

*Contratos
Administrativos
de Prestación de Servicios*



*Luis Fernando Arteaga
Alberto León Gómez
José Gabriel Restrepo
Jairo Villegas Arbeláez
Luis Fernando Henao*



ensayos laborales 6

Ensayos Laborales/6

***Contratos
Administrativos
de Prestación de Servicios***

*Luis Fernando Arteaga
Alberto León Gómez
José Gabriel Restrepo
Jairo Villegas Arbeláez
Luis Fernando Henao*

© Escuela Nacional Sindical—Antioquia
Apartado Aéreo 12175, Medellín
Primera Edición, Mayo 1996
Carátula: "El aseador y la noticia". Leo Matiz
El Tercer Ojo de Leo Matiz. Ediciones Gamma, 1994
Impresión: Editorial Alas Libres

Contenido

Presentación	5
La contratación por servicios en la administración pública Luis Fernando Arteaga	9
Los contratos de prestación de servicios administrativos a la luz de los principios constitucionales Alberto León Gómez	27
Las formas de deslaborización de la relación laboral Jairo Villegas Arbeláez	35
El trabajo y la contratación administrativa José Gabriel Restrepo	47
Relación laboral de empleo público o contrato administrativo de prestación de servicios Jairo Villegas Arbeláez	65
Impacto socio-laboral de los contratos administrativos de prestación de servicios Luis Fernando Henao	135

Presentación

El reconocimiento de la relación laboral que se deriva de la venta de la fuerza de trabajo de un trabajador a un empleador y que jurídicamente se expresa en un contrato de trabajo; el establecimiento de los derechos mínimos de estos trabajadores y la correspondiente obligación de los empleadores a respetarlos; la limitación de la jornada laboral; la obligación de pago de un salario no por debajo del mínimo establecido; el reconocimiento de jornadas remuneradas de descanso por cada semana trabajada; los días de vacaciones por año de labor; las primas o sobre-remuneraciones regulares; la obligación de afiliación y aporte patronal a los sistemas de salud y de previsión para la vejez o la invalidez laboral, como el derecho de asociación y de negociación de las condiciones bajo las cuales se da la relación laboral; son un logro en lo particular del movimiento social de los trabajadores y en lo general de la humanidad y la comunidad de naciones.

Estos derechos básicos de los ciudadanos trabajadores se han formalizado en el marco de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- y Colombia es signante de los convenios o tratados entre naciones por medio de los cuales se obliga a dar cumplimiento a los elementos contenidos en ellos. El Estado colombiano tiene no sólo obligación jurídica de cumplir con los tratados que los consagran, sino también la obligación ética de hacerlo puesto que es el Estado el

porta-estandarte y máximo garante de los derechos y obligaciones que se establecen en una sociedad.

Sin embargo, todos estos preceptos jurídicos y éticos que la humanidad y la comunidad de naciones han construido no han sido suficientes, pues el Estado colombiano ha pasado por encima de ellos y ha impuesto con fuerza y generalidad una política que privilegia el "interés de Estado" sobre los derechos fundamentales de los seres humanos trabajadores cuando vincula servidores públicos bajo una relación o contrato no laboral que denomina *Contratos Administrativos de Prestación de Servicios*.

Este tipo de contrato es un instrumento para cumplir con sus políticas de reducción del tamaño del Estado y de disminución del gasto público, pilares del modelo de desarrollo neoliberal que aplica desde la administración de Belisario Betancur por exigencia expresa de los organismos internacionales de crédito.

Los organismos internacionales de crédito exigen la reducción del tamaño del Estado colombiano, tanto en personal como en funciones y actividades que desarrolla, pero es evidente que todavía es pequeño. Así lo corroboran las comparaciones que se hacen con otros estados. El todavía relativo poco tamaño del Estado colombiano tiene su explicación en la ausencia o debilidad de políticas e instituciones propias de un estado moderno, en especial las relacionadas con programas sociales.

En este campo hay necesidades impostergables e imprescindibles como la ampliación de las plantas de personal de las entidades que ejecuten o apoyen programas de esta naturaleza. Pero estas necesidades no son satisfechas con personal vinculado a través de una relación laboral, sino por

medio de contratos administrativos.

La magnitud de los trabajadores vinculados bajo esta modalidad ya se acerca al 25% del conjunto de los servidores públicos, pero lo más grave está en las condiciones bajo las cuales laboran estos trabajadores, con lo cual el Estado-patrono regresa a las circunstancias y condiciones del capitalismo salvaje de mediados del siglo pasado, donde los trabajadores eran asimilados a una mercancía más, por tanto sólo objeto de fijación de un precio por su venta o compra sin más garantías ni prerrogativas.

De esta filosofía se deriva la forma inhumana, aberrante e ilegal como son contratados estos miles de trabajadores que hoy en Colombia se ven obligados a laborar bajo esta modalidad contractual. Veamos algunas de las características que asume este tipo de contrato:

- A más de no reconocerles ninguna de las prerrogativas mínimas y fundamentales de un contrato de trabajo, deben pagar por conseguir y mantener su trabajo: en principio deben cancelar una póliza de garantía del contrato correspondiente al 10% de su valor, cuando no es que deben pagar una comisión también del 10% a la persona que los recomienda o ayuda a vincularlos.

- Como condición para la firma del contrato deben presentar certificación de afiliación a la seguridad social (salud y pensión) como trabajador independiente, condición que los obliga a pagar el 100% de los costos de la afiliación con ello el patrono-Estado se sustrae de esta obligación, esta sola condición representa una erogación del 25.5% de la remuneración.

- Como la remuneración que reciben no tiene la catego-

ría de salario, es objeto de descuento automático del 10% por retención en la fuente.

- La remuneración mensual es, entonces, entre un 35% ó 40% menor que lo estipulado formalmente en el contrato.

Además de estas distorsiones desfavorables al trabajador, genera otras en el propio Estado como las siguientes:

- Un alto de grado de clientelismo, puesto que los gerentes o directores de las respectivas entidades tienen plena discrecionalidad para realizar los contratos tanto en magnitud como en las condiciones económicas que los regirán.

- Una violación permanente de la ley y de tratados internacionales, expresada en la simulación de contratos civiles cuando la naturaleza de la relación que establecen, con miles de trabajadores, es laboral.

- Burla las disposiciones de modernización del Estado y de las costumbres políticas que exigen los nombramientos por concurso y la aplicación de la carrera administrativa.

- Estimula la corrupción, al facilitar las comisiones para quienes tiene la potestad de celebrar los contratos, a través de la vinculación de asesores con remuneraciones exorbitantes y por encima de las escalas salariales.

Norberto Ríos Navarro
Coordinador de Programas
Escuela Nacional Sindical

La contratación por servicios en la administración pública

*Luis Fernando Arteaga
Abogado U. de A.*

Introducción

La celebración de contratos de prestación de servicios en las entidades estatales ha evolucionado en Colombia de acuerdo con las necesidades y condiciones que el desarrollo económico y social del país ha impuesto a las instituciones dedicadas al cumplimiento de funciones administrativas y a la prestación de servicios públicos, no sólo normativamente, sino también, y fundamentalmente, desde el punto de vista de la aplicación de sus contenidos, de suerte que muchas veces la utilización en la práctica de las disposiciones contenidas en la ley o el reglamento, han desbordado y hasta tergiversado el marco apropiado que se diseñó para su materialización.

Son muchas las normas expedidas con miras a reglamentar la forma en que las entidades públicas pueden suscribir este tipo de contratos, y en todas ellas han sido principios contantes: en primer lugar, una prescripción en el sentido de que su celebración tiene por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con el cumplimiento de las funciones encomendadas a la entidad contratante y, en segundo lugar, una prohibición para suscribirlos cuando dichas actividades pueden ser desarrolladas por personal vinculado a la planta de cargos de la institución.

Podemos señalar que la contratación de servicios en las entidades estatales constituye una especie particular de consecución de fuerza laboral para el adecuado cumplimiento de las finalidades que la Constitución Política, la ley o los actos administrativos que determinan su organización y funcionamiento les han asignado. Y la calificamos de particular puesto que reviste unas peculiaridades que la distinguen plenamente de otras modalidades o formas que utilizan las entidades públicas para procurarse el recurso humano necesario para el cumplimiento de las funciones administrativas o la prestación de los servicios que tienen encomendados. Estas otras formas serían la vinculación legal y reglamentaria —o estatutaria y objetiva como también se le ha denominado— y la vinculación mediante contrato laboral.

Sin entrar en consideraciones acerca de la validez material que pueda tener la distinción entre la prestación de servicios a entidades públicas y la prestación de servicios a patronos particulares —tema que por sus contenidos e implicaciones ameritaría ser discutido en otro espacio más amplio—, nos ocuparemos a continuación, de manera sintética, de la evolución normativa a que ha estado sometido el contrato de prestación de servicios, relacionándolo con la utilización que le han dado a la figura las entidades públicas. Para los efectos indicados, haremos una serie de comentarios acerca de las disposiciones contenidas en las normas que durante los últimos veinte años se han ocupado del asunto en nuestro país.

Finalmente, se plasmarán algunas precisiones referentes a la manera en que perfectamente, y dentro del marco normativo actualmente vigente en el país, pueden operar los denominados contratos de prestación de servicios.

1. Normas reguladoras de los contratos de prestación de servicios en la administración pública

Como ya lo mencionamos, la vinculación al servicio de las entidades públicas, a través de la modalidad contractual, ha sido considerada como una alternativa de consecución de fuerza laboral para las instituciones. Sin embargo, las normas reguladoras de este tipo de contratos, no obstante ser lo suficientemente claras en cuanto a las condiciones en que pueden suscribirse, han dejado una rendija que los administradores públicos, por diversas circunstancias (falta de recursos económicos, clientelismo, ineficiencia administrativa, etc.) han aprovechado para interpretar sus contenidos de la manera más conveniente a sus intereses.

En efecto, la prohibición para utilizar esta modalidad contractual cuando las actividades a desarrollar pueden ser cumplidas con personal de planta de la respectiva entidad, comporta una autorización implícita para conseguir la prestación de servicios personales, previa celebración de contrato administrativo, cuando de un simple análisis de la planta de cargos de las entidades, se concluye que el personal vinculado de otra forma resulta insuficiente para la ejecución de la cantidad de actividades que deben cumplir, o para ampliar las coberturas llevando a más personas los servicios y funciones administrativas correspondientes.

Obviamente, no siempre las finalidades que se tienen para contratar son altruistas. En veces, el mecanismo resulta apto para vincular a la administración personas que no llenan los requisitos para ingresar a través de los procedimientos de carrera. Otras veces, resulta clara y evidente la necesidad de ampliar la planta de cargos, sin embargo, parece existir una generalizada miopía administrativa, pues se parte del supuesto de que la eficiencia se encuentra cimentada en mantener

una planta reducida, y paralelamente conseguir mano de obra más barata, porque se contrata para la realización de las mismas labores que desempeña el personal vinculado legal y estatutariamente, y las reglas de la contratación prohíben el pago de prestaciones sociales. Se pretende de esta manera disminuir los costos de prestación del servicio.

Desde luego que la conclusión relacionada con la imposibilidad de cumplir las actividades para cuyo desarrollo se contrata, con personal de planta, es apresurada; sin embargo, nadie ha reparado en ello, o simplemente las dificultades de acceso al servicio de las entidades públicas (por los mecanismos que tradicionalmente se han utilizado con anterioridad a la aplicación de las normas que rigen la carrera administrativa) y las pocas oportunidades de empleo existentes en el país, colocan a las personas que contratan bajo esta modalidad en la disyuntiva de aceptar o, simplemente, no vincularse. Igualmente, es posible que esta manera de apreciar la operatividad de los contratos administrativos de prestación de servicios se deba a la aplicación del concepto filosófico de economía mental, y en virtud de su utilidad para las conveniencias de la administración, se ha generalizado la interpretación en tal sentido.

Y decimos que es apresurada la conclusión de que el personal de las entidades no podría cumplir las actividades que se contratan con personas no vinculadas a través de los mecanismos regulares de acceso al servicio público, porque resulta de un examen aislado de uno de los elementos de la norma. En efecto, si reparamos en la reglamentación de la figura, nos encontramos con que hay otros elementos fundamentales que deberían tenerse en cuenta para utilizar la modalidad contractual. Veamos: por definición, el contrato de prestación de servicios se celebra con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con el

cumplimiento de funciones adscritas a la entidad pública contratante, previa constatación de que las mismas no pueden cumplirse con personal de planta. Esta exigencia, tomada literalmente, autorizaría sin limitaciones la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios tan pronto se presentara escasez en el personal de planta de la entidad. Por tal razón no puede interpretarse con ese alcance, porque el contrato busca primordialmente la vinculación de personal especializado en forma excepcional y para suplir actividades o labores distintas a las administrativas ordinarias que ejecuta la entidad, aunque tengan relación con ellas.

Esta interpretación de la norma no permite que, por vía contractual, se desarrollen por los contratistas funciones administrativas, ya que éstas, por regla general, sólo están a cargo de los funcionarios o servidores públicos vinculados legal y reglamentariamente a la administración y, por excepción, por la vía laboral.

Por funciones administrativas, a efectos de excluirlas del contrato que nos ocupa, debemos entender que son las similares a las asignadas, total o parcialmente, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante.

En los contratos de prestación de servicios debe estar presente un rasgo de especialidad. Es decir, que su objeto debe ser diferente a los cometidos normales u ordinarios que cumple la institución pública. Dicho de otra manera, la entidad debe buscar asesoría o complemento para una actividad que le es inherente. También, a través de estos contratos, la administración puede buscar asistencia o asesoría de carácter técnico o científico.

Lo anterior significa que no puede reemplazarse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros normales

del servicio oficial por estos contratos de prestación de servicios, puesto que, mientras los servidores tienen una serie de derechos contemplados en normas de personal (en aspectos salariales y prestacionales) y tienen asignadas sus funciones en forma reglamentaria, los contratistas en los contratos de prestación de servicios sólo tienen derecho a los emolumentos expresamente convenidos y no devengan prestaciones sociales.

Todo lo anterior nos lleva a mirar detenidamente el contenido de las normas reguladoras de los contratos administrativos de prestación de servicios:

1.1 Los contratos de prestación de servicios en el decreto 150 de 1976

En este decreto se trata el asunto en los artículos 138 a 142. En ellos se definen los contratos, se indican sus clases, se trata lo concerniente a la remuneración de las personas naturales (prohibiéndose el pago de prestaciones sociales) y distinguiéndolos de los contratos de trabajo.

De la reglamentación merece destacarse la clasificación de los contratos de prestación de servicios, pues se incluyen, a título de ejemplo, los de asesoría o de asistencia de cualquier clase, la realización de estudios que no correspondan a obras públicas, los de representación judicial y de rendición de conceptos. Como puede verse, todas son actividades que implican un cierto grado de especialidad, unos conocimientos y unas habilidades y destrezas, que se constituyen en circunstancias motivadoras del establecimiento de la relación. Es también destacable en la clasificación, la nota de ocasionalidad que para las entidades implica la celebración de tales contratos, pues salvo que se haya organizado una entidad pública para el desarrollo permanente de cualquiera

de los objetos citados, todos aparecen como relaciones esporádicas. Si la entidad va a utilizar esos servicios en forma permanente, o cuenta en su planta de cargos con personas que tengan asignadas esas funciones, es apenas obvio que a las personas que los ocupan deben encomendarles su realización en virtud del poder de mando que ostenta sobre ellos.

Es de resaltar también, la diferenciación de los contratos de prestación de servicios de los de trabajo, ya que estos implican una actividad personal, permanente y subordinada a cambio de una retribución. Esta distinción normativa denota a las claras, la independencia que tienen los contratistas para el desarrollo del objeto contractual; luego, no pueden ser sometidos a horarios, instrucciones o metodologías específicas de trabajo, pues si esto se diera se estaría desvirtuando la figura, haciéndola equivalente a las labores que desempeñan los servidores vinculados, situación que chocaría con el tratamiento diferente que a nivel prestacional se les otorga.

1.2 Los contratos de prestación de servicios en el decreto extraordinario 222 de 1983

En el decreto 222 de 1983, se trata el tema referente a los contratos de prestación de servicios en los artículos 163 a 171, y en esencia se reproducen las notas distintivas que para esta modalidad contractual consagró el decreto 150 de 1976. Sin embargo, se introducen elementos que confirman las apreciaciones que hemos formulado en relación con la imposibilidad jurídica que tienen las entidades públicas de procurarse recursos humanos para el cumplimiento de sus funciones propias y a través de los contratos administrativos de prestación de servicios. En efecto, en el artículo 163, se define el contrato de prestación de servicios y se reitera

la prohibición de contratar para ejercer funciones administrativas, pero se abre la posibilidad de hacerlo cuando se tenga autorización de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República o de la dependencia que haga sus veces. También se introduce la definición de lo que debe entenderse por funciones administrativas, diciendo que son aquellas que sean similares a las que están asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante.

La clasificación de los contratos se amplía, incluyendo los de prestación de servicios de salud diferentes a los celebrados por las entidades de previsión social, los de adición, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares. Los servicios de consultoría son expresamente excluidos, pues en otra parte se les da tratamiento especial.

La duración de los contratos de carácter técnico y científico se limita a cinco años, incluyendo las prórrogas.

1.3 Los contratos de prestación de servicios en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

En la actualidad es la ley 80 del 28 de octubre de 1993, por medio de la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la que regula la materia. El artículo 32 de esta ley, al identificar los contratos estatales como todos aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales (al tenor del citado Estatuto) y que hayan sido previstos en las normas reguladoras del derecho privado o en otras de carácter especial, o que sean producto del ejercicio de la autono-

mía de la voluntad: otorga el carácter de contrato estatal al denominado contrato de prestación de servicios, el cual se caracteriza por los siguientes rasgos:

- Los celebran las entidades estatales para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Es decir, que su objeto lo constituyen una serie de actuaciones (materiales o intelectuales), que no se identifican ni confunden, con las que la naturaleza, finalidades y objetivos fijados en las normas que regulan la organización y funcionamiento de la respectiva entidad han definido como propias o intrínsecas a ella.

- Por norma general deben celebrarse con personas jurídicas, y excepcionalmente con personas naturales cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o se trate de la utilización de conocimientos especializados.

- No generan relación laboral, ni causan prestaciones sociales.

- Se celebran por el término estrictamente indispensable. Esto es, la ley proscribire su desarrollo permanente, reiterándose de esta manera el carácter no institucional de la actividad que constituye el objeto del contrato, es decir, que se ratifica el concepto según el cual este tipo de contratos no posibilita la ejecución de las labores normales de la institución.

2. Los contratos de prestación de servicios en el marco de las nuevas disposiciones

Para finalizar, podemos decir que la figura del contrato de prestación de servicios en la administración pública fue concebida y desarrollada en las diferentes normas con la clara intención de que las entidades contaran con un instrumento a partir del cual pudieran obtener, ocasionalmente, un recurso humano calificado y diestro en asuntos específicos. Sin embargo, la práctica administrativa determinó que su evolución cobijara una serie de actividades que no respondían a dicha finalidad.

Igualmente, las plantas de cargos fueron creciendo a expensas de estos contratos, vinculándose de manera anómala y permanente a personas que entraban a desempeñar funciones idénticas a las encomendadas al personal vinculado regularmente, pero sometidos a un trato diferencial e injusto en materia de remuneración y garantías propias de los regímenes normales de acceso al ejercicio de la función pública. Esta situación tiende hoy a corregirse, no tanto porque las entidades públicas hayan renunciado a la práctica, sino esencialmente porque algunas normas expedidas para regular la situación en sectores administrativos como el docente han dado cuenta del problema y han pretendido solucionarlo paulatinamente.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha ido más allá y ha dicho que, en aras del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, no resulta justo que las entidades estatales aumenten sus coberturas a partir de la expoliación de un grupo de servidores: Los docentes contratistas. Para el alto tribunal no tiene justificación alguna el trato discriminatorio a que son sometidos. El pronunciamiento en tal sentido fue proferido por la Corte

Constitucional en sentencia C-555 de diciembre 6 de 1994, Sala Plena, en la que, con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, decidió la demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes del párrafo 1o. del Artículo 6o. de la Ley 60 de 1993 (por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la misma y se dictan otras disposiciones), declarando, en su totalidad, la inexequibilidad de dicho párrafo, al igual que el párrafo tercero del artículo 105 de la ley 115 de 1994 (por la cual se expide la Ley General de Educación).

Hoy, es necesario reflexionar en torno a las nuevas modalidades contractuales que con personas naturales consagra la ley 100 del 23 de diciembre de 1993. En efecto, la ley que regula la seguridad social en el país, al reglamentar el sistema de salud, trae una serie de disposiciones en las cuales plantea como alternativa en la prestación de servicios a los afiliados y beneficiarios del sistema, los contratos con profesionales independientes. Si bien es cierto que la citada ley consagra el principio general de que a los servidores del sector salud se les aplicarán las normas propias del régimen de personal consagrado en el artículo 26 de la ley 10 de 1990, también otorga la posibilidad de que a las personas vinculadas de esa forma se les proporcionen remuneraciones adicionales denominadas estímulos, que no tienen el carácter de salario. Igualmente, permite que se recurra a los contratos de prestación de servicios. Para una mayor ilustración, transcribiremos a continuación los apartes pertinentes, a las relaciones contractuales con profesionales del sector:

Artículo 179. Campo de acción de las Entidades Promotoras de Salud

Para garantizar el plan obligatorio de salud a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales.

Artículo 193. Incentivos a los Trabajadores y Profesionales de la Salud.

Con el fin de estimular el eficiente desempeño de los trabajadores y profesionales de la salud y su localización en las regiones con mayores necesidades, el gobierno podrá establecer un régimen de estímulos salariales y no salariales, los cuales en ningún caso constituirán salario. También podrá establecer estímulos de educación continua, crédito para instalación, equipos, vivienda y transporte. Igualmente, las entidades promotoras de salud auspiciarán las prácticas de grupo y otras formas de asociación solidaria de profesionales de la salud. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará las zonas en las cuales se aplicará lo dispuesto en el presente artículo.

Para los empleados públicos de la salud del orden territorial el Gobierno Nacional establecerá un régimen salarial especial y un programa gradual de nivelación de salarios entre las diferentes entidades.

El régimen salarial especial comprenderá la estructura y denominación de las categorías de empleo, los criterios de valoración de los empleos y los rangos salariales mínimos y máximos correspondientes a las diferentes categorías para los niveles administrativos, o grupos de empleados que considere el Gobierno Nacional.

El Gobierno Nacional establecerá un proceso gradual para nivelar los límites mínimos y máximos de cada rango salarial entre las diferentes entidades territoriales. Esta nivelación se realizará con arreglo al régimen gradual aquí previsto y por una sola vez, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 6 de la ley 60 de 1993. Esta nivelación debe producirse en las vigencias fiscales de 1995 a 1998 de acuerdo con la disponibilidad de recursos del situado fiscal y de las demás rentas del sector en los diferentes departamentos y municipios con quienes deberá concertarse el Plan específico de nivelación. Para la vigencia de 1994, puede adelantarse

la nivelación con arreglo a las disponibilidades presupuestales y al reglamento.

Para la fijación del régimen salarial especial y la nivelación de que trata el presente artículo, se consideraran los criterios establecidos en el artículo 2 de la ley 4 de 1992, con excepción de las letras k y ll. Igualmente, deberá considerarse la equidad regional y el especial estímulo que requieran los empleados públicos que presten sus servicios en zonas marginadas y rurales, de conformidad con el reglamento.

Parágrafo 1. Los convenios docentes asistenciales que se realicen con ocasión de residencia o entrenamiento de profesionales de la salud en diferentes especialidades que impliquen prestación de servicios en las instituciones de salud, deben consagrar una beca-crédito en favor de tales estudiantes y profesionales no menor de dos salarios mínimos mensuales. Al financiamiento de este programa podrá concurrir el Ministerio de Salud y el ICETEX conforme a la reglamentación que expida el Gobierno. El crédito podrá ser condonado cuando la residencia o entrenamiento se lleve a cabo en las áreas prioritarias para el desarrollo de la salud pública o el Sistema General de Seguridad Social en Salud y/o la contraprestación de servicios en las regiones con menor disponibilidad de recursos humanos, de acuerdo con la definición que expida el Ministerio de Salud.

