recuperado a partir de [http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/54001-23-33-000-2012-00177-01\(20384\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/54001-23-33-000-2012-00177-01(20384).pdf)

Gilberto Navarro Montoya v. Nutriavicola S.A., Corte Constitucional Colombiana, sala octava, M. P. Alberto Rojas Ríos (2016). Recuperado a partir de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-368-16.htm>

Guillermo Choconta Cruz, Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales. Consejero Ponente: Jorge de Velasco Álvarez. (1963). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Hospital Simón Bolívar. (2015). *Contrato de Prestación de servicios personales, hospital Simón Bolívar* (No. AsAG-1048-2015). Bogotá. <https://doi.org/secop>

Ingrid Lishet Vigoya Molina y otros v. Hospital de Usme I Nivel E.S.E., Corte Constitucional Colombiana, sala de revisión, M.P. María Victoria Calle correia (2016). Recuperado a partir de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-279-16.htm>

Jesús Libardo Rojas v. Alcaldesa de Pauji, Consejo de Estado Colombiano, sección segunda. Ponente: Miguel González Rodríguez (1989). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Johana Marcela Cardozo Osuna v. E.S.E. Policarpa Salavarrieta., Consejo de Estado Colombiano, sección segunda. Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero (2010).

José Rafael Sanjuanelo Ortiz. (2015). *El Estado se enriqueció injustamente con la recaudación de los impuestos que en la realidad no tenían un hecho generador,*

porque simplemente no existió el contrato de prestación de servicios, ocasionando un daño antijurídico contra el otrora contratista, comprometiéndose así la responsabilidad del Estado. Nacional de Colombia. Recuperado a partir de <http://www.bdigital.unal.edu.co/49836/1/Trabajo%20Final%20de%20Maestr%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20R.%20Sanjuanelo%20Ortiz.pdf>

Juan Bautista Meléndez Iglesia v. Empresa Operadores de Servicios de la Sierra SA ESP y Asear Pluriservicios SAS, Corte Constitucional Colombiana, primera de revisión. Magistrada Ponente:: María Victoria de la Calle. (2015). Recuperado a partir de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-503-15.htm>

Julio Cesar Garrido Santana, Consejo de Estado Colombiano, sala plena. Ponente: Jaime Abella Zarate. (1992). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Junta de Conversión v. Schloss Brothers., Consejo de Estado Colombiano, sala de lo Contencioso Administrativo. Ponente: Adrián Muñoz. (1915). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

León Hernández, M.A. (2012). El contrato de prestación de servicios en el apoyo a la gestión administrativa en el estado colombiano. (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Liliana Puerto Casas v. E.S.E Luis Carlos Vargas Rincón., Consejo de Estado Colombiano, sección segunda. Ponente: Alfonso Vargas Rincón. (2013). Recuperado a partir de

<http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Luna García, J. E. Urrego Mendoza, Z, Gutiérrez Robayo, M., Martínez Durán, A. Violencia en el trabajo del sector público de salud: Una visión desde las personas trabajadoras. Bogotá, Colombia. 2011-2012. (2015). Revista facultad de medicina Bogotá. P.412

María Amelia Arboleda Ocampo v. Hospital de Engativá E.S.E., Consejo de Estado Colombiano E.S.E. sección segunda. Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. (2010). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

María Stela Lanceros Torres v., Consejo de Estado Colombiano, sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. (2011).

Marina Pedraza Rivera v. Hospital Departamental de Villavicencio. E.S.E., Consejo de Estado Colombiano, sección segunda. Ponente: Alfonso Vargas Rincón. (2015). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Ministerio de Instrucción Pública Chas Novack Roberto Plata v., Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo. Ponente: Sergio Ángel Burbano (1922). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

M.P. Alejandro Martínez Caballero, Corte Constitucional (1998).

M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Corte Constitucional (1994). Recuperado a partir de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-023-94.htm>

Organización Mundial de la Salud, 2017. Recuperado a partir de www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/

Proceso de Manuel José Duque Arcila v. INPEC, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, sala tercera de revisión de la Corte Constitucional (1998).

Resolución 5185, Ministerio de salud y Protección Social (2013). Recuperado a partir de

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%205185%20de%202013.pdf

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, Bogotá.

Sala Plena de la Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero (1998).

Sala Plena de la Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (2000).

Sala plena de la Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao Pérez (2009).

Samuel rueda Hernández v. E.S.E Francisco de Paula Santander en Liquidación,

Consejo de Estado Colombiano, sección segunda. Ponente: Gustavo Eduardo

Gómez Aranguren. (2015). Recuperado a partir de

<http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Sanjuanelo, J. R. (2015) Enriquecimiento sin justa causa del Estado por los impuestos recaudados en los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados en el marco del estatuto general de contratación de la administración pública por su declaratoria judicial como vínculo laboral realidad (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Sub Red Centro Oriente. E.S.E. Estatuto de la Contratación Estatal, Pub. L. No.

Acuerdo 003 (2016). Recuperado a partir de

<http://www.subredcentrooriente.gov.co/sites/default/files/contratacion/Acuerdo>

%2003%20del%2025%20de%20mayo%20de%202016%20%282%29.pdf

Subred Integrada de servicios de salud del Sur, en informe GG-E-2017, (2017).

Subred Integrada de servicios de salud Sur Occidente, en informe 2017312 (2017 p.3).

Subred Integrada de servicios de salud de Centro Oriente, en informe R 7658 - 2016 (2016).

Subred Integrada de servicios de salud del Norte (E.S.E.) 20171200051971 (2017).

Víctor Manuel Peñaloza Villamizar. v. E.S.E. San Vicente de Arauca., Consejo de Estado Colombiano, sección segunda. Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero (2016). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

William Cortes Lozano v. E.S.E. Luis Carlos Galan Sarmiento., Consejo de Estado colombiano, sección segunda. Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. (2013). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Ximena Pamela Pérez v. Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E., Consejo de Estado colombiano, sección segunda. Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila (2010). Recuperado a partir de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>