

Bogotá, D.C., junio de 2019

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL SECTOR SALUD. PARTE II

Por: **Carlos Alberto Ramírez Maya**

Asesor Jurídico ASMEDAS Seccional Cundinamarca

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El contrato de prestación de servicios es de **carácter civil y no laboral**, por lo tanto, no está sujeto a la legislación de trabajo y no es considerado un contrato con vínculo laboral al no haber relación directa entre empleador y trabajador, por ello, **no cuenta con período de prueba y no genera para el contratante la obligación de pagar prestaciones sociales.**

Sin embargo, según la Doctrina el contrato de trabajo no requiere términos específicos o sacramentales que identifiquen la relación jurídica que se establece entre las partes. Basta que concurren los elementos constitutivos del contrato para que éste exista y las partes queden sometidas a las regulaciones del Código Sustantivo del Trabajo.

Por consiguiente, no importa la forma que se adopte o la denominación que se le dé, en el contrato lo importante es la prestación permanente del trabajo y su carácter subordinado.

De acuerdo con lo anterior se constituye en contrato realidad, es decir, adquiere el carácter de contrato laboral sin importar la denominación que se dé, aquel en el cual se configuran los tres elementos esenciales consagrados en el numeral 1 del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo,

1. **La actividad personal del trabajador**, es decir, la actividad realizada por el mismo.

2. **La continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador** que faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en relación con el modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, situación que se mantiene durante toda la vigencia del contrato, sin afectar el honor, la dignidad y los derechos de los trabajadores,

3. **Un salario como retribución del servicio.** El numeral 2 del mismo artículo establece que una vez reunidos los tres elementos se entiende que existe un contrato de trabajo y no deja de serlo en razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De tal forma que, si una persona suscribió un contrato de prestación de servicios, pero en la realidad se configura un contrato laboral de conformidad con lo anteriormente expuesto, debe acercarse al Ministerio del Trabajo **y presentar ante un inspector del trabajo la reclamación correspondiente**, a fin de que le sean reconocidos los derechos y pagos laborales a que haya lugar.

CONTRATO U ORDEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON EL ESTADO: PROHIBIDO POR REGLA GENERAL

Las entidades públicas tienen un número altísimo de contratistas, que, en su mayoría, ejercen funciones propias de la administración y por ende deben ser realizadas por empleados o funcionarios públicos. En el fondo, hay un ocultamiento de una relación laboral y como tal unos derechos económicos para el verdadero trabajador y no contratista.

Vinculación con el Estado

Es la Constitución Política la que establece las formas de vinculación laboral con el Estado.

C.N. *“Art. 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. [...]”*

¿Qué es el empleo público y la prohibición a los contratos de prestación de servicios?

Veamos dos normas sobre el particular primero:

Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 de 1968 *“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. [...] Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”*

Decreto 1950 de 1973, Art. 7º. *“Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, 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 correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.”* (Subrayado nuestro).

Corte Constitucional ratificó la prohibición de celebración de OPS por regla general

Mediante la Sentencia C-614 de 2009, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 2º de la Ley 2400 de 1968 y el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, en los cuales se **prohíbe** celebrar contratos de prestación de servicios para ejecutar funciones públicas.

Entre los apartes de la sentencia en mención, observamos lo siguiente:

“[...] La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o

siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera 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 [...]” (Subrayado no es del texto original).

Pero la misma Corte Constitucional ratifica lo que la norma dice, **que el contrato de prestación de servicios sí puede ser usado de manera excepcional** y no como se está dando en la actualidad, pues dejó de ser la OPS (*Orden de Prestación de Servicios o contrato*), la excepción, a ser la habitualidad, violando la premisa constitucional de quien cumpla funciones públicas, ingrese por concurso de méritos o por elección según los cargos descritos en la C.N.

Señala entonces la Corte Constitucional en la citada sentencia:

“[...]A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada 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 [...]”

Incluso, es tan abiertamente ilegal la mayoría de las contrataciones por prestación de servicios en las entidades públicas, que la Corte Constitucional concluye la sentencia precitada, instando a la Contraloría, la Procuraduría y el Minprotección Social, para 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”* en actividades laborales/funciones públicas (negrilla fuera del texto original).

Derechos económicos del verdadero trabajador: sentencias en contra de las Entidades Públicas

La “*Primacía de la Realidad sobre la formalidad*” es un principio general del Derecho Laboral, tanto al derecho privado como en el público.

De tal manera que si existen los elementos que configuran una relación laboral (*subordinación, prestación personal del servicio y remuneración*), el vínculo es laboral, así se haya suscrito un contrato mercantil, como es el contrato/orden de prestación de servicios, **sin importar que el contratante sea ente particular o público.**

Por todo lo anterior, son cientos y cientos de contratistas del Estado, quienes están demandando a las respectivas entidades públicas **y están haciendo valer sus derechos**, pues están demostrando que cumplen labores propias de un empleado público y/o trabajador oficial.

¿Qué podría ganar un contratista en un pleito judicial?

Al probar la existencia de una verdadera relación laboral en el cumplimiento de funciones públicas tiene derecho al reconocimiento de prestaciones sociales, el pago compartido de la seguridad social que pagó sólo como independiente, la devolución de retenciones en la fuente sobre honorarios si no aplicaba al salario que hubiera recibido y los demás perjuicios que se demuestren.

Lo que no se puede pretender es el reintegro, pues el art. 125 de la C.N. establece que el ingreso al servicio público debe ser por méritos, es decir por concurso público.