Parágrafo 2. Las entidades promotoras y las instituciones prestadoras de Salud, podrán establecer modalidades de contratación por capitación con grupos de práctica profesional o con profesionales individuales con el fin de incentivar la eficiencia y la calidad de la prestación de servicios de salud.

Parágrafo 3. el Instituto de Seguros Sociales podrá establecer un sistema de prima de productividad para los trabajadores, médicos y demás profesionales asalariados, de acuerdo con el rendimiento de los individuos o de la institución como un todo, la cual en ningún caso constituirá salario. El Consejo Directivo del Instituto reglamentará su aplicación.

Parágrafo 4. Las instituciones prestadoras de salud privadas podrán implementar programas de incentivos a la eficiencia laboral para los médicos, demás profesionales y trabajadores asalariados

de la salud, que tengan en cuenta el rendimiento de los individuos, de los grupos de trabajo o de las instituciones como un todo. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá la modalidad de los estímulos a que se refiere este párrafo.

Régimen de las Empresas Sociales del Estado

Artículo 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

Artículo 195. Régimen Jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la ley 10 de 1990.

Artículo 247. Del ofrecimiento de programas académicos en el área de la salud por parte de las instituciones de educación superior. Para desarrollar programas de pregrado o postgrado en el área de salud que impliquen formación en el campo asistencial, las instituciones de educación superior deben contar con un centro de salud propio o formalizar convenios docente-asistenciales con instituciones de salud que cumplan con los tres niveles de atención médica, según la complejidad del programa, para poder realizar las prácticas de formación. En tales convenios se establecerán claramente las responsabilidades entre las partes.

Los cupos de matrícula que fijen las instituciones de educación superior en los programas académicos de pregrado y postgrado en el área de la salud, estarán determinados por la capacidad que tengan las instituciones que prestan los servicios de salud.

Los convenios mencionados en el inciso primero, deberán ser presentados ante el Ministerio de Educación Nacional por intermedio del ICFES, con concepto favorable del Consejo Nacional para el

Desarrollo de los Recursos Humanos en Salud al momento de notificar o informar la creación de los programas.

Los programas de especializaciones médico-quirúrgicas que ofrezcan las instituciones universitarias y las universidades, tendrán un tratamiento equivalente a los programas de maestría, conforme a lo contemplado en el ley 30 de 1992, previa reglamentación del Consejo de Educación Superior.

En las normas transcritas, puede verse, no sólo la reiteración de la figura de la contratación administrativa de servicios, sino también la inclusión o permisión de nuevas modalidades de contratación complementarias. En efecto, la celebración de contratos con profesionales de la salud, para la prestación de los servicios que hacen parte del Plan Obligatorio de Salud, es perfectamente posible. Desde luego que las entidades públicas, al suscribirlos, deben tener presentes las normas que regulan los contratos de prestación de servicios, con los alcances señalados en este documento. Es decir, que las personas con quienes se celebren tienen autonomía para el cumplimiento de su objeto, de suerte que no pueden estar sometidas a las instrucciones, directrices y reglamentos aplicables a los empleados vinculados a la planta de cargos.

Igualmente, se plantea la posibilidad de que se celebren contratos administrativos diferentes, que no propiamente estarían orientados a regular las condiciones específicas de prestación de servicios, sino que constituirían un instrumento a través del cual se consagran obligaciones futuras, destinadas a garantizar a la entidad, que quienes reciben su apoyo para realizar programas de entrenamiento o de formación, le prestarán sus servicios en los campos específicos, por un período determinado.

**Los contratos de prestación
de servicios administrativos
a la luz de los principios
constitucionales**

Alberto León Gómez

Abogado U. de A.

Miembro de la Comisión Colombiana de Juristas

Fundamentalmente creo que es importante explorar, a la luz de la Constitución de 1991, lo que podríamos decir de esa modalidad que se ha venido poniendo en marcha en la administración pública cada vez con mayor fuerza.

Como todos sabemos, una cosa es lo que ha dicho la norma y otra cosa es lo que ha sido la práctica. Podemos referirnos a las normas del decreto 1950 (reglamentario del decreto 2400 de 1968 y que regula la administración de los recursos al servicio del Estado y la contratación administrativa), las normas del decreto 222 de 1983 (anterior estatuto de contratación estatal) o a las de la ley 80 de 1993. En todas ellas hay una norma expresa que limita la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales para atender necesidades permanentes de la administración. Eso se ha expresado con diversas cláusulas: en algunos casos se ha dicho que no se pueden celebrar para atender funciones que están asignadas en todo o en parte a funcionarios de planta. Sin embargo, lo que ha ocurrido en la práctica es todo lo contrario, incluso hemos llegado al punto en que se han expedido normas legales que van a desvirtuar esto. Y podemos referir el antecedente del decreto 80 de 1980 que deslaboralizó la relación laboral de los profesores de cátedra, hablando de un contrato administrativo *sui generis* (porque ahí por lo menos se conservaba algún pudor y se hablaba de una compensación por la carga

prestacional. Después un decreto reglamentario definió esa carga prestacional en una octava parte por hora cátedra). Luego llegamos a la ley 30 que es la que regula hoy la educación superior y recoge en alguna medida esta norma que estaba en el decreto 80, sólo que ya sin el referente específico a la carga prestacional y nos presenta a los profesores de cátedra como unos profesores-taxi, a los que se les paga sin prestaciones. por hora.

Esto visto a la luz de la Constitución de 1991 presenta muchos vicios. Esta, al contrario de la viejísima Constitución del 1886, trajo unas cláusulas laborales. La Constitución del 86 hacía referencia a los trabajadores tal vez en tres artículos y lo hacía en una forma muy tangencial: artículo 17 que hablaba del trabajo como un derecho y una obligación, el artículo 32 que hablaba del desarrollo de las clases proletarias en particular, en una forma incluso, de corte demagógico, y el artículo 122 que protegía, ya no los derechos adquiridos que están protegidos para todas las personas, sino los derechos consagrados de los trabajadores frente a las facultades del legislador de emergencia.

Hoy en cambio son varias las normas que tienen que ver con el mundo del trabajo. La primera y más importante de todas ellas es, por supuesto, el artículo 53 que, aparte de establecer los lineamientos generales de lo que debe ser un estatuto general del trabajo, le da vida como normas de derecho interno a todos los convenios internacionales de trabajo que Colombia haya ratificado y establece la prohibición de la desmejora. Esos son los tres elementos que nos trae el artículo 53 de la Constitución. Pero no sólo éste. En forma equivocada, pero no por ello despreciable, la Constitución separó el estatuto del trabajo del régimen de función pública puesto que esta última está regulada o reglada en los artículos 123 y siguientes de la misma. El artículo 123

específicamente nos trae la noción de servidor público, noción esta que, por ser de utilidad para lo que se afirmará más adelante me permitiré transcribir textualmente: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas, pero especialmente por servicios". Según la definición no son servidores públicos entonces, los contratistas. Igualmente el artículo 125 de la Constitución establece la regla general de que los servidores públicos acceden al servicio por concurso, salvo los de elección o los que por la naturaleza de su cargo sean de libre nombramiento y remoción. Remitámonos también al artículo 13 que nos habla de la igualdad. la igualdad es un derecho humano fundamental que está regulado no sólo por los convenios 100 y 111 de la OIT, sino también por los pactos internacionales de derechos humanos, por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y por el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Cuando aparece la figura de los contratos administrativos de prestación de servicios para personas naturales que van a atender funciones permanentes de la administración se rompe, de entrada, el principio de igualdad porque no van a acceder por concurso.

Los contratos administrativos de prestación de servicios se han prestado para manejar personal por fuera de las plantas con las responsabilidades que corresponden a los que sí están en ella pero con remuneraciones muchas veces inferiores o tantas otras exorbitantemente mayores (se dan ambos fenómenos). Sabemos de gerentes de entidades descentralizadas que contratan a sus amigos para cumplir determinadas funciones con remuneraciones realmente por encima de las escalas salariales. Y sabemos también de una ingente masa de trabajadores —era el caso de Adpostal con los carteros en Medellín— que están sometidos a jornadas iguales a la de los demás carteros están sometidos a responsabili-

dades iguales a los de planta y sin embargo se les niega el salario igual y se les niega el acceso a la seguridad social.

Entonces, aparte de que se viola el mandato de que los servidores públicos son por regla general de carrera y se vinculan por concurso, se rompe la igualdad. Pero por otra parte se burla el mandato constitucional de que las escalas de remuneración son obligatorias; las remuneraciones en el sector público no se pueden fijar en forma arbitraria. Pero como supuestamente no es un salario, entonces allí se violan las escalas de remuneración.

Por otra parte, se viola también el derecho a la igualdad porque mientras el servidor público está limitado por mandato constitucional para contratar o para recibir otra asignación del tesoro público, el contratista tiene las manos libres para tener el número de contratos que a bien tenga, por supuesto, depende de la clase de contratista que sea: el cartero de Adpostal no tenía tiempo, pero el abogado que es amigo del gerente del Instituto y que fue enganchado para cumplir las funciones que cumplen los demás abogados de planta, y que tiene ahí una oficina, sí puede tener tres o cuatro contratos de esa naturaleza.

Como si esto fuera poco, el artículo 39 de la Constitución Nacional consagra el derecho de asociación para trabajadores y empleadores. Uno podría decir que los contratistas podrían formar una asociación; sin embargo, por la forma como funciona el contrato administrativo de prestación de servicios se resulta vulnerando, en forma directa, el derecho de asociación sindical puesto que se tiene la permanencia, la renovación del contrato, en manos de la omnímoda voluntad del representante de la entidad.

Hallaríamos más normas si seguimos explorando, pero estas serían las normas gruesas. Pero vamos a detenernos

un tanto en el artículo 53 para lanzar un grito de esperanza, porque si bien hasta ahora el artículo 53 es letra muerta en muchos aspectos, es claro también que el artículo 53 ordena, dispone, manda, que prime la realidad sobre las formas en materia de derecho del trabajo. Entonces, vale la pena rescatar algunas viejas jurisprudencias en donde la jurisdicción contencioso-administrativa ha configurado la relación asalariada a partir de los elementos mismos del vínculo asalariado: prestación personal del servicio, remuneración con fondos públicos y subordinación; entonces, a partir de estos elementos es necesario ejercer acciones para rescatar la verdadera naturaleza laboral del vínculo formalmente contractual-administrativo que tienen estos ciudadanos sometidos a este régimen.

Por otra parte, creo que está en mora el Ministerio Público —y en este caso no tanto la Defensoría, sino los que tienen potestad disciplinaria— de investigar la proliferación de contratos administrativos de prestación de servicios con personas naturales para atender necesidades y funciones permanentes de la administración. Hay normas expresas que lo prohíben, hay fundamentos constitucionales para remover esos contratos; sin embargo, los administradores siguen impunemente violando, básicamente, el derecho a la igualdad. Es decir, a partir de la violación al principio de igualdad se violan numerosas normas constitucionales. Pero ese es un derecho fundamental que, repito, hace parte de las normas fundamentales de derechos humanos y de normas fundamentales en derechos humanos que no son susceptibles de ser suspendidas o limitadas bajo estados de excepción y que por tanto, según el artículo 93 de la Constitución, tienen prevalencia frente a la normatividad interna.

Las formas de deslaborización de la relación laboral

*Jairo Villegas Arbeláez
Abogado de la Universidad Libre de Bogotá
Miembro de la Asociación de Abogados Laboralistas al
Servicio de los Trabajadores*

Principio y norma laboral (D.L. 2400/68, Art.2., Inciso 3), es el de que el ejercicio de funciones administrativas de carácter permanente, de las asignadas por ley a uno o varios empleos, deberá ser desempeñado de acuerdo a los empleos consagrados en la planta de personal y prescribe que ello no podrá ser objeto de contrato administrativo de prestación de servicios ni delegarse al personal vinculado mediante esta modalidad. Concordantemente, el anterior Estatuto de Contratación Administrativa disponía que, por norma general, no podían celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas (artículo 163 del decreto 222 de 1983).

Contrariamente, el nuevo Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), al referirse al contrato de prestación de servicios, lo define como el instrumento para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, aunque aclara que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (numeral 3º del art. 32 de la ley 80 de 1993). Significa lo anterior, que tal limitante no procede cuando el contrato de prestación de servicios se celebre con personas jurídicas cual forma de intermediación o de privatización de la función pública.

Así, mientras en el Estatuto Laboral se dispone que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones (D.L. 2400/68, art.2o., Inciso 4o.), en el Estatuto de Contratación Administrativa se autoriza el contrato de Prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Adviértase que la actual ley reguladora del contrato administrativo de prestación de servicios no dispone, ni por vía exceptiva, su temporalidad, a más de que tampoco restringe los eventos o circunstancias para su procedencia como sí existía para los precisos casos de asesoría, representación judicial y rendición de conceptos del art. 164 del D.222/83, lo que significa que por este aspecto tampoco se puede derivar tal temporalidad.

En virtud del principio de especialidad normativa, a nuestro modo de ver, es de aplicación prevalente el Estatuto Laboral frente al Estatuto de Contratación a efectos de resolver la contradicción planteada.

La realidad es la de que, por vía del contrato administrativo de prestación de servicios, el 25% de las personas que laboran en la función pública, en ejercicio de funciones administrativas de carácter permanente, asignadas a uno o a varios empleos, y que se desempeñan por empleados públicos, son prestadas también, en forma simultánea o sustitutiva, a través de contratos de prestación de servicios. Estos contratos están signados por su simulación, fraude y abuso del derecho; sancionables penalmente e inaplicables desde el punto de vista laboral en virtud del principio de primacía de la realidad jurídica sobre las formalidades.

Por esta vía, las plantas de personal y los empleados se vienen restringiendo en número a fin de sustituirlos por personas vinculadas por contrato administrativo de prestación de servicios, para deslaboralizar la relación de trabajo, pues tales contratistas no están sometidos a procesos de selección, ni gozan de estabilidad, ni de factores salariales (sino un pago único o integral), ni de prestaciones sociales, ni de computabilidad del tiempo de servicios para efectos pensionales, etc... Es el regreso al arrendamiento de servicios, la negación por deslaboralización del derecho del trabajo y la garantía constitucional y legal al trabajo. El trabajador se convierte en contratista y el derecho del trabajo es sustituido por el derecho administrativo. Todo desaparece en materia de garantías y derechos.

Hay que hacer un paréntesis en el caso del Instituto de los Seguros Sociales, desde el punto de vista constitucional y legal el concepto de planta de personal no tiene nada que ver con el Seguro Social hoy como Empresa Industrial y Comercial del Estado. Sin embargo, siguen hablando el mismo lenguaje del 2148 y del Estatuto de Reglamento Interno del Seguro como cuando el Seguro cumplía supuestamente funciones administrativas como Establecimiento Público (y ahí sí se predicaba el concepto de planta de personal y podía hablarse de nomenclatura, de asignaciones, de planta de personal y una cantidad de cosas de las que hoy ya no es posible hablar). Sería tan exótico hablar de planta de personal hoy en el Seguro como hablar de planta de personal en Coltejer. Donde hay una relación contractual no podemos hablar de planta de personal: eso corresponde a las entidades que cumplen funciones administrativas.

Por supuesto que hay circunstancias excepcionales en que procede el contrato administrativo de prestación de servicios. Problema distinto es su torcida utilización mediante el abu-

so del derecho o de las formas jurídicas como vía de deslaboralización y moda neoclientelista.

Este problema es quizá uno de los más graves que existe en el sector público y que tiene su similitud en el sector privado. Mirándolo como se expresa, corresponde, básicamente, a dos ejes de lo que hoy con mayor fuerza, mayor entidad, se conoce con el nombre de neolaboralismo, o sea, un nuevo modelo para las relaciones laborales. Básicamente se apunta hacia la deslaboralización y hacia el concepto de plantas paralelas. Los célebres contratos civiles o mercantiles que autorizó la ley 50, invirtieron la presunción anterior sobre la existencia de la relación laboral y le rindieron culto a la supuesta autonomía de la voluntad. Así, el profesional de la salud estaba en "libertad" para contratar, pero esa libertad implicaba realmente adherirse a un contrato civil o mercantil, es decir, un contrato deslaboralizado.

Igualmente en el sector privado se da a nivel de las agencias de servicios temporales —que son un mecanismo de deslaboralización. Entonces, en una misma empresa coexisten trabajadores propios con trabajadores "extraños", que serían en este caso los "misioneros" o contratados a través de agencias de servicio temporal. Bajo este mecanismo de los contratos civiles o mercantiles y las agencias de servicio temporal a través de los misioneros, nos encontramos con que en las empresas del sector privado, en forma cada vez más creciente, existen dos tipos de personas que desarrollan actividades de trabajo subordinado y remunerado: unos laboralizados y otros deslaboralizados.

En el sector público el equivalente a los contratos civiles o mercantiles son los contratos administrativos de prestación de servicios, que no son más que una forma de deslaboralización. Encontramos en una misma entidad, para

hablar del caso más alarmante (el ISS), trabajadores permanentes y ocasionales, vinculados éstos a través del sistema simulado y fraudulento de los contratos administrativos de prestación de servicios.

Hay que agregar que en el sector público hay unas nuevas formas de deslaborización, esto es, la deslaborización ya no se hace solamente a través de los contratos administrativos de prestación de servicios. También se está implementando el mecanismo de la fiducia mercantil, que es una forma de intermediación que consiste en que una entidad estatal contrata bajo el sistema de fiducia entregando unos dineros para su manejo, y la entidad fiduciaria es la que contrata, mediante un contrato de derecho privado, los funcionarios públicos que van a cumplir la función administrativa. Esta modalidad se está aplicando en los Corpes. El otro sistema es el de los contratos especiales, que son una especie de contrato de arrendamiento de servicios o arrendamiento de criados previsto en el Código Civil del siglo pasado. Antes de que el derecho laboral naciera esa era la forma de regular el trabajo. Estamos regresando allá. ¿Quiénes lo utilizan? Lo utilizan fundamentalmente los organismos internacionales y para el caso de la salud lo utilizan la OMS y la OPS, y es fundamentalmente el mecanismo para contratar, en algunos casos, personal de profesionales especializados, a través de una forma de intermediación de un representante llamado residente y ese representante residente del organismo internacional actúa como intermediario, para que no sea el Ministerio de Salud o la Aeronáutica Civil o el Ministerio de Trabajo quien contrate directamente o quien vincule directamente, sino que la actividad profesional —fundamentalmente de asesoría— la sacan de la planta de personal y a través de la intermediación del representante residente suscriben un contrato que desde el punto de vista de la técnica jurídica ni es un contrato civil ni es un contrato mer-

cantil, sino que es un híbrido en donde le sacan el quite a todo y establecen un sistema de contratación sui-generis.

Ha de advertirse, sin embargo: frente a los contratos administrativos de prestación de servicios a los contratos especiales y a los de fiducia, que la condición de empleado público deviene de la ley (D.L. 1042/78, Art. 2) y, por tanto, carecen de valor tales formas de contratar (simuladas), por el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación.

Si vamos a hacer el seguimiento y unir todos esos cabos, nos encontramos con que, además del fenómeno de la deslaboralización con todo lo que significa (significa obviamente que no hay relación laboral, no hay estabilidad, no hay protección en seguridad social, no hay jornada de trabajo, no hay salario, no hay prestaciones, no hay posibilidad de sindicalización) se desarrollan las plantas paralelas. En la entidad privada o en la entidad pública hay una planta de trabajadores laboralizados que coexisten dentro de las mismas cuatro paredes con una planta de trabajadores deslaboralizados vinculados bajo estos sistemas que de manera grave están incidiendo en desarrollar a pasos agigantados una política de expropiación de los derechos laborales de los trabajadores. Estamos regresando un poco al pliego de peticiones de la época del coronel Aureliano Buendía donde la gran discusión con la United Fruit Company era si ese pliego de peticiones que habían presentado esos trabajadores de la United Fruit Company debería ser estudiado por los patrones o no en razón de que la United Fruit Company afirmaba que ella ni tenía ni conocía trabajadores propios. Nos estamos colocando en un plan en donde la reivindicación de los trabajadores hoy no es ni el pliego de peticiones ni cosas por el estilo, sino reivindicar su condición de trabajadores. O sea, estamos prácticamente regre-

sando al siglo pasado. Esta es una de las causas de descenso de la tasa de sindicalización, tanto en el sector privado como en el sector público.

Complementariamente con la anterior, encontramos que hay una nueva forma de clientelismo, lo que podríamos llamar en tiempos de neolaboralismo: el nuevo clientelismo. Todos estos personajes encartados, encausados, investigados, que todos conocemos, ya no hacen su politiquería a través del sistema de todos conocido, porque, mal que bien, se vienen desarrollando para los trabajadores laboralizados del sector público mecanismos de concurso, procesos de selección, etc... Ahora el clientelismo actúa, entre otras, con el sistema de los contratos administrativos de prestación de servicios. Esta es una fuente de formas clientelistas para vincular, a través de este tipo de contratos, a los carteros en Adpostal, a los empleados de las oficinas pequeñas en Telecom y a los porteros en el Seguro Social, etc.

Pero también el contrato administrativo de prestación de servicios, por no tener control y no figurar en una asignación específica ni en un rubro presupuestal determinado, queda a discreción de los jefes de la administración para enriquecerse a través de sus amigos. Se utilizan formas de testaferrato que son los grandes contratos de prestación de servicios. No hablamos de contratos pequeños, hablamos de los grandes de asesorías, en donde el director de la entidad, que discrecionalmente maneja un rubro presupuestal global, pone a firmar grandes contratos de prestación de servicios profesionales a sus amigos, contratos que en muchos casos no se ejecutan o se ejecutan muy parcialmente y por esa vía se aplica la cuota o la vacuna, que ya no es ahora a través de que te den los veinte pesos, sino ingresando sumas extraordinarias a través del torcido mecanismo de los contratos de prestación de servicios.

Señalamos que este problema en el Instituto de los Seguros Sociales, hasta donde llegaba la información, era del 25.4% en 1991. Es tan grave este problema, que hoy una de cada cuatro personas que desarrollan actividades personales subordinadas y remuneradas de relación de trabajo en la administración pública están deslaboralizadas por vía de los contratos administrativos de prestación de servicios. Esto genera fenómenos alarmantes desde el punto de vista asociativo al no ser trabajadores laboralizados. En algunas universidades, asociaciones de profesores deslaboralizados coexisten con ASPU y las tradicionales asociaciones de profesores universitarios laboralizados. A nivel del magisterio el fenómeno es de proporciones incalculables y existen también formas asociativas de trabajadores "no trabajadores" que coexisten con formas asociativas de los trabajadores.

Para terminar, hay que decir que en el proyecto de ley anterior a lo que hoy es la ley 27 del 92 (carrera administrativa), se regulaba el contrato administrativo de prestación de servicios bajo otra denominación: se llamaba contrato de función pública, que era el mismo contrato administrativo de prestación de servicios pero ya abiertamente introduciéndolo como tal y cambiándole el nombre: contrato de función pública. Finalmente, y a raíz de una serie de ideas y discusiones, no lo presentó el Gobierno Nacional y por eso no aparece en la ley 27 de carrera administrativa.

Al respecto de lo anterior, la Corte Constitucional ha expresado que: "de acuerdo con las normas legales del contrato administrativo de prestación de servicios, la actividad humana que la persona natural o jurídica se obliga a ejecutar a favor del ente público, no puede realizarse bajo la continuada dependencia o subordinación de este último. La relación laboral no puede ser objeto de un contrato de prestación de servicios (D. 222 de 1983, Art. 168). En el plano

legal, frente a la entidad administrativa, debe colocarse siempre un contratista independiente. La administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo. De crearse un acto semejante, o de producirse su mutación en ese sentido, se ingresa en el campo de la patología de este típico contrato administrativo y en la ilegalidad de la correspondiente actuación o práctica administrativa, sin perjuicio de los derechos o garantías del trabajo que aún bajo ese supuesto hayan podido realizarse.

Lo anterior no obsta para 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 (C.P. Art. 53), 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". (Corte Constitucional. Sentencia C-056 de febrero 22 de 1993).

El trabajo y la contratación Administrativa

*José Gabriel Restrepo
Abogado Universidad de Medellín
Asesor de la Defensoría del Pueblo*

La actividad humana que se regula a través de los contratos administrativos de prestación de servicios tiene un valor constitucional. Lo importante es entonces que comencemos por reivindicar que en cada fallo judicial el juez tenga la obligación de hacer un juicio previo de constitucionalidad, es decir, que la decisión del juez se acople de manera perfecta a la Constitución. Y para el caso de los contratos administrativos, diferenciados de los contratos laborales y para poder hablar del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas, hay entonces que definir qué es en la Constitución esa actividad humana, es decir, a partir del canon constitucional, qué tiene que hacer el juez al que se le somete a su conocimiento una relación de trabajo disfrazada de esa forma.

El trabajo está regulado en el preámbulo de la Constitución Nacional. Y citamos el preámbulo porque a partir de una sentencia de la Corte Constitucional del año 92, el preámbulo puede ser definido como el artículo 0 de la Constitución, esto es, se cambió el valor de ese enunciado y se dijo que tiene fuerza vinculante. Entonces, en el preámbulo, cuando se señala que el pueblo reunido en Asamblea Nacional Constituyente para asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, la paz, y otra serie de valores —y entre ellos se enuncia el trabajo—, se dice que el trabajo es elemento sobre el cual se funda la República y es elemento in-

dispensable sobre el cual se discutió y se promulgó la Constitución Nacional. Por lo tanto, el trabajo, desde el preámbulo, es un valor tan fundamental como el derecho a la vida. Según la propia Constitución, el trabajo es uno de los cuatro fundamentos en que se funda la República, y se refiere al trabajo humano sin distinguir bajo qué modalidad se presente; pues aquí hay que hacer uso de aquel principio que señala que donde el legislador no distingue no es dable al intérprete distinguir; para este caso sería: donde el constituyente no distingue, no es dable al intérprete (sea juez constitucional o juez ordinario), hacerlo, y es toda actividad humana llamada trabajo la que funda la República.

El artículo 25 de la Constitución señala al trabajo como un derecho-obligación. Y ese enunciado hay que combinarlo con el artículo 334 ib. que señala que el Estado tiene la obligación de dar empleo a la fuerza productiva del país.

Visto el valor de ese trabajo, hay que desligar el factor competencia, es decir, ¿quién conoce sobre ese juicio y sobre esa disputa jurídica frente al trabajo cuando está encubierto bajo la modalidad de contrato administrativo de prestación de servicios? Para responder a esto, es necesario asimos del principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas. Este principio es un elemento para toda la rama judicial y está consagrado en el Art. 228 de la misma Constitución. ¿Y por qué el 228? Porque la Corte Constitucional ha dicho: derechos fundamentales no son solamente los que están enunciados del 11 al 40, los derechos fundamentales están regados en toda la Constitución, en suma, el 228 consagra un derecho fundamental que está por fuera del enunciado del 11 al 40, es el derecho fundamental a que al ciudadano se le administre justicia, a que en la administración de justicia se utilicen los principios que el propio artículo enuncia (y dentro de esos principios está la prevalencia

de la realidad sobre las formas jurídicas) Y aquí cabría otra pregunta: ¿cuando hablamos de protección especial de derechos fundamentales sólo podemos hacer referencia a derechos fundamentales constitucionales? Aunque la Corte ha sostenido ello, las indagaciones sobre la tutela han dicho que no es un fenómeno simplemente constitucional o que nació en Colombia con la Constitución de 1991; el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica consagraba un procedimiento breve y sumario para garantizar los derechos fundamentales constitucionales y legales. Es decir, va más allá el pacto internacional y dice: se deben garantizar por una acción breve y sumaria los derechos fundamentales legales. De esa manera, hablando de competencia, para estos asuntos es necesario reivindicar el principio constitucional del artículo 53 de la Carta que señala la prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas. Y esa prevalencia, en la mayoría de los casos, frente a la contratación de trabajadores oficiales a través de contratos administrativos de prestación de servicios, daría competencia exclusiva al juez ordinario laboral y no competencia a los tribunales contencioso-administrativos. Además, sabemos que la jurisdicción contencioso administrativa es una justicia con bastantes vaivenes y con una tendencia, en algunos tribunales, a ser defensores de oficio del Estado.

Ahora, hay que recordar los tres factores determinantes de la relación laboral: la prestación del servicio, la subordinación y un pago de esos servicios. Pues si logramos demostrarle al juez que están presentes esos tres elementos, habrá que reducir el litigio a un litigio laboral; es decir, excluiríamos la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los conflictos generados en la contratación de servicios administrativos puesto que estaríamos en frente de una relación de trabajo. El elemento más polémico en esto ha sido la igualdad jurídica de las

partes (artículo 13 C.N.), esta igualdad ante la ley que ha sido retomada del principio francés y que nuestra Constitución lleva más allá diciendo: esa igualdad tiene que ser real en la ley, no es una igualdad abstracta. Pues no hay nada más desastroso que aquella aceptación jurídica de la igualdad de los sujetos socialmente desiguales. ¿Cómo hacer para que esa igualdad sea real? Hay dos elementos para que a través de la interpretación del contrato laboral se haga real: en primer lugar, la forma como deben ser leídas las normas laborales. Las normas laborales tienen que ser leídas siempre a favor de los trabajadores (así lo impone un principio del artículo 53); y, en segundo lugar, el derecho de asociación del artículo 39 de la Constitución. Para todos es claro que trabajador y empleador son sujetos socialmente desiguales. Entonces, aceptar esa desigualdad es volver al aforismo francés que decía: le queda prohibido a ricos y a pobres dormir debajo de los puentes. Obviamente no le queda prohibido sino a un sujeto social: a los pobres.

Entonces, si no nos aferramos a esos dos elementos: al derecho de asociación como un elemento trascendental que equipara a los sujetos de la relación laboral, y además a la lectura favorable de las normas laborales para el trabajador como sujeto desigual, no podemos hablar de un verdadero elemento de contratación laboral, porque contrato es un trato entre dos, entre dos sujetos iguales y esos dos sujetos iguales se igualan en la realidad, no frente al aforismo de la simple igualación frente a la ley.

En la regulación civil el contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Trasladado al ámbito de las relaciones laborales hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal remunerado bajo la continuada dependencia de otro, y quien recibe tal servicio. Es decir, una persona natural se

obliga a prestar un servicio personal a otra persona -natural o jurídica- bajo dependencia y mediante pago. Existe unanimidad de criterios al sostener que los elementos de mayor relieve de la relación contractual son: la prestación personal del servicio o labor contratada, la subordinación y el pago de la labor. Desglosaremos cada uno de ellos pretendiendo encontrar pautas para clarificar la contratación administrativa de prestación de servicios.

El contrato -trato entre dos o más- se pretende entre sujetos libres e iguales y es la forma típica de relación entre individuos dotados de razón, se supone el concurso de voluntades libres, que subraya la horizontalidad, pues con posterioridad a la Revolución Francesa, al menos en el plano legal, somos libres e iguales ante la ley. Este criterio es ratificado por nuestro artículo 13 constitucional.

El consentimiento mutuo es el fundamento del contrato. El trabajador propietario sólo da su fuerza de trabajo inmediata, no puede sino enajenar su única posesión libre y así, en una hermosa paradoja, mediante su consentimiento voluntario entrega su libertad y se somete a otro con coerción. En este punto es válido retomar las palabras de Antonio Baylos: "El trabajo productivo, formalmente aislado, dividido socialmente, producto de la mercancía de otro, se canaliza jurídicamente mediante la forma contrato. El mecanismo contractual reproduce las desigualdades respecto de los poseedores, y refuerza la invisibilidad de los poderes económicos y políticos que, de hecho, los determinan. Paradoja o hechizo, el sistema liberal exige que las situaciones de subordinación aparezcan como relaciones de coordinación entre seres libres e iguales: necesita que un acto de sumisión se presente bajo la máscara de un contrato".

Prestación personal implica que el contrato laboral sea intuito persona, es decir, se celebra para recibir los servicios de la persona que se compromete a prestarlos; se contrata en razón de las calidades y cualidades del trabajador, para recibir la experiencia y conocimiento que son propios de él y de nadie más.

Al encasillar, en principio, la relación laboral dentro del derecho civil —arrendamiento de servicios— se evitó reconocer al trabajo la cualidad jurídica de cosa, objetivar la enajenación de la fuerza como medio material de producción, sin tener en cuenta la persona del trabajador en desarrollo de la prestación del trabajo, y se introdujo la subordinación bajo las características de U. Romagnoli: “es necesaria una cierta docilidad del trabajador, una rapidez en obedecer, su colaboración activa, obtenible mediante un artificio mucho más refinado que el que permite el goce de la cosa, un artificio que se resume en la institución de una relación instrumental ligada a la relación principal crédito-deuda de trabajo; retribuida y caracterizada por un estado de sujeción jurídica a la que corresponde una posición de supremacía”. Subordinación, en suma, es la facultad de dictar órdenes por el empleador y la correspondiente obligación de obedecerlas el trabajador. Ordenar el trabajo, el tiempo, modo y lugar de desarrollar la actividad contratada.

El pago de un salario o retribución es la materialización de la prohibición de la esclavitud, pues toda labor humana productiva al servicio de otra persona debe ser obligatoriamente remunerada.

En el sector estatal, el artículo 1º. del decreto 2127 de 1945 define el contrato de trabajo oficial así: “Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados reci-

procamente, el primero a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar un servicio intelectual o material en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y este último a pagar a aquél cierta remuneración”.

El artículo 2º, ib. precisa cuáles son los elementos necesarios para que haya contrato de trabajo: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la dependencia debe ser prolongada y no instantánea ni simplemente ocasional; y c) El salario como retribución del servicio.

El artículo 3º del mismo ordenamiento es trascendental puesto que consagra el principio de primacía de la realidad reducido al ámbito del contrato: “... una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dio”.

Es necesario, en este acápite retomar el texto del Presidente del Consejo de Estado doctor Diego Younes Moreno:

“Diferencia entre contrato administrativo y contrato laboral. Para que proceda la vinculación contractual laboral en la rama ejecutiva, es necesario que se trate de actividades, bien de la construcción y sostenimiento de las obras públicas, o bien de aquellas que según los estatutos de los establecimientos públicos sean susceptibles de ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo... El contrato administrativo de prestación de servicios en los organismos públicos procede exclusivamente para funciones transitorias, puesto que el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973 prescribe que en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente.

El contrato de trabajo no contiene cláusulas exorbitantes, como sí lleva, imprescindiblemente, el contrato administrativo, de acuerdo con las exigencias legales. En el primero, las prestaciones son consecuencia fundamental, mientras que en el segundo, está prohibirlo pactarlas.

En el contrato administrativo rigen los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración.

Elemento de indubitable importancia es la presencia o no de la autonomía. La relación laboral se caracteriza por su continuada subordinación, el contratista de un contrato administrativo goza de un nivel suficientemente amplio de autonomía. En estas tareas autónomas predomina el aspecto intelectual sobre el material y para remunerar los servicios nacidos de una relación laboral de trabajo subordinada se prevé el salario, para remunerar lo que surge de un contrato de prestación de servicios que prevén los emolumentos u honorarios”.

Al poder caracterizar estos tres elementos en esa relación, es necesario concluir que prima el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal. Pero, ¿cómo lograr que este principio de la primacía de la realidad sea de cotidiana usanza por los jueces? La redacción del artículo 53 trae plasmada la solución al señalar que el estatuto del trabajo contendrá unos principios mínimos, este artículo está redactado hacia el futuro, el verbo (contendrá) está jugando en futuro y ya la Corte Constitucional, de manera afortunada, ha zanjado esa discusión y ha dicho que las condiciones dignas y justas de trabajo de que habla el artículo 25, son sólo aquellas en las que se cumple a cabalidad todo el enunciado del mismo artículo 53 constitucional. Por lo tanto, el artículo 53, con sus principios, hoy es vigente y no ha de esperarse a que

el Congreso expida el estatuto del trabajo, sino que la Corte Constitucional lo subsumió dentro de las condiciones de dignidad del trabajo del artículo 25. En suma, podemos afirmar que el principio de la primacía de la realidad hoy está vigente. Aparte de que está contemplado en el 53 de la Constitución Nacional, está contemplado para los trabajadores particulares en el Código Sustantivo del Trabajo y para los trabajadores estatales aparece también expresamente consagrado en el art. 3º. del decreto 2127 de 1945.

Para ilustrar todo lo anterior, enunciaremos algunas jurisprudencias importantes porque dan elementos de batalla frente a la tendencia en aumento de los contratos administrativos de prestación de servicios (y no sólo en el Seguro Social).

La primera es una sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín (sentencia del 22 de febrero de 1994, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio) que recoge lo dicho por la decisión del 6 de febrero del 92 de la misma Corporación y que retoma elementos de una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia), y en donde se hace un recorrido sobre todos los elementos del contrato administrativo, comenzando desde la ley 3 del 30, especificando, por ejemplo, que según el artículo 7º. Del decreto 1950, no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente. Y aquí lo importante es el carácter permanente, o sea, no podemos hablar de un contrato de prestación de servicios de una aseoadora y de un vigilante que llevan 10 ó 15 años en una institución. Esa contratación debe ser accidental y por el lapso preciso de la organización de l servicio de que se trate, es decir, sería accidental y temporal, nunca permanente. Igualmente, los contratos administrativos de prestación de servicios sólo pueden ser utilizados

cuando la actividad para la que se ocupa al contratista no pueda cumplirse con personal de planta o sean tareas intelectuales, nunca materiales (esta distinción hoy no está presente con la entrada en vigencia de la ley 80, pero puede servir de elemento de juicio, y le sirvió al Tribunal para dirimir una controversia que tenía que ver con las labores de aseo de una entidad pública, pues se ha dicho que eso tiene que ver con el mantenimiento de obra pública. Y fue más allá la sentencia en mención, al decir que no es necesario que el trabajador demuestre estar amparado por los estatutos que le permiten ser trabajador oficial por vía asertiva, por ejemplo en las empresas o los establecimientos públicos, basta simplemente que logre configurar la presencia de los tres elementos de trabajo y, por lo tanto, aplicar el principio de la primacía de la realidad).

Lo anterior es trascendental porque se ha refrenado, de alguna manera, el uso del formalismo excesivo que sostenía que el contratista debía adjuntar los estatutos de la institución, el nombre del cargo específico como trabajador oficial y una serie de formalidades que entraban las posibilidades de hacer vigente el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas. La Corte Suprema de Justicia ha exigido tanta formalidad en la presentación de estatutos, en la adecuación del cargo, que, en muchos casos, desvirtúa el principio.

En la sentencia que estamos refiriendo, sostuvo el Tribunal que cuando estemos en presencia de los tres elementos (prestación personal del servicio, subordinación y remuneración) no necesitamos la formalidad de los estatutos, simplemente allí ya se configuró una relación laboral.

La segunda sentencia es del Tribunal Administrativo de Antioquia y se hace una enunciación extensa de los requisitos de esa contratación administrativa e igualmente, en esas

consideraciones. recoge la legislación de 1930 y habla, siguiendo los criterios del profesor Marienhoff, de la incorporación a la administración pública de técnicos y especialistas cuya situación requiera rodearlos de garantías y condiciones particulares. Es decir, ahí está una parte de la excepcionalidad. Habla también de dos elementos dentro de esa caracterización de los contratos administrativos de prestación de servicios: uno de ellos es la imposibilidad técnica de la administración de desarrollar la función con personal de planta y que no tenga para ello personal especializado: el segundo de estos elementos, y trascendental, es la independencia del contratista. Porque quizá el elemento que más distingue este contrato laboral es precisamente la subordinación. Se dice: si hay independencia del contratista para decidir el cómo y cuándo de la labor, no habrá entonces subordinación y será contratista. Mientras que el empleador pueda dirigir la labor, fijar horarios de entrada y salida, fijar condiciones de trabajo (cómo se hace, cuándo se hace): ahí habrá siempre una relación de trabajo y por lo tanto no podemos hablar de contratación administrativa. Además la sentencia afirma que tiene que ser en forma esporádica, es decir, en forma excepcional y no en la cantidad en que la excepción se vuelve la regla general.

Hay una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, — Magistrado Ponente Alvaro Suéscún Pujols—, que reivindica los elementos de la contratación típica administrativa que declara a un vigilante de Telecom como trabajador oficial y rescata algunos elementos de esa contratación laboral (fundamentalmente la primacía del principio de la realidad sobre las formas jurídicas): pero es muy simple, no hay otros elementos de importancia: sólo repite lo que ya se ha dicho por los tribunales administrativos.

La que sí es trascendental es la sentencia C-555 de diciembre 06 de 1994. —Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz— (que declaró inexecutable los parágrafos 1º. de la ley 60 de 1993 y el 3º. del art. 105 de la ley 115 de 1994. Hay que aclarar que no fue demandado todo el párrafo sino solamente unos apartes del mismo, pero la Corte fue más allá y dijo que por unidad de materia debería quedar inexecutable ese párrafo, además del párrafo tercero del artículo 105 de la ley 115). La importancia de esta sentencia radica, básicamente, en que rebate las razones económicas del Estado para contratar trabajadores a través de esa vía aduciendo que es mucho más barata.

Y aquí hay una anotación contundente de parte de la Corte Constitucional que puede ser evidenciada en muchos otros fallos y debe ser esgrimida por los litigantes. En efecto, la Corte dijo: "... sin embargo, el ahorro y la economía, de suyo loables, no son condición de disponibilidad que se deduce simplemente 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 aquella que se produce a expensas de la dignidad humana". Y sigue señalando: "... queda demostrado, a juicio de la Corte, que con base en el criterio del menor costo económico no puede erigirse un tratamiento jurídico diferenciado para dos grupos de docentes. Es evidente que no consulta el interés general. Pese a su aparente ventaja, la modalidad contractual, como opción complementaria de la estatutaria, definitivamente no es la forma de servir al interés general". Y, se repite, señala necesariamente que la economía no puede ser argumentada como elemento para contratar administrativamente, es decir, no pueden ser argumentadas las razones económicas y las razones del Estado. Otra discusión importante es: qué son razones del Es-

tado. Resulta que razones del Estado suena como a una tesis fascista, pero debe entenderse razones del Estado como razones de interés general.

Esta sentencia reivindica el artículo 3º. del decreto 2127 y habla de tres criterios: el primero está dado por la expresión temporales, que no se compadece con la labor continua que prestan los denominados docentes; el segundo criterio es el de igualación o de desigualación de la fecha 30 de julio del 93 contemplada en la norma (ley 30 de 1993) como límite para la regulación de la situación, esto es, el fijar una fecha determinada no es un elemento que soporte análisis a la luz del artículo 13 de la Constitución. El tercer elemento es la constatación de que existen docentes contratados por los Municipios pero la ley sólo contempla la incorporación a la nómina de quienes sirven a los Departamentos y a los Distritos.

Igualmente, la sentencia en mención informa que, de un total de 243.393 empleados, 21.920 tenían el carácter de contratistas, esto fue para 1991, o sea que ahora el número ha aumentado, pues siempre la tendencia es hacia el alza. Y aclara cuál es el contenido del Estado Social y Democrático de Derecho hablando de las relaciones laborales, es decir, qué es Estado Social y Democrático en derecho laboral. En principio digamos que son dos los elementos que lo figuran: el elemento cuantitativo y el elemento cualitativo. El elemento cuantitativo está dado por las condiciones mínimas, es decir, a nadie se le puede pagar menos del salario mínimo, todos tendrían derecho a la seguridad social siendo trabajadores, y así mismo a la aplicación de las normas mínimas; en suma, aplicación de los principios del artículo 53 constitucional. Pero además, esos elementos cuantitativos dentro del Estado Social y Democrático de Derecho tienen que ver con la primera parte de este escrito: con el valor del

trabajo en la Constitución. Entonces, un Estado será un Estado Social y Democrático de derecho cuando aplica ese art. 334 de la C.N. combinado con el 25 ib. en cuanto hace prevalecer el trabajo como un fin sobre el cual se construye la República. Ese será un Estado Social y Democrático de Derecho en el ámbito de las relaciones laborales.

Los contratos administrativos de prestación de servicios tienen el alcance de excusar, con la mera prestación efectiva del trabajo, la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previos para acceder a la función pública (que en la modalidad estatutaria son el nombramiento y la posesión y que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la correspondiente disponibilidad presupuestal).

En esta misma sentencia, la Corte nos dice que la consecuencia jurídica de hacer prevalecer el principio de la realidad sobre las formas, es simplemente declarar que esa contratación no es una contratación administrativa; sin embargo, la alta Corporación dejó la trascendente decisión acerca de los derechos individuales de los trabajadores sometidos a este tipo de contratación para que la tomara cada Juez en particular en el ámbito de la resolución individual de la problemática sometida. Obviamente que si nosotros le damos vigencia al principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas, hay que decretar la nulidad de todo lo actuado y, consecuentemente, resarcir los perjuicios, por lo tanto, no es conveniente dejar esa labor a cada juez en particular puesto que así no se resuelve el asunto de fondo. La Corte evitó así resolver de fondo todo el problema de la contratación administrativa, lavó sus manos al afirmar que es inconstitucional pero no le derivó consecuencia jurídica alguna, dejando esa tarea a cada juez que conozca un conflicto de tales características.

Pero hay que agregar que la Corte en su análisis se quedó corta porque omitió el estudio de otras normas atinentes para el caso, por ejemplo: el artículo 21 en el numeral 2º de la ley 60 de 1993 que también plantea, en cuanto a los Municipios, la utilización de los ingresos corrientes de la Nación, que pueden pagar honorarios a profesionales, pues así se está abriendo la puerta a que los Municipios continúen, frente al sector salud que van a recibir, contratando médicos y profesionales a través de la vía de los contratos administrativos de prestación de servicios.

Finalmente, hay que afirmar que no siempre las administraciones utilizan con criterios torcidos este recurso, es que un administrador que tiene que cubrir unas necesidades, y no encuentra recursos humanos en su planta, tiene que echar mano de la primera salida que encuentre viable. A manera de ejemplo, podemos referir el caso del Servicio Seccional de Salud de Antioquia que imputaba el factor prestacional a los honorarios mensuales. Eso generó en ciertos trabajadores molestias porque los que estaban vinculados por contrato administrativo devengaban más que los vinculados a la planta de cargos de la institución. Entonces hubo que explicar a todo el personal el hecho de que los contratistas estaban pagando su propia seguridad social, que no tenían derecho a prestaciones, que no tenían estabilidad, etc., y los trabajadores pudieron ir entendiendo bien la situación.

Pero en ese caso no le está saliendo más barato a la institución, es decir, no siempre ese sería un argumento de peso (el de los mayores o menores costos), sino simplemente lo equivocadas que son las políticas administrativas a nivel de los Ministerios, que dan unas instrucciones para los diferentes sectores, al elaborar los presupuestos, en el sentido de que no pueden crearse más cargos en las diversas entidades.

En Antioquia, en el año 1988, hubo un Gobernador que decidió autónomamente cuántos cargos se necesitaban y se crearon cargos sin que el Ministerio los aprobara. Después del hecho cumplido hubo los recursos a nivel departamental para satisfacer esos cargos creados. Sin embargo, paulatinamente se tuvo que volver al mecanismo de la contratación.

En todo caso, hay que entrar a evaluar las situaciones de las distintas entidades, hacer comparaciones a nivel de ejecuciones presupuestales, a nivel de rubros, recopilar información en todo este campo, puesto que si se demuestra que todo es falacia, podría desbaratarse el argumento del menor costo como justificante de este tipo de contratación administrativa.

Relación laboral de empleo público o contrato administrativo de prestación de servicios

*Jairo Villegas Arbeláez
Abogado de la Universidad Libre de Bogotá
Miembro de la Asociación de Abogados Laboralistas al
Servicio de los Trabajadores*

1. Derecho Internacional

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su preámbulo señala que “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los Derechos Fundamentales del Hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...”

Por ello la humanidad proclama y dispone como derechos humanos.