Mediante resolución No. 2021 del 9 de mayo de 2018, el Ministerio del Trabajo estableció los lineamientos respecto de la inspección, vigilancia y control que se adelanta frente a los casos de intermediación laboral, en los términos del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que autoriza a las Direcciones Territoriales de dicho Ministerio imponer multas de hasta cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales.

MINTRABAJO MULTA AL HOSPITAL SAN SEBASTIAN ESE DE PIEDRAS TOLIMA

La Coordinadora del Grupo de Prevención, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial del Trabajo del Tolima impuso sanción de multa en contra del Hospital San Sebastián ESE de Piedras Tolima, por la suma de \$78.124.20, según resolución 213 de 2018, por desconocimiento de la normatividad laboral, en materia de vinculación del personal.

El Ministerio de Trabajo inicio investigación por cuanto la Gerente del Hospital vinculo todo el personal de auxiliares de enfermería a través de órdenes de prestación de servicios, adicionalmente a la quejosa auxiliar de enfermería SANDRA MILENA VERGAÑO URUEÑA se le adeuda el pago de sus servicios desde hace más de un año y medio.

La sanción se origina por el desconocimiento de las siguientes disposiciones: artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968, artículo 17 de la Ley 790 de 2002, artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, artículo 103 de la Ley 1438 de 2011, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2002, normas que

ordenan que las actividades misionales permanentes, en las Empresas Sociales del Estado, deben ser prestadas a través de personal de planta.

Consideramos que este es un importante precedente para exigir la eliminación de todas las formas de intermediación y el reconocimiento de condiciones dignas y justas para los trabajadores de la salud, en los términos de la Ley Estatutaria en Salud.

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

En nuestra legislación las únicas empresas autorizadas a enviar personal en misión son las empresas de servicios temporales, para cubrir vacancias transitorias, labores ocasionales o atender incrementos en la producción, las ventas o la prestación de servicios, pero a cambio tienen la obligación de reconocer a estos trabajadores prestaciones sociales, pagar los aportes parafiscales y la seguridad social.

Los trabajadores en misión tienen derecho a un salario ordinario equivalente a la de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñan la misma actividad, así como los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en materia de transporte, alimentación y recreación.

Esta es la razón por la cual el Ministerio de la Protección Social viene sancionando a las Cooperativas de Trabajo Asociado que envían personal en misión, tal como viene sucediendo en el sector de la salud, ya que las cooperativas tienen una estructura, normatividad y filosofía diferente a las de las empresas de servicios temporales. Cuando una Cooperativa de Trabajo Asociado de la salud envía personal en misión a una prestadora de servicios de salud, pública o privada, está ejerciendo ilegalmente funciones de empresa de servicios temporales.

Dispone el artículo 77 de la Ley 50 de 1990:

“ARTICULO 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) mes más.”.

Mediante sentencia con radicación 25717 del 22 de febrero de 2006, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Carlos Isaac Nader, estudia el caso de los trabajadores de empresas de servicios temporales que son enviados en misión a empresas públicas y privadas, superando el término legal que es de seis (6) meses.

En este expediente analizo el caso de una trabajadora que fue vinculada por la Empresa de Servicios Temporales “Servivarios Ltda” y enviada en misión al Instituto de Fomento Industrial (I.F.I.), relación laboral que se extendió desde el 16 de mayo de 1996 hasta el 10 de abril de 2000.

Obra en el expediente informe de la Contraloría General de la Republica que efectuó una auditoria al IFI Concesión de Salinas, donde pone de presente la ilegalidad de la contratación de trabajadores en misión y recomienda a la entidad vincular personal directamente.

Dice la Corte Suprema de Justicia:

“Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C. S. del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.”.

Concluye la Corte determinando que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión de seis (6) meses, prorrogables hasta por seis (6) meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo del trabajador y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales.

De estos mismos razonamientos se puede inferir que los trabajadores enviados en misión por las Cooperativas de Trabajo Asociado de la Salud son trabajadores del Centro, Clínica u Hospital al cual prestan los servicios, dada la contratación ilegal o fraudulenta, en armonía con la aplicación del principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades, establecido en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

ESTATUTO DE PERSONAL PARA LOS TRABAJADORES DE LA SALUD

La Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2.015, establece en el artículo 18, que el talento humano en salud estará amparado por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y capacitación.

“Artículo 18. Respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud. Los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales.

En esta vía cobra importancia la propuesta de la Gran Junta Médica Nacional, para que, dentro de la implementación de la Ley Estatutaria en Salud, se expida el Estatuto de Personal para los Trabajadores de la Salud, que incluya: estabilidad laboral, prestaciones sociales, seguridad social, dignidad en el trabajo, capacitación, etc.

Con base en las conversaciones adelantadas el Ministro de Salud y protección Social presento proyecto de Ley que le otorga facultades extraordinarias al presidente de la Republica para expedir un régimen laboral especial para los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado, del nivel nacional y territorial. La aspiración es que en esta propuesta se discuta con los sindicatos médicos e incluya a los trabajadores de la salud del sector privado.

Se impone el respeto de las normas que regulan el trabajo digno, en especial en el sector de la salud, a través del cual se inició la intermediación laboral masiva en el país. Los reclamos de los trabajadores y las organizaciones sindicales no han sido atendidos, es necesario un compromiso real del Gobierno y los empresarios tanto públicos como privados y la consiguiente intervención de las autoridades de control. La informalidad laboral atenta contra los más caros intereses de la nación y el pueblo colombiano.

La lucha debe comenzar por una verdadera Unidad Médica en torno de las condiciones laborales del ejercicio profesional médico.