- La igualdad en dignidad en derecho y a la protección, sin distinción ni discriminación. (Arts. 1, 2 y 7)

- el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, a igual salario por trabajo igual, a una remuneración justa y digna, a una limitación razonable de la jornada de trabajo y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses. (Arts. 23 y 24).

Y en garantía de respeto a esos derechos, a su aplicación efectiva, dispone que:

“Nada, en la presente Declaración podrá interpretarse en el senti-

do de que confiere derecho alguno al Estado... para emprender y desarrollar actividades tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración". (Art. 30).

Igualmente se encuentra consagrada tal regulación sobre el trabajo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966 (aprobado mediante la Ley 74 de 1968) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Así, desde el punto de vista del derecho internacional, la óptica a partir de la cual se debe asumir el trabajo, es en condiciones dignas y justas, o condiciones de trabajo integradas por la debida remuneración, jornada y sindicalización, regulado ello por el derecho del trabajo, sin que el Estado colombiano esté habilitado para suprimir o negar estos derechos, dado que el trabajo así tutelado es un derecho humano fundamental por comprometer la dignidad de la persona humana del trabajador.

2. Del trabajo: ubicación y principios constitucionales

Precisión preliminar

El propósito es el de ubicar el trabajo dentro de la óptica como está prevalentemente regulado, a partir de la Constitución como norma de normas y de su interpretación por la Honorable Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución. (C.P. Arts. 4 y 241).

Constitucionalización del derecho del trabajo

La Honorable Corte Constitucional señaló:

“Con la expedición de la Carta de 1991 entró nuestro país en la era del constitucionalismo del derecho del trabajo, es decir, de un especial tratamiento en la Constitución, a diferencia de la parquedad con que de éste se ocupó la carta anterior... la Constitución de 1991 da un vuelco a la normación constitucional existente sobre la cuestión laboral...” (T-462/92, julio 13/92)

Doctrinariamente el Profesor Francisco Escobar Henríquez, observa:

“En la nueva Constitución se percibe, ya desde el primer artículo, una nueva actitud frente al trabajo, pues de entrada éste quedó instituido como uno de los pilares del Estado social colombiano”. (“Los principios del derecho laboral en la nueva Constitución”, Revista Actualidad Laboral, Legis, No. 48, pág. 12).

Los propios constituyentes advirtieron, como lo reseña la Honorable Corte Constitucional, que:

“No se trata, como pudiera pensarse con ligereza, de un simple retoque cosmético o terminológico. Se pretende señalar un rumbo inequívoco y fundamental para la constitución de una nueva legitimidad para la convivencia democrática, que debe nutrir el espíritu de la estructura toda de la nueva Carta. El trabajo se eleva a rango de postulado ético-político necesario para la interpretación de la acción estatal y de los demás derechos y deberes incluidos en la Carta, así como factor indispensable de integración social”. (Gaceta Constitucional No. 23 de marzo 19 de 1991, pág. 2, citado en la Sentencia C-479/92, Ago. 13 de 1992)

Dimensión constitucional del Trabajo

El Constituyente la ubicó así:

“El trabajo es toda actividad humana libre, conciente y noble, necesaria para la vida y generadora de capital y de instrumento de labores.

“Es bien del hombre y de la humanidad. De ahí su valor humano.

“Está superado el concepto de que el trabajo es una mercancía

sometida a las leyes del mercado sin consideración a la persona que lo presta.

“El nuevo concepto de la actividad laboral se aparta de la simple valoración material de ella, elevándola al rango de un derecho consustanciado con la vida y la esencia del ser humano.

“Por eso llega a la incorporación del trabajo en los nuevos textos constitucionales con alta significación de los valores inmanentes que deben reconocerse y respetarse.

“El trabajo exige respeto para la dignidad de quien lo presta, o sea, el hombre. Este es un ser con fines propios que cumplir por sí mismo; no es ni debe ser un simple medio para fines ajenos a los suyos”. (Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 45, pág. 5, citado en la Sentencia T-475/92, julio 29 de 1992)

O en palabras de la Honorable Corte Constitucional:

“En este momento de la cultura mundial y del sentimiento nacional, parece innecesario destacar la importancia del trabajo y bastará decir que hace mucho dejó de ser una mercancía sujeta a los mecanismos del quehacer económico para convertirse en atributo de la personalidad jurídica, un valor de la existencia individual y comunitaria y un medio de perfeccionamiento del ser humano y de la sociedad toda, que no podría existir sin él”. (T-457/92, julio 14/92).

“... el trabajo, además de ser un derecho fundamental es un principio fundante del Estado colombiano... es ciertamente un derecho humano (Art. 25) pero también constituye, al mismo nivel del respeto a la dignidad humana un principio o elemento fundamental del nuevo orden estatal (Art. 1º)”. (C-546/92, Oct. 1º de 1992).

El trabajo en el Estado Social de Derecho

“... confieren a las estructuras orgánicas y administrativas del ‘Estado Social de Derecho’ el papel de promotoras del desarrollo y de la justicia sociales, para combatir las desigualdades humanas

con sus mecanismos políticos y económicos; en esta órbita de aspiraciones políticas y sociales, se encuentra en un plano prevalente el derecho al trabajo, que es elemento esencial en el orden de la convivencia humana.

“El trabajo, como factor fundamental de los procesos económicos y sociales, resulta de primordial importancia en razón de que posibilita los medios e subsistencia y la calidad de ésta para el mayor número de la población y de él depende de manera general el crecimiento y desarrollo económico. También de él se desprenden variadas y complejas relaciones sociales concurrentes y divergentes en punto a los intereses que en ellas se traban; esta naturaleza básica del trabajo, reconocida por el constituyente de 1991 desde el preámbulo de la Carta, también manifiesta en su contenido finalístico el propósito de asegurarlo de manera prioritaria, ante otros objetivos del Estado.

“Desde todo punto de vista argumental, las precedentes consideraciones son pertinentes por cuanto deben estar presentes en la inteligencia que el intérprete haga de las normas constitucionales en torno al trabajo humano y sobre las respectivas disposiciones constitucionales aplicables”. (Corte Constitucional, T-446/92, julio 8/92)

La efectividad del derecho constitucional del trabajo

La Honorable Corte Constitucional ha precisado:

“Con la promulgación del derecho no está ganada la batalla por hacerlo realidad.

“La promulgación es con frecuencia el punto de partida de una confrontación entre fuerzas diversas que propugnan por tipos de aplicación de sentido contrapuestos y cuyo resultado no puede ser previsto de antemano.

“Por ello la Constitución establece mecanismos para que se logre la efectividad del contenido esencial y objetivo de los textos y se evite la manipulación y la desviación del sentido original.

“La volubilidad del proceso de aplicación de normas, explica la preocupación del texto constitucional por la efectividad de los

derechos, por su realidad y no simplemente por su consagración. Según la Carta de 1991 la efectividad de los derechos no es un mero postulado programático. Es una norma constitucional con toda su fuerza imperativa.

“Así se desprende del artículo 2º. que postula como fin del Estado la garantía de la efectividad de los derechos...” (C-546/92, octubre 1º/92)

Derecho constitucional del trabajo: núcleo esencial

“... La jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.

“De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. (Corte Constitucional, T-426/92, junio 24 de 1992)

Trabajo: derecho constitucional fundamental

Reiterada y uniformemente la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha considerado el trabajo como derecho fundamental.

“El trabajo es un derecho fundamental que goza de la especial protección del Estado y además es uno de los bienes que para todos pretende conseguir la organización social, según el preámbulo y uno de los valores fundamentales de la República, conforme al artículo 1º...” (T-457/92, julio 14 de 1992, T-446/92, julio 8 de 1992, T-462/92 de julio 13 de 1992, entre otras muchas).

Trabajo: derecho humano fundamental

Se ha precisado por la Honorable Corte Constitucional, que el trabajo es un derecho humano por cuanto “es una

manifestación de la libertad del hombre y por tanto en último término, tiene su fundamento en la dignidad de la persona humana". (T-08/92, mayo 18 de 1992, Sentencia No. 222/92, junio 17/92 y C-546/92, octubre 1º/92).

Reliévese concordantemente, la ubicación del trabajo y su relación con la dignidad humana, así como su interpretación de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (C.P. preámbulo, Arts. 1, 25, 53, inciso final, 93 y 94).

Trabajo: protección especial y principios protectores

"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" (C.P. Art. 25).

"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 las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; (...).

"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores". (C.P. Art. 53).

Arts. 25 y 53: Conexidad y complementariedad

Debe destacarse que la Constitución Política en su artículo 25 consagra la especial protección al trabajo y complementariamente en el artículo 53 señala los principios mínimos fundamentales para hacer efectiva la protección especial.

Así lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional al indicar que "son principios mínimos fundamentales los establecidos por el artículo 53 de la Constitución Nacional, por ser éstos complemento indispensable del artículo 25 de la Carta". (T-457/92. julio 14 de 1992).

Relievamos entonces, que para un cabal entendimiento de la protección constitucional del trabajo, ha de ubicarse su especial protección en relación con los principios mínimos fundamentales, sin que sea procedente su aislamiento mecánico o reductivo.

Principios mínimos fundamentales: aplicación a los servidores públicos

Así lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional:

"La función pública y los principios mínimos laborales.

"La prevalencia de estos principios debe, así mismo, mantenerse en toda relación laboral, incluso en la que surge entre la administración y sus servidores.

"Esto debe ser así, por cuanto la Administración como una de las mayores fuentes de empleo no puede desconocer el valor del trabajo, así como la prevalencia de los principios enunciados en el artículo 53 de la Constitución Nacional. (...).

"Sólo la aplicación de estos principios permite que el derecho al trabajo pueda desarrollarse y garantizarse efectivamente... Estos principios hacen parte de la relevancia que dentro del Estado Social de Derecho se le ha dado al trabajo.

“...no le es ilícito en ningún caso al patrono, ya sea un particular o la misma administración, el desconocimiento de los principios mínimos fundamentales establecidos por el artículo 53 de la Constitución Nacional, por ser éstos complemento indispensable del artículo 25 de la Carta”. (T-457/92, julio 14 de 1992)

Principios: Vigencia, obligatoriedad

“Estos principios son mínimos... y por tanto, ya hacen parte del ordenamiento jurídico en su base misma —la Constitución—. de tal manera que, aún no estando incluidos los artículos 25 y 53 dentro de la enumeración de los derechos de aplicación inmediata (Art. 85 C.N.), por ser principios mínimos de naturaleza constitucional, no necesitan esperar la expedición de una ley para que sea exigible su observancia.

“Por consiguiente, no es factible erigir la ausencia de un estatuto legal que desarrolle tales principios para desconocerlos, ya que imperan por directo ministerio de la Constitución Política”. (Corte Constitucional, C-479/92, agosto 13/92)

Principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores

El Principio Constitucional de Igualdad, se consagra genéricamente en el artículo 13 y de manera reiterada y específica como principio mínimo fundamental en el artículo 53.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional ha precisado:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo, la simple igualdad matemática.

“Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas, ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.

“Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor.(...)”

“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. Dicho convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: ‘los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna’, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.

“El artículo 1o. del convenio citado dice:

1. A los efectos de este convenio, el término “discriminación” comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades, de trato en el empleo y la ocupación:

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas, de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”.

“El artículo 2o. del convenio dispone:

Todo miembro para el cual este convenio se halle en vigor, se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional, que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar discriminación a este respecto". (Corte Constitucional, C-006/92, mayo 29/92 y T-230/94, mayo 13/94).

Principio de estabilidad en el empleo

"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. Toda norma que tienda a vulnerar este principio es, en definitiva, no solo un retroceso que supone olvidar logros laborales por los cuales la humanidad ha luchado denodadamente, sino que contraría los fines de la persona en sociedad.

"La estabilidad en el empleo tiene un doble fin, derivado, como ya se ha enunciado, del principio de seguridad. Por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad". (Corte Constitucional, C- 023/94, enero 27/94).

Principio de irrenunciabilidad de beneficios

Se explica por la naturaleza y carácter finalista del trabajo, que compromete no solo al individuo sino principalmente a la sociedad fundada precisamente en el trabajo (C.N. preámbulo, Arts. 1o. y 25) y también a la dignidad propia del trabajo (ibid, Arts. 53 inciso final, 93 y 94) como dere-

cho humano fundamental. (Ibid)

Así mismo, la irrenunciabilidad es de la esencia del derecho del trabajo, en cuanto:

“La legislación laboral tiene su origen... y pretende –por medio de la protección del trabajador– evitar que la igualdad formal se convierta en una justificación de la desigualdad real existente... El reconocimiento de la desigualdad de las condiciones reales... la excepción al principio del Derecho Romano de igualdad contractual en beneficio de la protección especial de los intereses de los trabajadores”. (T-230/94, mayo 13/94).

Precisamente el carácter protector del derecho del trabajo es de naturaleza compensatoria para tratar de ajustar en beneficio del trabajador que es la parte débil en la relación laboral, mediante la limitación a la autonomía de la voluntad o contractualismo, la igualdad formal, dada la desigualdad real.

Por ello la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, afirma que:

“no se concibe que pueda contratar en igualdad de condiciones con su empleador, así que deben dictarse normas que amparen al trabajador y estén por encima de la voluntad de trabajador y patrono”. (T-462/92, julio 13/92)

“...no puede conferírsele igualdad de trato al patrono y a cada uno de sus trabajadores...” (T-441/92, julio 3/92)

Por eso se dá por reconocida la “inferioridad negocial de parte del trabajador” y por el carácter alimentario de la retribución derivada del trabajo se afirma “el estado de necesidad” y cuanto más “en una situación como la colombiana en la cual la oferta de empleo es mayor que la demanda...” (T-457/92, julio 14/92)

En síntesis, mediando desigualdad real, económica y social, y en consecuencia negocial, entre trabajador y patrono, la Constitución restringe y proscribela igualdad formal en los sujetos de la relación laboral cuando afecte derechos del trabajador.

Dentro de este principio de irrenunciabilidad de beneficios, se inscribe el de transigir y conciliar, o disponer por renuncia, de derechos inciertos y discutibles.

Principio de favorabilidad

Tiene una doble expresión, según se trate que un precepto laboral razonablemente admita interpretaciones diversas, y de coexistencia de normas laborales de distinto origen formal, razonablemente susceptibles de ser aplicadas, en cuyos casos, la duda se resuelve favorablemente al trabajador.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha precisado:

“Frente al principio de favorabilidad en la interpretación, consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política, este mandamiento no debe entenderse como si hacia el futuro los jueces del trabajo en todos los casos estén obligados a aceptar como interpretación correcta de una norma la que proponga el trabajador, sea que actúe como demandante o que lo haga como demandado pues, por obvias razones, se supone que siempre auspiciará aquella exégesis que se muestre más favorable a sus intereses. Este no es el sentido del precepto constitucional. Lo que debe entenderse que habrá de desarrollar el Estatuto del Trabajo es el principio que obligará al juez a acoger entre dos o más interpretaciones de la fuente formal de derecho de que se trate, ‘la más favorable al trabajador’, pero siempre que la disparidad de interpretaciones resulte de la comprensión que el mismo fallador considere posible al aplicar las reglas generales de hermenéutica jurídica y las específicas o propias del derecho laboral. En consecuencia, la que de-

berá resolverse de manera que produzca los efectos más favorables al trabajador será aquella duda respecto del entendimiento o inteligencia de la norma jurídica que resulte de las diferentes interpretaciones que el juzgador encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, pero no la que, para un propósito determinado, se le pueda presentar a alguna de las partes comprometidas o a los interesados en el resultado del proceso". (Sentencia de septiembre 4/92, Radicación 4929, Magistrado Ponente: Dr. Hugo Suescún Pujols).

Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades

Este principio se encuentra consignado reiterativamente, como mínimo fundamental en materia laboral (Art. 53) y como guía en la administración de justicia (Art. 228) y se explica su reiteración por la alarmante utilización del papel o la forma que se vé obligado a suscribir el trabajador, como vía para simular formas de negación del derecho del trabajo, y del procedimentalismo formalista como pretexto para burlar la efectividad del derecho sustancial en la administración de justicia.

El principio comporta, el que la realidad es prevalente y determinante frente a las formas o el papel, y no a la inversa como es la creencia generalizada y deformada.

La Honorable Corte Constitucional, ha precisado:

"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 sustancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo sustancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden

jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política (C-023/94, enero 27/94)

Y la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, señaló:

“En otras oportunidades esta Sala se ha referido al principio doctrinario del derecho laboral que se enuncia como de la primacía de la realidad, según el cual, cuando se ha de determinar la naturaleza, características y demás circunstancias y aspectos de una vinculación laboral deben preferirse los informes que puedan extraerse de la realidad, de la relación a los datos aparentes que puedan ofrecer los documentos o contratos, máxime cuando éstos implican simulaciones o fraudes a la ley laboral que resultan perjudiciales al trabajador. Pero tal principio no se traduce en una presunción de que todos los documentos contienen siempre simulaciones y fraudes ya que ellos bien pueden corresponder lícitamente a circunstancias reales”. (Corte Suprema, Sala Laboral, H. Mag. Dr. Daza Alvarez, Nov. 8/90, Exp. 3859)

Así, por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas: por simulación, por fraude o abuso del derecho, no se aplicarían las formas o papeles que por necesidad se ve presionado a suscribir el trabajador y mediante las cuales, por práctica generalizada, se pretende negar la relación laboral para hacer neoclientelismo en muchos por vía de los contratos administrativos de prestación de servicios.

Principios mínimos fundamentales sobre el trabajo y contrato administrativo de prestación de servicios.

La lectura y comprensión constitucional del trabajo debe hacerse a partir de su especial protección y de los principios mínimos fundamentales, consagrados constitucionalmente en los artículos 25 y 53, que desde el punto de vista normativo son normas complementarias e integradas, dado que el artículo 25 consagra el principio de la especial protección.

y el artículo 53 precisa los principios a través de los cuales se hace efectiva la especial protección al trabajo.

Precisados así los elementos tutelares del trabajo, ha de advertirse su contextualización constitucional, según la cual el trabajo, desde el preámbulo se señala expresamente como un valor fundante de la sociedad colombiana, a la vez que es uno de los elementos básicos para la organización como Estado Social de Derecho (Art. 1º), y como uno de los fines esenciales del Estado en cuanto compromete a las autoridades de la República para su protección en razón de su carácter de derecho fundamental. (Art. 2)

Toda reflexión constitucional en torno al trabajo, frente al contrato administrativo de prestación de servicios, debe partir de las premisas constitucionales señaladas y analizadas detalladamente por la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, para concluir en la aplicación de los principios mínimos fundamentales, particularmente los de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, igualdad de trato, 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, estabilidad en el trabajo, (Art. 53), como presupuestos para el trabajo en condiciones dignas y justas (Art. 25), todo lo cual es abusivamente transgredido, en la mayoría de los casos, pretextando una formalidad denominada contrato de prestación de servicios.

Ha de relievase que la protección constitucional es para el trabajo en condiciones dignas y justas, según los principios mínimos fundamentales, como criterio y principio general prevalente y de ninguna manera para el contrato administrativo de prestación de servicios, dado que lo protegi-

do es el trabajo laboralizado y no el deslaboralizado del contrato administrativo de prestación de servicios, que aunque excepcionalmente se permite, no significa que la restricción exceptiva pueda tener entidad constitucional para negar el principio general tutelado.

3. Relación laboral y contratos administrativos de prestación de servicios

Descripción del Tema:

Es el análisis del trabajo ejecutado mediante empleo público y por contrato administrativo de prestación de servicios, a fin de determinar jurídicamente, la existencia de una u otra figura.

Especialmente, estudiar la expansiva práctica administrativa de pretender sustituir la relación laboral de empleo público, por la del trabajo ejecutado mediante contrato administrativo de prestación de servicios, así como ubicar el criterio jurídico que permita resolver la situación planteada por esta sustitución.

Función pública: empleo público

Constitucionalmente, en la regulación sobre organización del Estado (Título V) y de la función pública (Capítulo 2º.) se consagra la regla general según la cual, la función pública se ejecuta mediante empleo público, como forma esencial y funcional. (Art. 122)

Y se preceptua el concepto de empleo público como conjunto de funciones detalladas en ley o reglamento, o principio del carácter reglado de la función pública (Arts. 121, 122,

123 inciso 2 y 209). que a su vez corresponde al principio de responsabilidad administrativa por infracción de la constitución y las leyes o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (Arts. 6 y 90).

Es pues. función pública y empleo público, debidamente reglados, expresión del principio de estado de derecho o de estado en el derecho (Art. 1º).

Sobre los titulares o personas investidas de empleo público para el ejercicio de la función pública, son los empleados públicos como especie laboral ubicada dentro del género de los servidores públicos.

Y para el cumplimiento de la función pública, la Constitución regla que el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (Art. 189) le corresponde determinar la planta de personal (Art. 122) y al efecto crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central (Art. 189 Num. 14), lo que corresponde al principio de determinación y certeza en la estructura funcional o de empleos, para el cumplimiento de la función pública o administrativa.

Y el marco laboral, legal y reglamentario de los empleados públicos, se integra además por el régimen de carrera, como regla general de profesionalización en el empleo que comprende el sistema de oposición o concurso para el ingreso a la función pública y el ascenso, el sistema de calificación en el desempeño del empleo, el régimen disciplinario (Art. 125) y las incompatibilidades e inhabilidades (Arts. 126 a 129): todo ello en concordancia con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad y publicidad que orientan a la función pública y al empleo público (Art. 209).

Afirmase entonces, el carácter reglado constitucional de la función pública o administrativa y de su ejercicio mediante empleos públicos que deberán estar previstos en la planta de personal, cuyos titulares los empleados públicos son profesionalizados mediante el sistema de carrera, de calificación del desempeño y de régimen disciplinario y estarán vinculados laboralmente mediante una relación legal y reglamentaria.

Todo ello es reglado y de ninguna manera discrecional o del arbitrio o conveniencia de la autoridad administrativa. Ese carácter reglado se contiene no sólo en expresas disposiciones constitucionales que así lo consagran, sino además, por norma sobre el carácter reglado de las funciones administrativas.

Y cuanto más si el empleo público por comportar una relación de trabajo con el empleado público, tal actividad de trabajo está especialmente protegida y reglada por la constitución política (Art. 25), de acuerdo a los principios mínimos fundamentales (Art. 53) de: igualdad de oportunidades; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad 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; 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.

La excepción al empleo público

La Constitución por vía excepcional autoriza el que los "particulares temporalmente desempeñen funciones públicas" (Arts. 123 inciso 3 y Art. 210).

Han de advertirse y relievase las características que explica y comporta esta autorización constitucional, cuales son las de ser: excepcional, temporal, accesoria y auxiliar.

a) Excepcional, dada la regla y principio general, según la cual, función pública supone y presume empleo público/ empleado público/planta de personal, para atender las necesidades permanentes y ordinarias de la administración;

b) Temporal, dada la expresa limitación de la norma constitucional que así lo autoriza y además por su carácter ocasional o circunstancial;

c) Accesoria, en cuanto distinta a lo principal o regla y principio general del empleo público, y,

d) Auxiliar, en tanto su excepcionalidad, temporalidad, accesoriidad, y de mera colaboración.

Sobre el origen del desempeño temporal de funciones públicas por los particulares, sin que medie relación de empleo público, distinguimos:

a) por obligación legal o carga pública, como es el caso de los jurados de votación, y

b) por disposición personal, cual sería la situación de los peritos, los supernumerarios y los contratistas administrativos de prestación de servicios, como auxiliares de la Administración, según criterio del profesor Diego Younes Moreno (Derecho Administrativo Laboral, 1993, Ed. Temis, págs. 32 a 37).

La ley anterior a la Constitución Política de 1991 (D.L. 2400/68, Art. 2 inciso 3) no incorpora a los supernumera-

rios ni a los contratistas administrativos de prestación de servicios, entre los auxiliares de la administración. Con la nueva autorización constitucional, el problema es de actualización legal.

Sobre su naturaleza jurídica, el profesor Younes Moreno los denomina auxiliares, por no estar incorporados a las plantas de personal y prestar sus servicios en forma ocasional o temporal a la Administración. (ibid, pág. 32).

El profesor de la Universidad de París Gaston J. señala:

“Los auxiliares son los individuos que prestan temporaria, excepcional y ocasionalmente su actividad personal... un elemento esencial de su situación, es pues, el carácter temporario, excepcional, transitorio, ocasional, de su prestación... estos auxiliares no forman parte de los cuadros permanentes”. (“Principios Generales del Derecho Administrativo”, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1948, pág. 244).

4. El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios

La Ley Laboral por vía de regla general de empleo público, preceptúa que “para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes”. (D.L. 2400/68, Art. 2 inciso final), y a renglón seguido, por vía prohibitiva dispone concordantemente, que “en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”, “de carácter permanente”. (ibid)

Esta preceptiva legal concuerda con la constitucional, en cuanto autoriza el que los “particulares temporalmente desempeñen funciones públicas”, siendo una de las vías el con-

trato administrativo de prestación de servicios.

Regulación de los CAPS: Evolución

Ley 3 de 1930

“Queda facultado el Poder Ejecutivo para contratar expertos o consejeros técnicos, cuando para la mejor organización de algún ramo especial de la administración pública lo juzgue conveniente.

Los contratos que al efecto celebre serán válidos con la aprobación del Consejo de Ministros, y el Gobierno, de acuerdo con esta corporación, podrá abrir los créditos administrativos con el fin de atender al pago de los expertos contratados”. (Art. 5)

Decreto 150 de 1976

“Contratos de prestación de servicios.

De la definición del contrato de prestación de servicios.

Para los efectos del presente decreto, se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas”. (Art. 138).

“De las clases de contratos de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría o de asistencia de cualquier clase; realización de estudios, distintos de los de obras públicas; representación judicial; y realización de conceptos”. (Art. 139)

“De los contratos de carácter técnico.

Los contratos de prestación de servicios también podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico.

Estos contratos no podrán celebrarse por un término superior a cinco (5) años" (Art. 140)

"De la remuneración a las personas naturales.

Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrán pactarse el pago de prestaciones sociales". (Art. 141)

"De los contratos de trabajo.

Para los efectos del presente decreto, no se consideran contratos de prestación de servicios los de trabajo". (Art. 142)

Decreto 222 de 1983

"De la definición del contrato de prestación de servicios.

Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios y el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.

No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.

Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante" (Art. 163)

"De las clases de contratos de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social: edición, publicidad, sistemas de información y servicio de procesamiento de datos, agenciamiento de adua-

nas, vigilancia, aseo: mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.

Los contratos de consultoría no quedan sujetos a las normas de este capítulo". (Art. 164)

"De los contratos de prestación de servicios de carácter técnico o científico.

"Los contratos de prestación de servicios también podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico o científico.

Estos contratos no podrán celebrarse por un término superior a cinco (5) años, incluidas las prórrogas, si las hubiere". (Art. 165)

"De los contratos de asistencia técnica que se celebren con gobiernos extranjeros o entidades públicas internacionales.

Los contratos y convenios para asistencia técnica que se celebren con gobiernos extranjeros o entidades públicas internacionales, se perfeccionarán con la firma del Presidente de la República o de su delegado y sólo requerirán registro presupuestal, si fuere el caso, y no será necesario incluir en ellos las cláusulas obligatorias previstas en este estatuto". (Art. 166)

"De la remuneración a las personas naturales.

Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicio sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales". (Art. 167)

"De los contratos de trabajo.

Para los efectos del presente estatuto, no se consideran contratos de prestación de servicios los de trabajo". (Art. 168)

Ley 80 de 1993

"Contrato de prestación de servicios.

nas, vigilancia, aseo: mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.

Los contratos de consultoría no quedan sujetos a las normas de este capítulo". (Art. 164)

"De los contratos de prestación de servicios de carácter técnico o científico.

"Los contratos de prestación de servicios también podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico o científico.

Estos contratos no podrán celebrarse por un término superior a cinco (5) años, incluidas las prórrogas, si las hubiere". (Art. 165)

"De los contratos de asistencia técnica que se celebren con gobiernos extranjeros o entidades públicas internacionales.

Los contratos y convenios para asistencia técnica que se celebren con gobiernos extranjeros o entidades públicas internacionales, se perfeccionarán con la firma del Presidente de la República o de su delegado y sólo requerirán registro presupuestal, si fuere el caso, y no será necesario incluir en ellos las cláusulas obligatorias previstas en este estatuto". (Art. 166)

"De la remuneración a las personas naturales.

Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicio sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales". (Art. 167)

"De los contratos de trabajo.

Para los efectos del presente estatuto, no se consideran contratos de prestación de servicios los de trabajo". (Art. 168)

Ley 80 de 1993

"Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando tales 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". (Art. 32, Num. 3)

* *Regulación complementaria*

Ley 100 de 1993: Estatuto de Seguridad Social

"Obligación de afiliación de contratistas del Estado.

Ninguna persona natural podrá prestar directamente sus servicios al Estado bajo la modalidad del Contrato de Prestación de Servicios, sin afiliarse a los sistemas de pensiones y salud previstos en la presente ley". (Art. 282)

Ley 190 de 1995: Estatuto Anticorrupción

"Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un Contrato de Prestación de Servicios, con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que ella solicita..." (Art. 1º).

"En el orden nacional, créase el Sistema Único de Información de Personal en el Departamento Administrativo de la Función Pública, el que tendrá las siguientes funciones:

- I. Elaborar los formatos de Hoja de Vida Única, para las personas que aspiren a cargos o empleos públicos, o a celebrar un contrato de prestación de servicios...

Parágrafo. La inclusión de los contratistas de prestación de servicios en el Sistema Único de Información de Personal no genera vínculo laboral alguno con la administración pública ni da lugar a un régimen prestacional especial". (Art. 2)

“Servidores públicos.

Para todos los efectos de la Ley Penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria...” (Art. 18)

Ley 200 de 1995: Código disciplinario único

“Destinatarios de la Ley Disciplinaria.

Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitorias...” (Art. 20).

“Las faltas gravísimas serán sancionadas con terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales...” (Art. 32).

Más adelante, en detalle, analizaremos las normas legales que regulan el contrato administrativo de prestación de servicios. Sin embargo, ahora, de conformidad con la Constitución, advertimos:

1.a) El CAPS es una de las formas mediante las cuales los particulares en forma excepcional y temporal, desempeñan funciones públicas;

1.b) El CAPS está concurrentemente condicionado en su objeto, cual es el conocimiento especializado, en su prestario que sólo puede ser una persona natural, y para satisfacer necesidades sobrevinientes y extraordinarias de la

administración, que por ese carácter no pueden estar previstas en la planta de personal.

2.a) En la regulación complementaria, se advierte una actitud deformada del legislador consistente en dar un manejo idéntico o equivalente a la forma laboral del empleado oficial, frente a la deslaborizada del CAPS para efectos del Estado Anticorrupción o del Código Unico Disciplinario a pesar de no existir el elemento esencial de la subordinación, cual fuente de mando y dirección que contiene el poder disciplinario.

2.b) Hay una doble moral del Estado, dado que para esos efectos los asimila o trata equivalentemente con los laboralizados, pero para efectos prestacionales les niega tales derechos.

5. CAPS: La jurisprudencia

Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional:

“De acuerdo con las normas legales del contrato administrativo de prestación de servicios, la actividad humana que la persona natural o jurídica se obliga a ejecutar en favor del ente público, no puede realizarse “bajo la continuada dependencia o subordinación” de este último. La relación laboral no puede en efecto ser objeto de un contrato de prestación de servicios (D. 222 de 1983, Art. 168). En el plano legal, frente a la entidad administrativa debe colocarse siempre un contratista independiente. La administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo. De crearse un acto semejante o de producirse su mutación en ese sentido, se ingresa en el campo de la patología de este típico contrato administrativo y en la ilegalidad de la correspondiente actuación o práctica administrativa, sin perjuicio de los derechos y garantías del trabajo que aún bajo este supuesto haya podido realizarse.

“Lo anterior no obsta para 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 (CP Art. 53), 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”. (Corte Constitucional, C-056, febrero 22/93)

“La práctica descrita, se tradujo en la celebración de contratos de prestación de servicios administrativos que, de conformidad con el Decreto Ley 222 de 1983, vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, sólo generaban para los docentes contratistas los emolumentos expresamente convenidos y, en ningún caso, el pago de prestaciones sociales. La extensión de esta modalidad de vinculación, pronto adquirió una dimensión significativa, como lo atestigua el primer censo de maestros y funcionarios del sector educativo que ya en 1991, de un total de 243.393 empleados, indicaba que 21.920 tenían el carácter de contratistas (Documento, avances del plan de recursos humanos y del censo de maestros y funcionarios del sector educativo”, Santafé de Bogotá, D.C. octubre de 1991).

“5. Pese a que el artículo 142 del Decreto Ley 222 de 1983 establecía que ‘no se consideran contratos de prestación de servicios los de trabajo’ y que el art. 32-2. ibid, señalaba que ‘en ningún caso estos contratos generan relación laboral’, no se discute, ni siquiera por el apoderado del Ministerio de Educación, que la actividad desplegada por los ‘docentes temporales’, tenga la connotación de laboral. Se estipula en los Contratos de este género que el docente-contratista deberá, de acuerdo con las directrices de la entidad territorial respectiva y del director de la escuela o colegio que se determine, destinar el tiempo necesario para preparar clases, elaborar y alistar material de estudio y de enseñanza, revisar evaluaciones, atender consultas de padres de familia y alumnos, rendir informes, etc. Dicho de otro modo, concurren los elementos esenciales de una relación de trabajo: actividad personal del trabajador; continuada subordinación del trabajador respecto de la entidad empleadora; un salario como retribución del servicio.

“6. A los docentes integrados a la planta de personal en virtud de

un acto administrativo, se les aplica las normas legales y reglamentarias sobre carrera, régimen prestacional y salarial. Estas normas no se extienden a los docentes contratistas, los cuales quedan gobernados exclusivamente por el contrato administrativo de prestación de servicios que suscriben con la entidad territorial. Desde el punto de vista económico, los docentes temporales, por lo menos, no reciben prestaciones sociales: en lo que concierne a su función, carecen de estabilidad y están excluidos del marco de derechos y obligaciones, que se aplica a los empleados de planta.

“7. No obstante que los docentes temporales realicen la misma actividad y cumplan las mismas funciones de los de planta, están sometidos a un régimen contractual y no a uno legal —como estos últimos—, que los coloca en una situación más desfavorable tanto desde el punto de vista económico como regulativo. La disparidad de tratamientos, frente a una misma categoría de sujetos (docentes) y de actividad (enseñanza en establecimientos educativos estatales), explica la pretensión del demandante, para quien los docentes temporales vinculados por contrato administrativo de prestación de servicios, se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial y, por consiguiente, deben recibir el mismo tratamiento jurídico que la ley reserva exclusivamente a éstos.

“8. La Corte estima que deben distinguirse con toda nitidez dos pasos. El primero, es el relativo a considerar que bajo el ropaje de un supuesto Contrato Administrativo de Prestación de Servicios se disfraza una relación de trabajo; el segundo, postula que esta relación de trabajo, a su turno, debe ser sustituida por una relación legal y reglamentaria propia de la función pública. Por el momento, sólo se examinará el primer aspecto.

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP Art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto de trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar.

salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.

“El principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En un Estado Social de Derecho, fundado en el trabajo (CP Art. 1º.), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo.

“Por lo expuesto, el derecho del trabajo bien puede imponerse al Estado y regir una relación de servicios que, pese a su calificación formal diferente, exhiba concretamente las notas que permitan reconocer la existencia de una prestación laboral. En este orden de ideas, la Corte Constitucional al declarar la inexecutable de los artículos 163 y 167 del Decreto ley 222 de 1983, señaló: “Lo anterior no obsta para que en un evento de abuso de las formas jurídicas, en gracia del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (CP Art. 53), se llegue a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios administrativos 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”. (Corte Constitucional, sentencia C-056, del 22 de febrero de 1993).

“Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales (...)

“Si el juez, en 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 CP”. (C-555, diciembre 6 de 1994)

Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado

“La administración, para no someterse al régimen legal que gobierna la función pública, ha venido, cada vez con mayor frecuencia, apelando subterfugios como el aquí evidenciado para aumentar en forma incontrolada el número de los servidores oficiales. Cuando la nómina no le permite, vincula a su servicio, con el carácter de contratistas, a personas que de otra forma no podría utilizar. Al hacerlo no sólo desborda los marcos legales, sino que desconoce, como sucedió aquí, el régimen mínimo de garantías a que tendría derecho la persona si se hubiera designado por la vía legal apropiada.

“Así, como se observa en el caso concreto, se vincula, por una vía ilegal e inadecuada, a la... a un personal sin prestaciones y sin siquiera la contraprestación de un salario mínimo. Además, por esta vía se desconocen las garantías y derechos...

“Deja ver lo precedente que tales contratos son nulos, de ilegalidad manifiesta, no sólo porque conforman un conjunto generalizado de desviación de poder, sino porque no se ajustan a la ley del contrato de prestación de servicios.

“La desviación de poder surge manifiesta. Como la planta de personal no permite su vinculación, los contratos de prestación de servicios, ideados con otras finalidades y alcances, sirven de mampara o de respaldo para mostrar una aparente legalidad y para satisfacer, la mayoría de las veces, los apetitos clientelistas de su nominador (...)

“De un lado y por definición, el contrato de prestación de servicios se celebra con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con el cumplimiento de funciones adscritas a la entidad pública contratante y `que no impliquen el ejercicio de funciones administrativas cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta”.

“Pero esta exigencia, que tomada literalmente autorizaría sin limitaciones su celebración tan pronto se presentara escasez en el personal de planta de la persona pública, no puede interpretarse con semejante alcance, porque el contrato busca primordialmente la vinculación de personal especializado en forma excepcional y

Para suplir actividades o labores que no encajan en las administrativas ordinarias que desarrolla en ente, aunque tengan relación con ellas.

“Este es el alcance de la norma, la cual no permite que por su vía se cumplan por los contratistas como se dijo, funciones administrativas, ya que éstas, en principio, sólo están a cargo de los funcionarios o servidores públicos vinculados estatutaria o legalmente a la administración y, por excepción, laboralmente.

“Para despejar cualquier duda al respecto el inciso final del artículo 163 del 222, vigente a la sazón, al indicar qué se entiende por funciones administrativas para efectos de excluirlas del contrato aquí estudiado, afirma que son las similares “a las que están asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante”. (Consejo de Estado, Sección III, Nov. 1º./94, Exp. No. 7960)

Jurisprudencia de Tribunales

“En el artículo 422 del Código Fiscal del Municipio de Santiago de Cali, se define el contrato de prestación de servicios así: “Se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de los objetivos a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta. No podrá celebrarse esta clase de contratos a término indefinido ni para el ejercicio de funciones de carácter permanente: en este caso, deberán crear los empleos correspondientes”.

“La celebración de estos contratos tiene por objeto que la entidad contratante pueda desarrollar las actividades relacionadas con el cumplimiento de las funciones que se hallen a su cargo, con la condición de que tales actividades no puedan cumplirse con el personal de planta, por lo que estos contratos se deben convenir en canon excepcionales, cuando se disponga del personal de planta y no sea posible vincular personal a la misma.

“Tampoco se puede celebrar esta clase de contratos para realizar labores de carácter permanente, porque de darse esta situación se debe crear el empleo correspondiente”. (Tribunal Superior de Cali.

Consideraciones:

“Como puede verse, el actor parte del supuesto de que al momento de su desvinculación existía una verdadera relación laboral estatutaria.

“De tal premisa derivan dos consecuencias: una, la anulación del acto de desvinculación y otra el reconocimiento de las prestaciones sociales dejadas de percibir desde que se vinculó a la entidad.

“Son pues dos las cuestiones a tratar en esta sentencia.

“1.1. El contrato de prestación de servicios, es una modalidad especial de contratación concebido fundamentalmente para —en palabras del profesor Marienhöff— “incorporar a la Administración Pública, técnicos y especialistas, cuya situación requería rodearlos de garantías y condiciones particulares”.

“De allí que sus características principales, puedan resumirse en que se refiere a labores técnicas o especializadas relacionadas con actividades intelectuales, más que con tareas materiales.

“Por las mismas razones, tareas que no son posibles de cumplir con personal de planta o funcionarios vinculados permanentemente con la administración y que implican independencia del contratista para la ejecución del objeto del contrato, naturalmente que con el control o interventoría de la administración en ejercicio del poder de vigilancia del contrato.

“1.2. Tales características, las principales a juicio de la Sala, han distinguido el contrato de prestación de servicios en la legislación colombiana, obviamente con algunas variantes, veamos:

“1.2.1. Ley 3 de 1930 que autorizaba al Gobierno “para contratar expertos o consejeros técnicos, cuando para la mejor organización de algún ramo especial de la Administración Pública lo juzgue conveniente”.

“1.2.2. Antes de 1976, el contrato de prestación de servicios, se

Definía como aquel que “tiene por objeto obtener la cooperación de personas privadas, indispensables para la organización de los servicios a cargo de la administración”. Eustorgio Sarria. Derecho Administrativo, Editorial Temis 1968, Página 290. Y una de las características según el mismo autor es que la cooperación del contratante es accidental, es decir, por el lapso indispensable y preciso para la organización del servicio de que se trate. *Ibidem*.

Recuérdese que aún no existía una normatividad coherente y armónica, o mejor un verdadero estatuto de contratos de la administración.

“1.2.3. El decreto Ley 150 de 1976, que autorizaba la celebración de tal tipo de contratos para la “atención de negocios o el cumplimiento de funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta” y para tareas intelectuales, no materiales –véase artículos 138 y 139 del Decreto 150 de 1976 y sentencia del Consejo de Estado, Expediente 3071. Diccionario Jurídico del Consejo de Estado, Tomo VI, 1984.

“1.2.4. El Decreto 222 de 1983, art. 168, refiere que tales contratos se celebraban cuando los negocios o las funciones no puedan cumplirse con personal de planta aun cuando autoriza excepcionalmente la celebración de esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas.

“Todo esto pues, conduce a concluir que el contrato de prestación de servicios no está concebido para el cumplimiento de las tareas o actividades normales, permanentes, usuales, etc., de la administración, sino para aquellas que por su complejidad u ocasionalidad no son de la actividad ordinaria de la administración.

“Por eso, las normas citadas hablan de aquellas actividades que no se puedan cumplir con personal de planta, entendiendo que personal de planta es aquel que se refiere para el cumplimiento de esas labores ordinarias.

“Tal interpretación, a juicio de la Sección, es la que mejor se acomoda a la naturaleza del contrato de prestación de servicios y la que frena el abuso de tal tipo de contratos en muchos organismos de la administración.

"1.3. Supone además del contrato, autonomía e independencia para su ejecución, en contraposición a la subordinación o dependencia, esto es, "la facultad de que está investido el empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier tiempo, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos", propia de una relación laboral y que es en últimas el criterio, aunado a la prestación personal del servicio, que permite distinguir si se trata de una relación de trabajo o un contrato de prestación de servicios.

"Distinto de la subordinación, es el poder de dirección, inspección y control que tiene la administración como parte contratante, de los cuales la interventoría es una de sus manifestaciones, y que tienen su razón de ser en la necesidad de que el control administrativo se ejecute (...).

"3. La conclusión que surge de todo lo anterior, es evidente: al momento de su vinculación, la relación entre la actora y la entidad era un verdadero vínculo laboral de dependencia o subordinación. No existía contrato de prestación de servicios. (...).

"Como lo expresa el profesor Pedro A. Lamprea R., "Es pertinente afirmar que el objeto debe ser realmente de prestación de servicios técnicos o profesionales que no se puedan prestar por personas de la planta de la entidad ni que correspondan a funciones ordinarias de la misma. La costumbre administrativa contradice este ordenamiento y son numerosos los casos de contrato de trabajo con apariencia de prestación de servicios". Pedro A. Lamprea R. "Contratos Administrativos. Tratado Teórico y Práctico", Fondo de Cultura Jurídica, Bogotá 1979, Páginas 353 y 354". (Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección II, Mag. Ponente Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, marzo 13 de 1992).

"A más de sus propias consideraciones, el impugnante se apoyó en los planteamientos expuestos por el Dr. Diego Younes Moreno en su obra "Derecho Administrativo Laboral", quinta edición actualizada, Ed. Temis, 1993, páginas 35 y 36, cuando expresa que:

"El contrato administrativo de prestación de servicios en los organismos públicos procede exclusivamente para funciones transitorias, puesto que el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 pres-

cribe que "en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente". (fs. 100 ss).

"Con argumentos similares, sobre el tema mencionado en el acápite precedente, el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia en sentencia del 13 de marzo de 1992, con ponencia del H. Magistrado Jorge Octavio Ramírez Ramírez, dijo lo siguiente:

"La Ley 3 de 1930 que autorizaba al Gobierno "para contratar expertos o consejeros técnicos, cuando para la mejor organización de algún ramo especial de la administración pública lo juzgue conveniente".

"Antes de 1976 el contrato de prestación de servicios se definía como aquel que "tiene por objeto obtener la cooperación de personas privadas, indispensables para la organización de los servicios a cargo de la administración". Eustorgio Sarria. Derecho Administrativo. Editorial Temis. 1968. Página 290. Y una de las características según el mismo autor es que la cooperación del contratante es accidental, es decir, por el lapso indispensable y preciso para la organización del servicio de que se trate. Ibidem".

"Recuérdese que aún no existía una normatividad coherente y armónica, o mejor, un verdadero estatuto de contratos de la administración".

"El Decreto Ley 150 de 1976, que autorizaba la celebración de tal tipo de contratos para la "atención de negocios o el cumplimiento de funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta" y para tareas intelectuales, no materiales -véase artículos 138 y 139 del Decreto 150 de 1976 y sentencia del Consejo de Estado, Exp. 3071, Diccionario Jurídico del Consejo de Estado, Tomo VI, 1984".

"El Decreto 222 de 1983, artículo 168, reitera que tales contratos se celebraban cuando los negocios o las funciones no pueden cumplirse con personal de planta, aun cuando autoriza excepcionalmente la celebración de esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas".

"Todo esto, pues, conduce a concluir que el contrato de prestación de servicios no está concebido para el cumplimiento de ta-

reas o actividades normales, permanentes, usuales, etc., de la administración, sino para aquellas que por su complejidad u ocasionalidad no son de la actividad ordinaria de la administración.

“Por eso, las normas citadas hablan de aquellas actividades que no se pueden cumplir con personal de planta, entendiendo que personal de planta es aquel que se requiere para el cumplimiento de esas labores ordinarias”.

“Tal interpretación a juicio de la sección, es la que mejor se acomoda a la naturaleza del Contrato de Prestación de Servicios y la que frena el abuso de tal tipo de Contratos en muchos organismos de la administración”.

“Supone además tal contrato, autonomía e independencia para su ejecución, en contraposición a la subordinación o dependencia, esto es, “la facultad de que está investido el empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier tiempo, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos”, propia de una relación laboral y que es en últimas el criterio, aunado a la prestación personal del servicio, que permite distinguir si se trata de una relación de trabajo o un contrato de prestación de servicios”. (...)

“Como lo expresa el profesor Pedro A. Lamprea R.”. Es pertinente afirmar que el objeto de ser realmente de prestación de servicios técnicos o profesionales que no se puedan prestar por personas de la planta de la entidad ni que correspondan a funciones ordinarias de la misma. La costumbre administrativa contradice este “ordenamiento y son numerosos los casos de contrato de trabajo con apariencia de prestación de servicios”. Pedro A. Lamprea R. “Contratos Administrativos, Tratado Teórico y Práctico”, Fondo de Cultura Jurídica, Bogotá 1979, páginas 353 y 354.

“En el caso sometido a consideración de la Sala, con acogimiento de las argumentaciones del recurrente, hemos de concluir que la libelista prestó servicios personales a la demandada, que por estar dirigidos palmariamente a la conservación y sostenimiento de su planta física, que es una obra pública por excelencia por estar destinada al albergue de los estudiantes —servicio público esencial del estado—, su vinculación, hemos de tenerla como regida por un contrato de trabajo...” (Tribunal Superior de Medellín, Febrero 22 de 1994)

6. CAPS: La doctrina

“Contratos de prestación de servicios. “Entre los contratos de prestación de servicios figuran lo de asesoría o de asistencia de cualquier clase: realización de estudios, distintos de los de obras públicas; representación judicial y rendición de conceptos por abogados; y los de carácter técnico (que no pueden ser superiores a cinco años).

“El Estado ha venido limitando estos contratos que muchas veces son indispensables para obtener la colaboración de personas que no pueden prestar sus servicios en las condiciones de tiempo, remuneración y obligaciones de los empleados públicos, pero que en otras, se han utilizado para favorecer amigos y pagar servicios políticos. Por estos antecedentes el artículo 138 prohíbe que se utilicen para el ejercicio de funciones administrativas de un organismo, como tener un subgerente o jefe de división por contrato de servicios, pero sí para labores especiales que no puedan atenderse debidamente con el personal de planta, advirtiendo para completar, el artículo 141, que la remuneración no puede comprender el pago de prestaciones sociales. El artículo 178, que tiene origen en las disposiciones de la emergencia económica de 1974, y particularmente en el decreto 1982, dictado como instrumento de control del gasto público de la administración descentralizada, exige autorización previa de la presidencia de la república para que puedan celebrarlo los organismos con personería jurídica a que se refiere el estatuto, o para la ordenación de gastos con el mismo fin”. (Vidal Perdomo, Jaime, Derecho Administrativo, 5ª. Ed., Bogotá, 1977, pág. 440).

“Locación (o prestación) de servicios. “Hay contrato administrativo de locación de servicios cuando la administración encomienda a un individuo la tarea de colaborar en un servicio público, pero sin conferirle el título de funcionario público, propiamente dicho, sin incorporarlo a los cuadros permanentes de la Administración: en este último caso, trataríase de un acto unilateral de nombramiento.

“En realidad, es muy frecuente que una persona celebre con la Administración un contrato de locación de servicios que le hace colaborar directamente en el funcionamiento de un servicio público. Esto basta muy a menudo para que las condiciones del contra-

to no sean exactamente las del derecho privado: hay, pues, contrato administrativo de locación de servicios.

“Al igual que en el caso del contrato administrativo de suministros (por oposición al contrato civil de compraventa), es preciso pero vasta que el contrato celebrado por la Administración con miras a un servicio público haga cooperar al abastecedor en la gestión del servicio público; así mismo es necesario pero vasta que el contrato de locación de servicios celebrado por la Administración para un servicio público haga cooperar al individuo en la gestión del servicio público, lo asocie a esta gestión”. (...)

“Este procedimiento se aplica principalmente cuando un individuo experto, con determinados conocimientos, no pudiendo someterse a las condiciones ordinarias del servicio, entra a la administración mediante cláusulas especiales de trabajo, sueldos, prestaciones sociales, etc. Un profesor llamado a dictar una serie de conferencias sobre temas científicos; un grupo de expertos que se encargan de organizar ciertas ramas de la administración; los consejeros técnicos en materia militar o de policía, los instructores de aviación, en fin, los numerosos sectores del servicio público en los cuales es conveniente contar con los especialistas que se forman en países más avanzados o en empresas de vasta organización y experiencia, por lo común se contratan sin excluirlos en el personal ordinario adscrito al servicio sino como expertos encargados de una señalada finalidad.

“Se ve claramente cuál es la ventaja de este procedimiento, que facilita la adquisición excepcional del contingente de individuos que razonablemente no podrían someterse a trabajar en las circunstancias del personal permanente y que no hay manera de aprovechar si no es contratándolos para que se consagren a la materia de su especialización poniéndolos fuera del reglamento en cuanto sea incompatible con el contenido del contrato y reconociéndoles remuneraciones de acuerdo con la categoría y la importancia del trabajo que van a ejecutar. Pero, sin duda, al lado de esas ventajas hay inconvenientes manifiestos, como son, en primer término, la imposibilidad de modificar el servicio en cuanto pueda afectar el contrato, la dificultad de aplicar sanciones sin provocar conflictos y a menudo la desproporción entre los sueldos que se pagan a los expertos contratados y los que devengan agentes de una categoría científica o técnica más o menos semejante.

Esto no quiere decir que en casos verdaderamente justificables no sea conveniente adquirir los servicios de personas que vienen a producir grandes mejoras y saludables reformas en los servicios públicos: pero con el cuidado de no generalizar la idea de que todo lo que vaya más allá de la normal función administrativa haya de confiarse a individuos contratados". ("Tratado de Derecho Administrativo, José Joaquín Castro Martínez, Ed. Temis, Bogotá, 1950).

"Régimen Jurídico del Contrato de Prestación de Servicios.

El artículo 163 del Decreto 222 de 1983 define el Contrato de Prestación de Servicios, en los siguientes términos:

"Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta.

"No podrán celebrarse clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.

"Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante".

"Por su parte, el artículo 164 advierte las siguientes clases de contratos de prestación de servicios: los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.

"El artículo 165 del mismo estatuto, indica cómo contratos de prestación de servicios los de carácter técnico o científico, en un texto que reza así:

“Los contratos de prestación de servicios también podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico o científico.

“Estos contratos no podrán celebrarse por un término superior a cinco (5) años, incluidas las prórrogas, si las hubiere”.

“En materia de remuneración a las personas naturales se dispone que las vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos, y que en ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales. (...)”

“Son, pues, finalmente notas propias del contrato de prestación de servicios: la presencia e un margen amplio de autonomía; la ausencia de subordinación; la previsión de emolumentos u honorarios como contraprestación al servicio; la imposibilidad de pactar prestaciones sociales, y, ante todo, la existencia de un régimen jurídico de derecho administrativo que les es aplicable en su formación, ejecución y finalización, régimen que como se sabe, se contiene en la Ley 19 de 1982 y en el Decreto 222 de 1983. (“Derecho Administrativo Laboral”. Diego Younes Moreno, Ed. Temis, 1993, págs. 36 a 38).

7. Procedencia constitucional y legal del contrato administrativo de prestación de servicios

Surgen y se derivan así los siguientes condicionantes que deben existir y concurrentemente, todos para que la forma del contrato administrativo de prestación de servicios, corresponda y sea válida frente a la realidad de hecho y de derecho constitucional legal:

1. “Sólo podrán celebrarse con personas naturales”. (Ley 80/93, Art. 32 Num. 3).

Esta condición/característica se explica por la naturaleza esencial en el ejercicio de la función pública o adminis-

trativa, que es de carácter personal *intuitu personae*, regida por el Derecho Laboral, pero que excepcionalmente en el contrato de prestación de servicios, por su propia naturaleza, hay otro régimen, el de contratación administrativa.

2. "Requieran conocimientos especializados". (Ley 80/93, Art. 32, Num. 3)

Se trata, de labores extraordinarias o distintas de las que normal y permanente desarrolla la administración, de aprovechar singulares conocimientos especializados.

Objetivamente:

1) deben sobrevenir circunstancias especiales y que a su vez sobredeterminen;

2) la necesidad de conocimientos especiales.

Son elementos objetivos, reales y ciertos, además concurrentes. Son distintos de la arbitrariedad.

Esos "conocimientos especializados" como objeto de la contratación administrativa, deben ser excepcionales, accesorios, ocasionales o circunstanciales, sobrevinientes como lo es el propio contrato administrativo de prestación de servicios, y no podrán confundirse con los conocimientos que ordinaria y permanentemente prestan los profesionales especializados, del nivel profesional.

Adviértase finalmente que "conocimientos especializados" significa un conocimiento distinto de lo ordinario o común y será por tanto un conocimiento intelectual, en principio, y no para actividades materiales, operativas o auxiliares.

3. "Particulares temporalmente desempeñen funciones públicas". (C.N. Art. 123 inciso 3º.)

Esta temporalidad, corresponde a las características propias del contrato de prestación de servicios, en cuanto es excepcional, ocasional, accesorio y auxiliar, precisamente porque la Función Pública, corresponde en esencia al ejercicio de funciones de carácter permanente ordinario, normal o usual.

Por ello, la Ley administrativa laboral ordena:

* "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" "de carácter permanente". (D.L. 2400/68, Art. 2 inciso final).

Así la temporalidad o el carácter ocasional o circunstancial, la precariedad o excepcionalidad en el tiempo, del Contrato de Prestación de Servicios,

4. "Cuando tales actividades no puedan realizarse con personal de planta". (Ley 80/93, Art. 32, Num. 3)

Adviértase que,

* Constitucionalmente, en la planta de personal se deben determinar "los empleos que demande la Administración" (Art. 189 Num. 14), dado el principio según el cual, todo empleo público "se requiere que esté contemplado en la respectiva planta de personal". (art. 122), y,

* Legalmente, se ordena que "para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes". (D.L. 2400/68, Art. 2).

Así la previsión en la planta de personal de los empleos que demande la Administración, es una obligación, un de-

ber constitucional, una función a cumplirse, cuya transgresión genera responsabilidad por omisión, por vía penal (prevaricato por omisión) y disciplinaria, para la autoridad, y de ninguna manera el no prever el empleo público en la planta de personal, puede entenderse como un premio, excusa o pretexto, para entonces asumirse que correlativamente brota "autorización" para ahí sí, celebrar contrato de prestación de servicios.

La omisión de la autoridad frente a la planta de personal, no autoriza ni hace legalmente procedente el contrato de prestación de servicios, dado que este contrato no es simplemente para suplir las omisiones de la planta de personal, como erradamente podría creerse, sino que por el contrario, sólo está constitucional y legalmente autorizado el contrato de prestación de servicios, para ejecutar funciones temporalmente, en actividades que requieran conocimientos especializados, por circunstancias excepcionales, accesorias, ocasionales y auxiliares, y no por simple omisión, dado que la omisión de prever el empleo en la planta, no puede transmutar o convertir: lo permanente de planta en transitorio de contrato, ni lo ordinario de planta en conocimiento especializado de contrato, ni lo ordinario de planta en excepcional de contrato, ni lo principal de planta en accesorio de contrato, ni lo habitual o usual de planta, en ocasional de contrato.

Diferencia esencial entre la relación laboral y el CAPS

La relación laboral está caracterizada en esencia por la actividad personal, bajo la continuada subordinación jurídica del trabajador por el patrono, que permite imponerle órdenes y reglamentos sobre la forma como debe ejecutarse el trabajo. Por ello se afirma que es una relación de medio.

Por el contrario, la relación del CAPS es de resultado, ya que sólo importa el resultado final contratado, sin que sea relevante ni la actividad personal, ni la continuada subordinación, y por ello no existen órdenes, ni reglamento, ni jornada de trabajo. Simplemente interesa el resultado final.

Así, la relación laboral está caracterizada y determinada objetivamente por los elementos esenciales de: actividad personal, subordinada y remunerada, de manera tal que cuando en la realidad concurren tales elementos existe una relación laboral, independientemente de la forma o denominación que en el papel haya impuesto el Estado al trabajador.

Los CAPS: Una práctica en expansión

Por supuesto que hay casos, excepcionales, de legitimidad jurídica de los CAPS.

Pero, la tendencia neolaboral, neoclientelista y el proceso de deslaboralización del trabajo concurren a estimular la práctica del abuso del derecho, han puesto de moda los CAPS y los han convertido en una política gubernamental expansiva su celebración violatoria del orden constitucional y legal, bajo el pretexto de las formas.

El neolaboralismo tiene como una de sus ejes el de deslaborizar el trabajo, esto es, sustraerlo de la especial protección propia del derecho laboral (salario, prestaciones, carrera o profesionalización, estabilidad, sindicalización, jornada de trabajo), para remitirlo sustitutivamente a su regulación por normas no laborales, de contratación administrativa o contrato administrativo de prestación de servicios, como forma de expropiación laboral o de pauperización del trabajo.

El neoclientelismo es una expresión de la postración de los partidos y programas políticos, de la corrupción política, que sustituye el ejercicio de la política mediante ideas o programas del Estado como instrumento al servicio de la sociedad, por las prácticas de traficar con clientelas que asumen al Estado como un botín.

Para evitar el sistema de carrera o de ingreso por méritos, mediante concurso, o el control de planta de personal o el del valor de las asignaciones mensuales o sueldos previstos, acuden sustitutiva y fraudulentamente al CAPS para escoger arbitrariamente los contratistas de prestación de servicios con finalidad clientelista sin control real (aún con beneficio compartido en forma oculta), y distribuyendo en muchos o en pocos CAPS, según las conveniencias, lo que presupuestariamente es una partida global.

La Honorable Corte Constitucional ha advertido sobre “la extensión de esta modalidad de vinculación” y “el abuso de las formas jurídicas” (C-555/94 y C-056/93).

El Honorable Consejo de Estado, ha glosado el que “la administración para no someterse al régimen legal que gobierna la función pública, ha venido, cada vez con mayor frecuencia, apelando a subterfugios... sirven de mampara o de respaldo para mostrar una aparente legalidad y para satisfacer, la mayoría de las veces, los apetitos clientelistas...” (Sección III, Nov. 1º/94, Exp. 7960).

Forma y Realidad

Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades

Este principio se encuentra consignado como mínimo fun-

damental en materia laboral (Art. 53) y se explica por la alarmante utilización del papel o la forma que se ve obligado a suscribir el trabajador, como vía para simular formas de negación del derecho del trabajo.

El principio comporta el que la realidad es prevalente y determinante frente a las formas o el papel, y no a la inversa como es la creencia generalizada y deformada.

La Honorable Corte Constitucional, ha precisado:

“El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretaría 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 sustancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes deben definir cada vez más lo sustancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política”. (C-023/94, enero 27/94)

Y la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, señaló:

“En otras oportunidades esta Sala se ha referido al principio doctrinario del derecho laboral que se enuncia como de la primacía de la realidad, según el cual, cuando se ha de determinar la naturaleza, características y demás circunstancias y aspectos de una vinculación laboral deben preferirse los informes que puedan extraerse de la realidad, de la relación a los datos aparentes que puedan ofrecer los documentos o contratos, máxime cuando éstos implican simulaciones o fraudes a la ley laboral que resultan perjudiciales al trabajador. Pero tal principio no se traduce en una presunción de que todos los documentos contienen siempre simulaciones y fraudes ya que ellos bien pueden corresponder lícitamente a circunstancias reales”. (Corte Suprema, Sala Laboral, H. Mag. Dr. Daza Álvarez, Nov. 8/90, Exp. 3859)

“Así por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, por simulación por fraude o abuso del derecho, no se aplicarían las formas o papeles que por necesidad se ve presionado a suscribir el trabajador y mediante las cuales, por práctica generalizada, se pretende negar la relación laboral para hacer neoclientelismo en muchos casos por vía de los contratos administrativos de prestación de servicios.

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

“El principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En un Estado social de derecho, fundado en el trabajo (CP Art. 1º.), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo.

“Por lo expuesto, el derecho del trabajo bien puede imponerse al Estado y regir una relación de servicio que, pese a su calificación formal diferente, exhiba concretamente las notas que permitan reconocer la existencia de una prestación laboral. En este orden de ideas, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los artículos 163 y 167 del Decreto ley 222 de 1983, señaló: “Lo anterior no obsta para que en un evento de abuso de las formas

jurídicas, en gracia del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (CP Art. 53), 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". (Corte Constitucional, sentencia C-056 del 22 de febrero de 1993).

"Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales. (C-555, diciembre 6 de 1994)

Ambito y efectos de la sentencia que hace prevalecer la realidad laboral

La Honorable Corte Constitucional estima que el juez puede reconocer la relación laboral y sus derechos patrimoniales, pero no el estatus de empleado público:

"Si el juez, en 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 Art. 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el estatus 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.

“Las formalidades sustanciales de derecho público, traducen principios de organización del Estado de Derecho, indisponibles para las autoridades que les deben acatamiento y que ninguna práctica, por generalizada que sea, es capaz de sustituir o derogar. La Corte se ocupará brevemente de esta materia.

“Los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP Art. 6). No es posible hablar de Estado de Derecho, si las autoridades, al igual que los particulares, y quizá en mayor medida, no se encuentran sujetas al imperio de la ley, hasta el punto de que su campo de acción sea exclusivamente el que aquélla delimita. La Constitución prescribe que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley (CP Art. 121); así mismo se ordena que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y que la Ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (CP Art. 124). En fin, en la Carta se advierte que para proveer cualquier empleo público de carácter remunerado se requiere que esté contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (CP Art. 122), disposición ésta que se complementa con las contenidas en los artículos 189-14, 305-7 y 315-7 de la CP, que al atribuir al Presidente, los Gobernadores y los Alcaldes la facultad de crear, fusionar o suprimir los empleos que demande la administración central, departamental o municipal, y señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos, prohíbe causar obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

“Los empleados públicos están sometidos a un régimen salarial y prestacional cuyas normas, criterios y objetivos generales dicta el Congreso y a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijarlo y regularlo (CP Art. 150-19-e). Por su parte, en el nivel departamental y en el municipal, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, se determinan por la Asamblea y el concejo respectivamente (CP Art. 300-7 y 313-6).

“Del ejercicio de las competencias descritas surgen normas generales que integran el régimen legal y reglamentario que desde el punto de vista de las funciones, deberes, emolumentos, responsabilidades, derechos y demás aspectos relevantes de la función pública se asocian a cada uno de los empleos estatales. Para que una persona pueda ser centro de imputación del indicado régimen, se requiere de un acto-condición que lo haga expresa y públicamente destinatario del mismo. Este acto es la designación, la que debe ser seguida de la posesión del cargo. Sólo determinadas autoridades y de acuerdo con los requisitos señalados en la Constitución y la Ley tienen la facultad de designar a otras personas para que ocupen cargos públicos y se precisa, por tanto, de la expedición de actos administrativos. La asunción de responsabilidades públicas, se realiza ante la comunidad mediante el juramento de respetar y hacer cumplir la Constitución y las leyes, lo que permite identificar a la persona que ingresa al servicio y afirmar, desde el momento inicial, la fidelidad que los empleados públicos deben al ordenamiento como agentes del Estado de Derecho.

“La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar. Admitir que ello pudiera ser así, significaría hacer caso omiso de: (1) la existencia de un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que es sustituido por una simple práctica realizada al margen de las condiciones constitucionales y legales que deberían darse para poder producir la vinculación; (2) la posesión para tomar el cargo, de modo que sigilosamente pueden ingresar al servicio público personas que no asumen públicamente el compromiso de obedecer la Constitución y las leyes; (3) la planta de personal que no contempla el empleo o cargo que mediante la vía de hecho pretende consolidarse; (4) la disponibilidad presupuestal para atender el servicio, con lo cual se pueden generar obligaciones que superan las posibilidades fiscales, además por parte de personas y autoridades no autorizadas para gravar el erario público y a través de procedimientos no democráticos; (5) las regulaciones generales que gobiernan el ejercicio de las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales son sustituidas por estipulaciones que, por desconocer el régimen legal representan una

invasión de poderes que son del resorte del Congreso, las Asambleas o los Concejos, o de otras autoridades.

“La protección del trabajo al cual apunta el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades por los sujetos de las relaciones laborales, se logra mediante la calificación de la relación cuestionada como laboral. Su reivindicación en el plano laboral administrativo como “legal y reglamentaria”, trasciende el ámbito propio del principio y sólo se obtendría, de conformidad con lo precedentemente expuesto, al costo de desvertebrar la estructura del Estado de Derecho. Asegurada la indicada protección de trabajo, la pretendida homologación del supuesto fáctico derivado de la prestación efectiva de la actividad docente desplegada a través de un procedimiento contractual, a una situación legal y reglamentaria, resulta notoriamente nociva en términos institucionales.

“10. Analizado por la Corte el fundamento que propone el demandante para probar su aserto y que le brinda el artículo 40-7 de la CP, tampoco encuentra que la tacha como ha sido formulada pueda prosperar. Para acceder a un determinado cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos y condiciones señalados en la Constitución y en la Ley. El docente temporal, por el solo hecho de trabajar para el Estado, no puede ser considerado empleado público. Como quiera que la situación contractual no es constitucional ni legalmente suficiente para configurar el cargo, mal puede entenderse que al docente-contratista se le haya vulnerado por este motivo su derecho de “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”.

“11. Resta analizar el último fundamento del cargo que el demandante estructura con base en el principio de igualdad (CP Art. 13).

“De acuerdo a lo tratado, apelando al principio de primacía de la relación laboral, cabe desestimar la forma contractual administrativa e imponer la materialidad del trabajo que sólo en apariencia ha podido ser desplazado por ésta, pero en modo alguno se podría reivindicar la existencia de un verdadero empleo público, pues ello equivaldría a derogar formalidades y exigencias sustanciales de derecho público. El análisis efectuado descubre el alcance y la limitación del anotado principio”. (C-555, diciembre 6/94).

8. Investidura irregular y empleado de hecho

Compartimos el criterio de la Honorable Corte Constitucional en cuanto aplica el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos y acepta la primacía de la relación laboral y sus consecuentes derechos patrimoniales.

Disentimos, en cuanto niega el estatus de empleado público, pues estimamos que es contradictorio aceptar la primacía de la realidad sobre las formas para unos efectos, pero en cambio hacer prevalecer las formas para otro, o aceptar lo principal para unos efectos y negarlo accesoriamente para otros.

En efecto, es cierto que existen unas formas sustanciales, cuales son el nombramiento, la posesión y la previsión del empleo en la planta de personal, pero ellas son para acceder, para ingresar, para ejercer regularmente el empleo y precisamente, son esas formas las que el Estado viola irregularmente, al acudir a la forma del CAPS pero, el que no se hayan cumplido esas formas, no significa que la persona no ejerza objetivamente las funciones propias del empleo. Tan cierto es esa realidad del ejercicio irregular, pero de todas maneras ejercicio del empleo, que se acepta la relación laboral y consecuentemente los derechos patrimoniales, de carácter laboral, derivados de la relación laboral.

Pero la ausencia de las formas no puede negar el status de empleado público que ha ejercido, pues esas formas son requisitos para ingresar al servicio y allí tienen su valor, mas no frente a la realidad de estarlo ejerciendo irregularmente, pues aunque se acepte para otros efectos, también debe aceptarse para status, la primacía de la realidad sobre las funciones.

Esa situación, ha sido, resuelta por la doctrina y la jurisprudencia administrativa, mediante la figura de funcionario de hecho o de investidura irregular, que es lo aplicable.

El tratadista y consejero de Estado doctor Diego Younes Moreno en su tratado de "Derecho Administrativo Laboral" define y deslinda los conceptos de funcionario de derechos y funcionario de hecho, así:

La doctrina

"Conforme se ha entendido tradicionalmente, el funcionario que mediante acto administrativo válido es designado para ejercer un empleo del cual ha tomado posesión, adquiere la calidad de empleado público de derecho.

Por el contrario, se considera funcionario de hecho, la persona natural que desempeña un empleo público, al cual ha llegado mediante una investidura irregular". (Editorial Temis. Bogotá. 1993. pág. 51).

A su vez Sayagues Laso en su "Tratado de Derecho Administrativo" (Montevideo, 1963), señala que "la teoría del funcionario de hecho tiene que ver con el modo como se ingresa a las funciones públicas: sus posibles irregularidades..." (Pág. 301), advierte lo que denomina "investidura plausible" para referirse a la "admisible... ejercida en la misma forma y la apariencia como la hubiere desempeñado una persona designada regularmente". (Pág. 302).

Gastón Jeze, al abordar el tema de la Función Pública en su "Tratado de Derecho Administrativo". Editorial De Palma, Buenos Aires, 1948) caracteriza al funcionario de Hecho como el que "no se haya regularmente investido de una función pública, ejerce los atributos de esa función y realiza actos capaces de producir consecuencias jurídicas". (Pág. 311).

“Las personas que ejercen un cargo pueden ser funcionarios de Derecho, funcionarios de Hecho...

Los funcionarios de derecho son aquellos que desempeñan sus funciones en ejercicio de una investidura legítima y regulan, como un nombramiento o una elección. (...)

Los funcionarios de hecho son aquellos que desempeñan un cargo, pero en virtud de una investidura irregular... Los actos de estos funcionarios son también válidos”. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mayo 16 de 1974, Exp. 877 y Consejo de Estado, julio 16 de 1942)

9. Aparentes justificaciones, no legítimas, de los CAPS

Han sido analizadas y desechadas por la Honorable Corte Constitucional, así:

“La diferencia originada en el menor costo económico, principalmente cauda por la falta de reconocimiento de prestaciones sociales, no obstante la naturaleza laboral de la actividad efectivamente cumplida por los docentes-temporales, confrontada a la luz de la Constitución, se torna irrazonable y contraria a sus mandatos. El trabajo, así beneficie al Estado, genera derechos y obligaciones irrenunciables. Las prestaciones sociales, corresponden a un concepto de derecho mínimo establecido en las normas laborales, que es irrenunciable (CP Art. 53). Sin perjuicio de que el Juez ordinario, en cada caso concreto, pueda hacer prevalecer la naturaleza laboral de una determinada relación, el legislador carece de libertad frente a la realidad del trabajo subordinado y no puede, sin más, desconocer su existencia y despojarla de las consecuencias y garantías que le son inherentes.

“Los menores costos laborales del servicio público educativo, representan quizá posibilidades de conservar o ampliar la cobertura existente. La función administrativa y la atención de los servicios públicos, se desarrollan con fundamento en el principio de econo-

mía, que aunque de suyo loable, no lo es cuando su condición de posibilidad se deduce simplemente 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 aquella que se produce a expensas de la dignidad humana.

“Una administración eficiente y eficaz, sin reducir la calidad del servicio y expoliar el recurso humano —el más valioso de todos—, fácilmente encontrará rubros y posibilidades para disminuir, hasta donde sea posible, el costo de la prestación de un servicio público. Es evidente que no consulta el interés general, pese a su aparente ventaja, la modalidad contractual como opción complementaria de la estatutaria. Definitivamente, no es ésta la forma de servir al interés general. Por el contrario, se lo sacrifica, al cifrar la obtención de un ahorro en la plusvalía que el Estado, con manifiesta violación de los derechos fundamentales, extrae a un grupo de maestros y profesores.

“Queda demostrado, a juicio de la Corte, que con base en el criterio del menor costo económico, no puede erigirse un tratamiento jurídico diferenciado para los dos grupos docentes.

“15. Se podría pensar que el régimen jurídico es diferente en razón de la distinta forma de vinculación al servicio público educativo, contractual en un caso y mediante acto administrativo en el otro.

“Como ya se advirtió, el modo específico de acceso a la función pública, hace parte del régimen o tratamiento jurídico aplicable cuya variación en las dos hipótesis requiere ser justificada porque comporta consecuencias disímiles frente a supuestos materiales idénticos. Por lo tanto, no puede ser tomada en sí misma como diferencia razonable; más bien, en dado caso, que está lejos de vislumbrarse, será el resultado jurídicamente admisible de una diferencia razonable.

“Las formas sustanciales de derecho público, se ha concluido, no pueden ser desechadas por el Juez que pretende aplicar el principio de primacía de la relación laboral. Sin embargo, la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de una norma legal, si

es competente para pronunciarse sobre la exclusión de dichas formas, cuando ello acarrea, frente a un supuesto de hecho similar, la configuración de un tratamiento discriminatorio. Aquí la inexecutable derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato y que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo. En las condiciones en las que se enmarca la obra legislativa analizada, el reproche no se dirige contra las formalidades de derecho público, que permanecerían intocadas, sino sobre su restringido alcance.

“Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados –actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes empleados públicos–, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos.

“16. No sería extraño que el criterio diferenciador pudiera inferirse de la discrecionalidad del Estado. Ni la forma contractual ni la estatutaria, tendrían carácter forzoso. El Estado de acuerdo con las necesidades por atender y las condiciones financieras, variables en cada momento histórico, tendría la facultad de acudir libremente a una cualquiera de las dos formas.

“A esta posibilidad se oponen varias consideraciones. El ejercicio permanente de una función pública, como ocurre con los “docentes temporales”, no sólo se revela en el afán del legislador de regularizar su situación en un término de seis años mediante su incorporación a la planta de personal, sino que, constitucionalmente, exige que sea la ley –que no el contrato– la que determine y regule su régimen, funciones y responsabilidades (CP Art. 123).

“A lo anterior se agrega que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, lo que consulta la eficiencia y la estabilidad propias de la función pública (CP Art. 125).

“Por lo visto, los requerimientos institucionales immanentes a la

función pública. no confieren una dilatada libertad al legislador para otorgar a una misma función pública, permanente, un tratamiento que se traduzca en condiciones abiertamente dispares en lo que atañe al ingreso y régimen que la gobierna. Pero, si ello fuera así, la discrecionalidad no podría ejercitarse con menoscabo de la Constitución. El ejercicio de cualquier competencia discrecional que degenera en tratamientos discriminatorios (CP Art. 13), frente a sujetos que se encuentren colocados en una misma situación, se toma arbitraria y pierde sustento constitucional.

Por estas razones, no puede fundarse en la mera discrecionalidad la diferenciación de supuestos que, descontada ésta, comparten una misma naturaleza y características.

“17. La libre voluntad de los educadores-contratistas, puede alegarse como fundamento de una diferencia predicable de los supuestos enfrentados. Empero, la libertad de acceso al servicio público educativo es común a las dos categorías. Un elemento significativo del tratamiento al cual se sujetan los docentes-temporales, por su propia voluntad, es la ausencia de prestaciones sociales y estabilidad laboral. Es sabido, sin embargo, que en punto al trabajo los mencionados derechos y garantías son irrenunciables (CP Art. 53).

“De otro lado, el carácter público y permanente del servicio educativo estatal, dentro del cual se insertan los docentes-temporales, no se concilia con su regulación puramente contractual en la que participan los contratistas involucrados en el proceso y las autoridades administrativas, con lo cual se desconoce que las funciones y la responsabilidad de los servicios públicos, se determina en la Constitución, la ley y el reglamento (CP Art. 123).

“Lo expuesto permite concluir que no es de recibo el criterio diferenciador que intenta encontrar en la voluntad de los docentes-temporales, la causa o motivo razonable de su particular régimen jurídico.

“18. Finalmente, puede aducirse que la transitoriedad de la modalidad contractual, la que debe ser eliminada en un plazo de seis años, sirve de fundamento a la disparidad de regímenes jurídicos.

“En contra de esta tesis, cabe observar, en primer término, que la previsión de un régimen transitorio de seis años, significa, entre otras cosas, que dentro de ese marco temporal, se le otorga per-

manencia a la contratación administrativa de docentes. La vocación misma que adquieren los docentes temporales a ser incorporados progresivamente a la planta de personal, les infunde un sentido de permanencia que difícilmente les puede ser negada, pues, de ella depende que la ley cumpla con su designio que no es otro que el de integrarlos en la mencionada planta de personal dentro del indicado lapso, todo lo cual, de paso, demuestra fehacientemente tanto la permanencia de los encargos asignados a aquellos como la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores.

Para el legislador no existe duda sobre el carácter permanente de los docentes-contratistas: "A los docentes vinculados por contrato contemplados en el parágrafo primero del artículo 6º. de la Ley 60 de 1993 se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial". (Ley 115 de 1994. Art. 105). En fin, pese a que la transitoriedad se estime como una forma legítima para reducir la desigualdad, dentro de la misión promocional que a este respecto le corresponde realizar al Estado según lo indicado en el inciso segundo (2º.) del art. 13 de la C.P., la inexequibilidad se impone, pues este precepto se refiere a las desigualdades materiales existentes en la sociedad y no aquellas que la misma ley establece, genera y suscita, las cuales se prohíben en la Carta al prescribir: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley". (C.P. Art. 13)

"A la luz de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el cargo de Inconstitucionalidad sustentado en la violación del Principio de Igualdad está llamado a prosperar y así lo declarará. En todo caso, queda entendido que las designaciones de personal de planta, sólo se podrán llevar a cabo con estricta sujeción a las normas constitucionales y legales. (C-555, diciembre 6 de 1994)

10. De la Responsabilidad

Responsabilidad proviene de la expresión latina *respondere*, que significa hacerse garante, cargar con las consecuencias de un acto. Así, en virtud de la responsabili-

dad se origina una consecuencia como resultado de una conducta (Profesor Younes Moreno, pág. 302).

El nominador-contratante que violando el orden jurídico celebre contrato administrativo de prestación de servicios, será responsable en las siguientes modalidades:

Disciplinaria, patrimonial y penal.

La responsabilidad patrimonial puede derivarse del proceso disciplinario (Ley 200 de 1995, Arts. 30, Num. 2 y 40 Num. 26), del fiscal, del penal y del civil. (C.P. Arts. 6 y 90; Ley 20 de 1975, Art. 2; Ley 38 de 1989; C.P. Arts. 124 en concordancia con los Arts. 121, 122, 2 y 6); C.C.A. Arts. 77 y 78; Ley 80 de 1993, Arts. 51, 57 y 58).

Cada tipo de responsabilidad es independiente y pueden ser concurrentes. (Ley 200 de 1995, Art. 30)

De la responsabilidad penal.

En materia de administración de personal, cuando se actúa en contra de la Constitución y la Ley, por violación de las normas atinentes a los empleos, existe el criterio generalizado según el cual lo máximo que puede acarrear la infracción es una "exhaustiva" investigación disciplinaria por parte de la Procuraduría.

Por el contrario afirmamos frente al neoclientelismo, que existe además responsabilidad penal, particularmente por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, regulados así:

"Prevaricato por Acción

El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en prisión... e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término. (Código Penal, Art. 149)

“Prevaricato por omisión

El empleado oficial que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión... e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término. (Código Penal, Art. 150)

“Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto

El empleado oficial que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa... e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años. (Código Penal, Art. 152)”

De la responsabilidad patrimonial

La Constitución Política establece que:

Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (Constitución Política, Art. 6)

“La Ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. (C.P. Art. 124)

“El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las Autoridades Públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”. (C.P. Art. 90)

El Código Contencioso Administrativo preceptúa:

“De los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad

Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y

a las entidades territoriales o descentralizadas, o las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.” (C.C.A. Art. 77)

“Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexas

Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere”. (C.C.A. Art. 78)

Sobre la Responsabilidad Patrimonial la Honorable Corte Constitucional, ha señalado:

“Deber estatal de repetir contra sus agentes.

36. La responsabilidad patrimonial declarada judicialmente contra el Estado por la acción u omisión de las autoridades públicas no es un camino de una sola vía. Los funcionarios del Estado deben ser conscientes de los fines sociales que lo inspiran y de su calidad de servidores públicos, la cual les exige un especial cuidado en el desempeño de sus funciones. Por tal motivo, cuando se condene al Estado como consecuencia de la conducta de uno de sus agentes a reparar patrimonialmente los daños antijurídicos causados a una persona, el mismo Estado por intermedio de la entidad respectiva está en la indeclinable obligación de repetir contra el agente responsable (C.P. Art. 90, inc. 2). De otra forma, el Estado se convertiría en fortín de los inescrupulosos, deshonestos y negligentes, comprometiéndose seriamente el buen servicio y la responsabilidad, pilares insustituibles de la función pública en el Estado social de derecho”. (T-426, Jun. 24/92)

De la responsabilidad disciplinaria

De acuerdo con la Constitución Política, el servidor público para entrar a ejercer su cargo debe prestar juramento

de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben en el ejercicio de sus funciones determinadas en la Constitución, en la ley o en el reglamento, teniendo en cuenta que la función administrativa está al servicio de la comunidad y que en caso de infracción, por extralimitación u omisión, será responsable disciplinariamente en la forma determinada en las normas. (C.P. Arts. 122 omitido, 122, 209, 2, 150 Num. 23, 124 y 6o.)

De la responsabilidad por indebido contrato administrativo de prestación de servicios

Recuérdase que la autoridad administrativa tiene la obligación de determinar y prever en la planta de personal, los empleos necesarios para la atención de las funciones ordinarias y permanentes y el deber de nombrar los empleados y correlativamente la autoridad administrativa esta limitada por la prohibición de celebrar CAPS para el desempeño de funciones de carácter permanente. (D.L. 2400/68, Art. 2, inciso final).

Además, constitucionalmente se consagra que "las actuaciones... de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe..." (Art. 83) y en cuanto deberes y obligaciones se exige "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (Art. 95 Num. 1o.), todo ello derivado del principio general que orienta a la autoridad administrativa, de protección de los derechos, como los laborales, especialmente tutelados por los artículos 25 y 53 (Art. 2), dentro de un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y en el trabajo. (Art. 1o.)

La celebración indebida de CAPS, constituye falta disciplinaria (Ley 200 de 1995, Art. 38) por cuanto conlleva, incumplimiento de deberes, por omitir la provisión de em-

pleos en la planta de personal, abusar del cargo al no nombrar empleado sino celebrar CAPS e incurrir en la prohibición de omitir el cumplimiento de deberes. (Art. 40 Num. 1, 2, 21 y Art. 41 Num. 7); e implica además, violación de los derechos laborales de los empleados públicos. (Art. 39).

De la responsabilidad del Estado, por violación de convenios/tratados, dada la política gubernamental de CAPS.

No sólo la autoridad administrativa es responsable. También tiene su propia responsabilidad el estado colombiano por violación, entre otros, de los siguientes tratados y convenios internacionales:

Declaración Universal de Derechos Humanos como tal y además como parte de la constitución de la O.I.T.;

Convenio de O.I.T. No. 1 de 1919 sobre Jornada de Trabajo (ratificado por la Ley 129 de 1931); Convenio de O.I.T. No. 52 de 1939 sobre Vacaciones Anuales remuneradas (aprobado por la Ley 54 de 1962); Convenio de O.I.T. No. 95 de 1952 sobre la Protección del Salario (aprobado por la Ley 54 de 1962); Convenio de O.I.T. No. 111 de 1958 sobre la Discriminación en materia de empleo y ocupación (aprobado por la Ley 22 de 1967); Convenio de O.I.T. No. 87 de 1948 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicalización (aprobado por la Ley 26 de 1976); Convenio de O.I.T. No. 98 de 1949 sobre el Derecho de Sindicalización y de Negociación Colectiva (aprobado por la Ley 27 de 1976); Convenio de O.I.T. No. 158 de 1982 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por iniciativa del Empleador.

La responsabilidad del estado se causa por el incumplimiento de convenio o tratado. Recuérdese que todo Estado

está obligado a cumplir fielmente todo convenio o tratado, en virtud del *Pacta Sunt Servanda* y que las cláusulas u obligaciones de todo instrumento internacional prevalecen sobre la legislación nacional que en ningún caso puede oponerse como pretexto para el incumplimiento de un tratado o convenio.

Conclusiones

1. Por regla general, constitucional y legalmente, la función pública se ejecuta mediante empleo público, a través de una relación laboral legal y reglamentaria.

La autoridad administrativa tiene el deber y obligación de prever mediante planta de personal y de proveer por nombramiento, los empleos públicos necesarios para el cumplimiento de las funciones administrativas ordinarias o permanentes.

Por excepción, la Constitución y la Ley autorizan que los particulares puedan ejercer temporalmente funciones administrativas, mediante CAPS para prestar servicios que requieran conocimientos especializados, de carácter sobreviniente, que no se puedan prestar en personal de planta.

2. Existe la tendencia, por razones neoclientelistas y de deslaboralización, de abusar de las formas para simular CAPS como medio para negar la realidad de la relación laboral de empleo público.

Por principio constitucional de protección del trabajo, prima la realidad laboral sobre las formas establecidas por los sujetos.

3. El trabajo está constitucionalmente protegido, de manera especial y mediante principios mínimos fundamentales de igualdad, de irrenunciabilidad de derechos, de remuneración de estabilidad, de situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

4. El trabajo en condiciones dignas y justas, es un derecho humano fundamental y el principio fundante del Estado Social de Derecho.

5. La autoridad administrativa, por mandato constitucional, está instituida para proteger y hacer efectivos los derechos, como los laborales, debe actuar en forma reglada, de buena fe, no abusar de sus funciones y respetar los derechos ajenos, siendo responsable la autoridad, por extralimitación, acción u omisión en el cumplimiento de sus funciones y existiendo responsabilidad disciplinaria, penal y patrimonial y obligación del estado de repetir patrimonialmente contra las condenas originadas en actos de sus agentes;

6. La celebración indebida de CAPS no tiene justificación constitucional ni legal, en supuestas razones de menor costo administrativo, ni de libertad negocial, ni de discrecionalidad administrativa.

7. La celebración indebida de CAPS afecta el trabajo en condiciones dignas y justas, protegido constitucionalmente, al negar los derechos de salarios, prestaciones sociales, jornada de trabajo, carrera administrativa, estabilidad laboral, asociación sindical.

8. La celebración indebida de CAPS viola las formas sustanciales de acceso a la función pública y los principios

de profesionalización o causa administrativa por concurso o mérito, afectando los principios de igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad y publicidad, que caracterizan a la función administrativa, postrando el buen servicio administrativo como derecho de la sociedad.

9. La celebración indebida de CAPS genera responsabilidad tanto para el Estado colombiano por incumplimiento de tratados y convenios, como para la autoridad administrativa por vía disciplinaria, penal y patrimonial.

Impacto socio-laboral de los contratos administrativos de prestación de servicios

*Luis Fernando Henao
Responsable Programa de
Defensoría Laboral-ENS*

Introducción

Es necesario indicar que actualmente en este país uno de cada cuatro funcionarios públicos está vinculado a la administración por medio de la figura simulada de los contratos administrativos de prestación de servicios que lo único que pretende, y efectivamente logra, es menoscabar los derechos fundamentales de carácter laboral de los trabajadores colombianos quienes, a su vez, y por la urgencia de laborar, se someten a las condiciones de estos contratos.

El fenómeno de la desregulación de las relaciones laborales ha caracterizado la vida de innumerables trabajadores en América Latina en los últimos años.

En Colombia a partir de 1990 se viene produciendo una honda transformación de las relaciones laborales a través de la reforma laboral (Ley 50 de 1990), las leyes de reforma a la seguridad social (Ley 100 de 1993 y su respectiva reglamentación) y a las formas de contratación del Estado aprobadas por el Congreso de la República en 1993 (Ley 80 de ese año).

Gracias a estas reformas, el Estado ha vinculado a decenas de miles de empleados, muchos de ellos médicos, abogados o maestros; e inclusive a muchos funcionarios del ni-

vel medio y bajo de la administración, a través del sistema de contratación administrativa para la prestación de servicios, modalidad contractual creada en principio para regular las relaciones del Estado con las personas jurídicas y ampliado a la contratación de personas naturales antes vinculadas a través de contratos laborales.

Obviamente los beneficios para el Estado y las empresas privadas son múltiples, pues birlan al trabajador el pago de prestaciones sociales y la seguridad social, además de que limitan el derecho de asociación y las garantías de protección jurídica de las relaciones laborales controladas por la justicia del trabajo. Y, claro está, los perjuicios para los trabajadores son traumáticos pues pierden en la práctica el derecho a sindicalizarse, a pensionarse o a obtener protección en salud en las mismas condiciones que los demás trabajadores colombianos.

Es por eso que la Escuela Nacional Sindical se hizo a la tarea de realizar acciones que propugnaran por los intereses de estos trabajadores vinculados por la desmedrada vía de los contratos administrativos de prestación de servicios.

A través de diversas entrevistas realizadas por la Escuela Nacional Sindical a diferentes trabajadores de la salud en el Departamento de Antioquia¹ se indagó, desde el punto de vista del propio trabajador afectado, el impacto que tiene el estar vinculado a la administración pública a través de los

1. Las personas con las que se trabajó: A. Personal médico (5. De diversas entidades con énfasis en el I.S.S.). B. Odontólogos (5. De diversas entidades con énfasis en el I.S.S.). C. Enfermeras profesionales (5. De diversas entidades con énfasis en el I.S.S.). D. Enfermeras auxiliares (5. De diversas entidades con énfasis en el I.S.S.). E. Personal operativo (5. Fundamentalmente del I.S.S.)

denominados legalmente contratos administrativos de prestación de servicios (CAPS).

A efectos de los propósitos que motivaron a la institución para realizar estas entrevistas, hay que decir que éste, junto a los otros trabajos de tipo teórico, completan un documento escrito que pretende servir de guía con miras a desarrollar por nuestra parte, con la imprescindible ayuda de diversas agremiaciones del sector salud (principalmente ANEC, ANDEC, ASMEDAS y ASOA), acciones que reivindiquen los derechos laborales de los trabajadores sometidos a la modalidad de vinculación mencionada (CAPS).

Modo de ingresar al servicio

Para entender mejor el fenómeno que deseamos explicar desde la perspectiva particular de los trabajadores afectados con este tipo de contratación, en primer lugar nos acercaremos a la manera en que estas personas llegaron a la función pública en el sector salud, esto para determinar de qué manera se está transgrediendo o no aquel precepto constitucional que impone que los servidores públicos son por regla general de carrera y acceden a la función pública por concurso, salvo los de elección o los que por la naturaleza de su cargo sean de libre nombramiento y remoción. Vale advertir aquí que, precisamente por negarles la condición de servidores públicos, se pretende justificar el trato discriminatorio que para este efecto se les brinda. Es así como en la gran mayoría de los casos es evidente que estas personas llegaron a las diversas instituciones de la salud ya mencionadas a través de recomendaciones y contactos con personas que estaban laborando en la respectiva institución y que, por decirlo así, les sirvieron de "puentes" para ingresar a ellas (paradójicamente se nota que en el evento de los médicos y

odontólogos, al contrario de lo que sucede con el personal de oficios varios y de enfermería, no son necesariamente políticas).

Uno de los médicos entrevistados afirma al preguntársele acerca de la manera en que ingresó al I.S.S.: "...un médico amigo me informó que tenía la posibilidad de trabajar, que llevara la hoja de vida y la papelería correspondiente y al poco tiempo me llamaron para que firmara un contrato...". Una trabajadora social igualmente entrevistada responde al interrogante así: "...conexiones políticas de las que todos conocemos en este país...". Y una enfermera dice: "...yo tenía amigos en la parte administrativa del Seguro Social y me llamaron, pues ellos sabían que yo no estaba trabajando como enfermera"; y un funcionario en la sección financiera afirma: "...no me da miedo decir que la selección de la gente de 'contratación civil' se hace por política, son personas que vienen de ciertos sectores políticos; por decir algo, la corriente X manda a fulanito y hay que aceptarlo así no cumpla con los requisitos, la mayoría de las personas de 'contrato civil'² que me rodean no cumple con los requisitos. Tengo en este momento gente que es para auditoría interna que me los mandan a mí y no sé qué hacer con ellos porque no saben. Mi secretaria con seguridad no sabe sumar. Tengo conocimiento de que han contratado gente que no entran por la dirección sino que entran por otra gente que tiene más poder político que los jefes y los inscriben en la nómina y les pagan"; y más adelante agrega: "...el problema de esas cuotas burocráticas manejadas a través de la política es muy

2. Cada que se transcriba la figura del "contrato civil" nos estaremos refiriendo a la figura consagrada legalmente (en la actualidad en el art.32 de la ley 80 de 1993 o Ley de Contratación Administrativa) como contrato administrativo de prestación de servicios. Además, por practicidad, utilizaremos su abreviatura: CAPS.

conocido ya en el Seguro Social. Yo no pertenezco a ninguna cuestión de estas pero conozco compañeros vinculados por 'contrato civil' a los que les toca pagar el 10% del salario para poder ingresar al Seguro Social...".

A este mismo respecto una persona que se desempeña como "patinador" (especie de mensajero interno dentro de una institución) sostiene: "...hay un compañero que entró por contratación porque es hermano del conductor del gerente, y hay otro caso que es el de la asistente del Subgerente, sin conocimientos, una persona que apenas está estudiando y le hicieron un 'contrato civil' por un año...".

Agresión al principio de igualdad

Es necesario entrar aquí a analizar lo que suponemos es una flagrante violación al principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución Nacional, se trata de la forma en que pudo probarse que los odontólogos, médicos y una persona de la sección financiera del Instituto en Antioquia pueden, en virtud del propio CAPS que regula su actividad en la mencionada entidad y de la naturaleza de la misma, tener el número de contratos de esta naturaleza que a bien tengan, sin atentar contra el postulado constitucional del inciso primero del artículo 128 de la Carta que reza que "nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley"; pues con el argumento de que estas personas no son empleados públicos pueden tener diversos contratos y recibir diversas remuneraciones provenientes del tesoro público.

Entonces, mientras el servidor público tiene la limitante constitucional que se mencionó, el contratista puede tener el número de contratos que desee y por ende podría llegar a obtener del tesoro público varias remuneraciones en el supuesto que los diversos contratos los realice con entidades de derecho público. Sin embargo, hay que afirmar también que la situación no es la misma para todas las personas vinculadas a la institución a través del mecanismo de los CAPS, pues mientras los que podríamos llamar personal profesional tienen suficiente tiempo para tener varios contratos, no sucede lo mismo con el personal de enfermería, personal de oficios varios y personal de mantenimiento, pues la naturaleza de sus respectivas labores impide que el resto de la jornada diaria o durante los fines de semana puedan realizar otra actividad remunerada lo que si sucede con las personas atrás mencionadas. Tres (3) de los cinco (5) odontólogos entrevistados, a más del contrato administrativo de prestación de servicios que tenían con Metrosalud, trabajaban en otra entidad privada y además atienden durante los fines de semana sus respectivos consultorios privados, dos (2) de los cinco (5) médicos del I.S.S. entrevistados igualmente atienden sus consultorios médicos particulares, y un alto funcionario de la sección financiera de la misma entidad admite ser asesor de dos clínicas particulares de la ciudad de Medellín e igualmente ser profesor de un postgrado en una de las universidades de esta misma ciudad.

Para dar mayor claridad a lo expuesto, hay que agregar que la limitante del artículo 128 de nuestra Constitución no es la única que puede ser objeto de desprecio cuando se contrata a través de los CAPS, pues también puede pasar lo mismo con lo establecido en los artículos 125 (sobre carrera administrativa), 126 (sobre nepotismo), 127 (sobre la posibilidad de contratación con el Estado) y 129 (sobre reconocimientos y distinciones por parte de otros Estados).

Siempre recurriendo al mismo argumento de que estas personas no ostentan de ninguna manera el status de empleados públicos.

También se está atentando contra el principio de igualdad cuando a estas personas se les obliga, a efectos de suscribir el CAPS y como requisito para ello, a constituir a su costa y en favor del Instituto, una póliza que garantice el cumplimiento del contrato por una suma equivalente al 10% del valor total del contrato durante el plazo del mismo y durante dos meses más. Esto es visto así por una de las enfermeras afectadas entrevistadas: "... uno primero, para poder firmar el contrato, y si se está por ahí en la mitad del mes y uno necesita entrar rápido, necesita aproximadamente \$90.000 (noventa mil pesos) para poder empezar, pues tiene que pagar una póliza (que regularmente en los contratos de todas las compañeras que conozco vale \$ 14.000), en segundo lugar tiene que pagar los días que restan del mes, si es un quince (15) uno tiene que pagar los otros 15 días que faltan de ese mes; y, además, tiene que tener el dinero para afiliarse a una EPS, que generalmente es el mismo I.S.S.³, como trabajador independiente y con dos salarios mínimos como ingreso base de liquidación.

Configuración de los elementos fundantes de una verdadera relación laboral

A más de lo anterior, lo que principalmente queda probado con las entrevistas realizadas en relación con los contratos

3. Hay que aclarar que, ni legal ni contractualmente, es obligación para las personas vinculadas a través de los CAPS al I.S.S. afiliarse a la EPS de esta institución de la seguridad social en el país; si estas personas lo hacen es siempre por su libre voluntad.

administrativos de prestación de servicios, es que en la gran mayoría de casos en que se usa la precitada figura se está enmascarando una verdadera relación laboral puesto que, además de que hay prestación personal del servicio y hay una retribución por esa prestación del servicio, está presente el tercer elemento que, según el art. 3º del decreto 2127 de 1945, hace que estemos en presencia de una verdadera relación laboral sin importar el nombre que las partes le asignen, esto es, está presente la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador o patrono.

En todos los casos es inobjetable que hay una prestación personal de un servicio (que por expresa disposición contractual es indelegable) y además hay un pago por la prestación de ese servicio, queda entonces por corroborar el elemento subordinación a efectos de encasillar la relación contractual como una verdadera relación laboral entre el Estado y un particular o, por el contrario, determinar que allí existe un verdadero CAPS.

Indagando acerca de este tópico, se pudo verificar que las instituciones empleadoras (I.S.S., Metrosalud y el S.S.S.A) imponen a los trabajadores vinculados a la administración bajo la modalidad en mención, diversas pautas de trabajo que hacen pensar que la autonomía para realizar la actividad para la que se es contratado no está presente y, por tanto, se está desnaturalizando el CAPS y se está entrando por la puerta de la relación laboral.

Esas pautas hacen relación al cómo, cuándo y donde realiza la actividad el supuesto contratista. En efecto, en el caso del Instituto de los Seguros Sociales se pudo demostrar que los médicos, enfermeras y enfermeros, personal de mantenimiento, personal administrativo, trabajadoras sociales y personal de oficios varios vinculados a la entidad por esta

modalidad de contratación deben presentar informes de las actividades que desarrollan, en suma, no hay absolutamente ninguna autonomía con miras a desarrollar la actividad para la cual se contrata, elemento éste que es de la propia naturaleza de la contratación administrativa de prestación de servicios. En el preciso caso de los médicos se tiene que deben rendir un informe diario de actividades tal como lo hacen, incluso, los médicos vinculados a la planta de personal del Instituto. Para presentar de manera gráfica lo que aquí se está expresando, y de paso enseñar que estas personas sí tienen superiores jerárquicos a manera de jefes inmediatos, basta recoger la frase de una de las personas entrevistadas y contratada para oficios varios cuando se le preguntó cuál era exactamente la actividad para la cual había sido contratado, esta persona dijo: "...uno se obliga a realizar las funciones asignadas por su jefe...".

Igualmente, las personas en mención deben cumplir horarios de trabajo que son los mismos diseñados para las personas vinculadas por relación legal y reglamentaria al I.S.S además con una agravante: todas estas personas deben cumplir con un horario de trabajo de 48 horas mientras que aquellas cumplen con un horario de 44 horas semanales. En este punto se recalca la subordinación existente en este tipo de contratación, pues esas 48 horas semanales son distribuidas "según las necesidades del servicio"; entonces, si el servicio así lo indica, estas personas deben prestar su servicio durante las noches o durante los días festivos sin que ello de lugar a recargo alguno puesto que los honorarios están previamente pactados dentro del contrato de prestación de servicios administrativos. Sin embargo, vale decir que los médicos y odontólogos tienen una especial prerrogativa a este punto, es decir, estrictamente no se les impone el horario, es así como uno de los médicos entrevistados expresa: "...no, nos han impuesto algo obligatorio. Por lo general uno

elige que el trabajo sea de 9 horas diarias y uno escoge el horario de 9 horas para pagar las del sábado porque las 4 horas de la tarde del sábado se pagan en la semana. Entonces, se trabajan 9 horas de lunes a viernes, ó 8 durante la semana y cuatro el sábado, inclusive hace poco tuvimos una reunión y nos dijeron que podíamos escoger los horarios que quisiéramos. No que tenía que ser la distribución de horas por día sino que podíamos escoger dentro de las horas de trabajo del Seguro el tiempo, y formar plano⁴ y llevarlo para el archivo para que se distribuyan las historias en ese horario que nosotros quisiéramos...".

Mas la situación no es la misma para todos los trabajadores vinculados mediante la modalidad a que se viene haciendo referencia, pues en todos los demás eventos es clara la obligación de cumplir con tales horarios. En el mismo momento de las entrevistas con el personal que podríamos llamar de oficios varios, expresaron que para tal efecto acababa de correr por el Instituto una circular en donde se le recordaba a todo el personal de la entidad (incluidos ellos obviamente) que debían cumplir con el horario de trabajo establecido por ella. Los médicos expresan: "...hay un control interno para que se cumpla con el horario..."; las enfermeras expresan: "...para cumplir con los horarios está un cuadro por la noche establecido por 8 semanas y que es rotativo...". El personal de oficios varios expresa: "...todo 'contrato civil' debe cumplir el horario de 48 horas y de 7 a.m. a 5 p.m. Ellos dicen que se deben regir por el reglamento del contrato en donde dice que se debe cumplir con las mismas especificaciones de la modalidad que viene funcionando en la institución, y en este momento hacen la dife-

4. Nos estamos refiriendo aquí a la elaboración de la programación semanal de horarios que cada médico hace.

rencia para decir que la gente de 'contratación civil' debe cumplir con 48 horas semanales porque aducen que la presidencia del I.S.S. ordenó, mediante decreto, el horario...". En el mismo sentido, y al cuestionar a un jefe de sección vinculado también por esta modalidad contractual, afirmó: "...los horarios se los supervisan a todos mis compañeros, como yo soy jefe de sección puedo tener un poquito más de independencia que ellos, todo el mundo tiene que cumplir su horario y ahora es impuesto porque lo pusieron oficial...".

A efectos del elemento subordinación, cabe resaltar que las personas que hemos venido denominando de oficios varios aducen que: "...en algunos sectores negrean a la gente como si fueran enfermos de SIDA o algo así. En el Banco de Sangre en estos momentos la gente de 'contrato civil' no puede sacar tiempo para desayunar y las personas que pertenecen a la planta sí pueden sentarse a desayunar, y eso no creo que sea justo...". Habría que agregar allí que, a más de injusta, esa situación desnaturaliza el precepto constitucional de que todas las personas tienen derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas que, dicho sea de paso, es un derecho humano fundamental y principio fundante del Estado Colombiano que se autoproclama como Estado Social y Democrático de Derecho.

Gestación de plantas paralelas a través de los CAPS

Para mirar de qué manera esta forma de contratación ha incidido en forma directa o indirecta en la creación de lo que podríamos llamar "plantas paralelas" y de paso verificar que este tipo de contratación se esté haciendo ajustándose a las especificaciones de la actual ley de contratación administrativa (Ley 80 de 1993) precisemos algunas ideas al respecto: La ley 80 de 1993 (la que es estrictamente aplicable en la

actualidad) señala que este tipo de contratación sólo puede realizarse cuando las actividades para las cuales se contrata requieran conocimientos especializados (numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993), y jamás puede llegar a entenderse que una persona que se contrata para el aseo requiera conocimientos especializados para tal fin, igual cosa puede decirse del personal de oficios varios e incluso del propio personal paramédico si entendemos que esas actividades a las que se está haciendo referencia son aquellas extraordinarias o distintas de las que normal y permanentemente desarrolla la entidad, esto es, esos conocimientos especializados no pueden confundirse de ninguna manera con aquellos que ordinaria y permanentemente prestan los profesionales especializados del sector salud, deben entenderse sí, como conocimientos intelectuales diferentes de los comunes y por tanto jamás puede admitirse la posibilidad de que esta figura se presente en el evento de actividades netamente materiales, operativas o auxiliares.

La misma ley a que estamos haciendo referencia dispone que los contratos administrativos de prestación de servicios sólo son viables cuando las actividades para las que se contrata a la persona "no puedan realizarse con personal de planta". Vale la pena anotar que, según el numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente de la República crear los empleos que demande la administración central y que, de acuerdo con el art. 122 de la misma carta política, "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". Pues bien, un médico, al interrogársele acerca de la evidencia de que su actividad pueda ser desarrollada por cualquier médico de planta, dice: "...eso es obvio, la única diferencia es el sala-

rio que recibe uno que, en el fondo, es más bajo...". Una enfermera sostiene: "...eso lo maneja perfectamente una persona de planta. Una enfermera de planta puede hacer lo que yo hago, esto no requiere de ningunos conocimientos especializados aparte de los que uno recibe en la universidad...".

En la misma línea que venimos desarrollando, la Constitución Nacional, en el inciso tercero de su artículo 123, preceptúa que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas⁵. Entonces, esa temporalidad, en razón del postulado constitucional, es de la propia naturaleza del CAPS, pues la función pública corresponde al ejercicio de funciones de carácter permanente. Si a lo anterior agregamos que según el estatuto laboral del sector público (Decreto Ley 2400 de 1968) para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes y que, además, en ningún caso podrán celebrarse contratos administrativos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones; no se encuentra razón alguna para que dentro de las personas entrevistadas encontremos: una trabajadora social que lleva 3 años contados a partir de 1992 vinculada al I.S.S. a través de CAPS, un médico del CAB Central del I.S.S. desde diciembre de 1994, 4 odontólogos de Metrosalud desde junio de 1994, una enfermera de la Clínica León XIII desde 1992, un trabajador de oficios varios desde 1994, un funcionario en la sección financiera desde la misma fecha; en suma, ninguna de las personas entrevistadas lleva menos de un año

5. Es apenas obvio que el CAPS es una de aquellas formas en que los particulares desempeñan funciones públicas. El propio inciso segundo del art. 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública reza: "...y se celebrarán por el término estrictamente indispensable"

de labores con las respectivas instituciones a las que pertenecen, un odontólogo dice al respecto: "...llevo 3 (tres) años y en ese lapso he tenido 4 (cuatro) contratos administrativos de prestación de servicios en Metrosalud como odontólogo de tiempo completo, pago por honorarios y entré por rosca con el Alcalde pasado...". Entonces, ¿en dónde queda la nota de temporalidad que según la Constitución y la ley debe acompañar a este tipo de contratación?

Omisión de carga prestacional

Aunque afirmarlo a estas alturas puede resultar una verdad de perogrullo, estas personas no tienen derecho al subsidio de transporte ni a las dotaciones de ley por el ya manido argumento de que el suyo no es un contrato laboral con el Estado.

En lo que tiene que ver con el calzado y vestido de labor⁶, es forzoso decir que aunque muchos de estos "trabajadores" obtienen más de dos salarios mínimos legales mensuales por concepto de honorarios, la razón para negarles estos elementos no se afinsa en tal circunstancia, puesto que

6. Esta prestación está establecida para los empleados del sector público por la ley 70 de 1988 que reza en su art. 1º: "Los empleados del sector oficial que trabajen al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses en forma gratuita un (1) par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos veces el salario mínimo legal vigente (exactamente \$ 286.698 para el sector público). Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora".

a las otras personas que trabajan en las mismas instituciones pero con relaciones contractuales, o legales y reglamentarias, sí se les brindan los mencionados elementos. Las razones que aducen entonces, en las diversas instituciones, parece ser el tipo de vínculo que se tiene con la entidad, pues a todas estas personas que desempeñan sus labores a través de los CAPS se les niega sistemáticamente cualquier tipo de estos objetos. Una trabajadora social expresa: "...En el área de la salud hay necesidad, por múltiples razones, de utilizar delantal, y generalmente siempre hay una diferenciación entre el vinculado y el contratista para no entregárselo a éste último...". Los odontólogos explican: "...En Metrosalud le dan delantales a todas las personas que tienen contrato pero no le dan nada a la gente de `contrato civil...". Los trabajadores de oficios varios (que en virtud de lo remuneración sí tendrían derecho a la precitada prestación) confiesan en torno a la discriminación en lo que hace a calzado y vestido de labor y, de paso, respecto de las condiciones de protección de que gozan (o, mejor aun, no gozan) en su respectiva entidad: "...dentro de los servicios se maneja algodón, talco y otra cantidad de elementos que en algunas ocasiones podrían llegar a causar enfermedades de tipo respiratorio o de tipo físico. Nosotros porque tenemos ese conocimiento, pero la salud ocupacional no funciona con nosotros, sólo funciona con los de planta...". Alguien agrega: "...aquí vacunaron en un momento a la gente contra la hepatitis, les mandaron exámenes, yo fui a que me vacunaran y me dijeron que nosotros los de mantenimiento no éramos personas de alto riesgo como para justificar la inyección; pero yo creo que los de mantenimiento somos las personas que dentro de la entidad estamos expuestas a más contaminación, pues a uno le toca trabajar con sanitarios y hacer trabajos en los lavamanos y en cosas demasiado contaminadas y eso nunca se tiene en cuenta cuando se habla de prevención, yo creo que los programas de prevención tienen que ser con todos sin

excluir a nadie...”.

Otro de estos trabajadores remata los comentarios de esta manera: “...por ejemplo, yo soy patinador y me tengo que conseguir por mis propios medios una camiseta oscura; y si trabajo, por ejemplo, en oficios varios, debo traer camisa azul y pantalón azul, pero no me los brindan yo me los tengo que conseguir; eso únicamente se lo dan a la gente de planta”.

En Continuidad con lo anterior otra persona dice: “...a nosotros los de ‘contrato civil’ nos dicen que no tenemos derecho a uniforme, el contrato nos dice que no tenemos uniforme, pero sí lo necesitamos y lo tenemos que conseguir nosotros mismos. Sólo he visto que a unas secretarias les dieron uniforme (a las que están en la taquilla dando información) y aunque también son de ‘contrato civil’ les dieron uniforme, a nosotros nos dijeron que no tenemos derecho a uniforme aunque estemos en la misma institución y en similares condiciones; como quien dice: que las que dan la información estén bien presentadas y el resto que venga como quiera (siempre y cuando sea con uniforme pero comprado por uno)...”.

Alguien sostiene respecto de la no usanza de un uniforme dentro de la institución: “...si uno no lleva uniforme le llaman la atención, no nos devuelven para la casa⁷, ni nada por el estilo, pero es una cosa que se tiene en cuenta para una posterior evaluación...”.

Por la misma razón expuesta, y porque está legalmente consagrado en el suficientemente conocido inciso segundo

7. Aquí se evidencia el grado de subordinación tan marcado que estas personas asumen respecto de la entidad empleadora.

del numeral 3° del art. 32 de la Ley 80 de 1993, esta relación no puede dar lugar al pago de prestaciones sociales de ningún tipo⁸, de tal suerte que el administrador benevolente que quisiera reconocer algún pago por este concepto sería, ni más ni menos, un prevaricador.

Seguridad Social y CAPS

Entraremos ahora a analizar de qué manera estas personas acceden a la seguridad social, esto es, cómo son cubiertos por el sistema general de seguridad social en salud y cómo cubren los riesgos de invalidez, vejez y muerte a efectos pensionales y de qué manera se aseguran en lo que a riesgos profesionales respecta. En todos los casos estas personas vinculadas por CAPS se deben afiliar al Sistema General de Seguridad social en Salud y al Sistema General de Pensiones como trabajadores independientes como prerequisite para ser contratado en alguna de las instituciones de la salud que estamos mencionando y mediante la modalidad precitada. Lo anterior redundaría en un alto perjuicio para el trabajador vinculado por esta modalidad puesto que deben cubrir todos estos rubros a sus propias expensas, es decir, de sus propios honorarios deben pagar en su integridad la seguridad social. A esto hay que agregarle que aquellas personas que en virtud del CAPS obtengan a manera de honorarios una suma igual o superior a 4 veces el salario mínimo legal vigente, deben contribuir con un 1% adicional a las cotizaciones con destino al Fondo de Solida-

8. Para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, las prestaciones sociales son establecidas por los decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978; en tanto que los empleados del orden departamental y municipal se rigen, para el mismo efecto, por las normas de la ley 6ª de 1945 y todas aquellas que la adicionan y reforman.

ridad Pensional. La situación es mirada así por uno de los médicos afectados: "...es una desmejora muy grande, contando la seguridad social, el fondo de solidaridad pensional y la retención en la fuente, la plata se reduce por ahí en un 25 ó 30%..."

Continuando con el asunto de la seguridad social, las personas vinculadas por estos contratos administrativos de prestación de servicios expresan: "...incapacidades no recibe el Seguro, únicamente recibe incapacidades por hospitalización, y las incapacidades por enfermedades se pactan con el jefe, al que después se le paga el tiempo en trabajo, uno no tiene derecho a nada...". Otros dicen: "...en este momento la incapacidad de nosotros está supeditada a que sea muy larga para que se la puedan pagar a uno, una incapacidad corta no la pagan. Si uno llega a enfermarse tiene que pagar el reemplazo para poder seguir con el contrato, es decir, uno no debe buscar el reemplazo porque eso lo hace la institución pero sí debe pagar ese reemplazo...". Y finalmente alguien anota: "...a todos nosotros nos habían dicho que teníamos derecho a que nos pagaran incapacidad si era por una cirugía ambulatoria u hospitalización, y a un compañero le hicieron una cirugía ambulatoria, lo incapacitaron 12 días y esos 12 días se los descuadraron del pago y ni siquiera le pagaron la incapacidad porque, según ellos, ya había terminado el contrato por la misma ausencia durante esos 12 días..."

El corolario de todo lo anterior no puede ser otro que aquel que ya se deja entrever en los comentarios transcritos: en el evento de una incapacidad más o menos prolongada (mayor de 10 días generalmente) el CAPS puede ser unilateralmente terminado por la institución empleadora⁹ sin

9. No sobra decir que esta posibilidad transgrede ostensiblemente el convenio 158 del año 1982 de la O.I.T. sobre terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador.

que ello dé lugar a indemnización alguna por la fementida razón de que no se trata de una relación laboral de empleado público ; quedando entonces viva, en la gran mayoría de las veces, una aberrante situación en donde el trabajador se halla absolutamente enfermo y sin la posibilidad de seguir cotizando puesto que se da por terminado su contrato, cotización que, a su vez, es absolutamente vital para poder así seguir siendo atendido en la EPS a que se encuentre afiliado.

Derecho de asociación sindical

Vale ahora abordar un asunto de alta trascendencia a efectos de posibles acciones que los trabajadores, sindicatos y organizaciones no gubernamentales pretendan incoar a nivel nacional o internacional con miras a que este tipo de contratación no se expanda y se utilice en lugar de la relación legal o reglamentaria o de la relación contractual: se trata de la incidencia que tiene este tipo de vinculación para que las personas así contratadas no se asocien en sindicatos u otro tipo de organizaciones que propugnen por los intereses. Encontramos que dentro del grupo de trabajadores entrevistados y contratados a través de la modalidad referida, se tienen dos puntos de vista diferentes acerca del asunto; de un lado es claro que para los médicos no existe ninguna política visible de las diversas entidades que pretenda obstaculizar el derecho de asociación en sindicatos, y de otro lado se tiene la visión del personal de enfermería, personal de oficios varios, personal de aseo y odontólogos quienes sostienen que sí existe dentro de las diversas entidades una tendencia a no renovar este tipo de contratos a todas aquéllas personas de reconocida trayectoria en el campo de la lucha por las reivindicaciones de los trabajadores. Para comprender lo anterior a cabalidad, es necesari-

rio hacer una ligera digresión al respecto: en este país hay una velada relación entre el status de la profesión desempeñada por una persona y su libre ejercicio del derecho de asociación sindical, esto es, el perfil de la profesión de médico (para nuestro caso particular) brinda una posibilidad amplia de un libre ejercicio del derecho fundamental mencionado por una especie de reconocimiento general de la necesidad social de ellos en el engranaje de una colectividad como la colombiana en donde la cantidad y calidad de cobertura de programas de salud y medicina en general es baja; no ocurre igual en lo que tiene que ver con el personal de enfermería, personal administrativo, personal de oficios varios, odontólogos y trabajadoras sociales de las instituciones de salud del país puesto que, por una especie de miopía y por el concepto de que son personal de "segunda categoría"¹⁰ respecto de aquellos, a diferencia de ellos su necesidad en la sociedad no se hace tan evidente como aquella.

Tras el paréntesis, regresemos al tema inicialmente planteado (derecho de sindicalización), es así como lo ven los médicos: "...en el caso del I.S.S. no presionan a nadie porque esté o no esté sindicalizado", y ante la pregunta de si el contratista del CAPS tiene ciertos recelos para sindicalizarse en virtud de la modalidad contractual que lo une a la institución responde: "...no tendría por qué, yo por ejemplo vengo sindicalizado desde hace muchos años...".

10. Todo esto hace parte de un concepto imperante en Colombia y consistente en mirar con sacro respeto a los profesionales de la medicina, el derecho y la ingeniería (que no casualmente son las profesiones más requeridas por los aspirantes a los centros de educación superior en el país). La gran generalidad de las restantes profesiones y oficios podrían agruparse en lo que esta sociedad mira como de "segundo orden".

Otro de los médicos afirma ante igual interrogante: "...no estoy afiliado a ASMEDAS por una especie de neutralidad ideológica, no me siento motivado a participar en ninguna de las actividades de esa agremiación, no tengo especial vínculo o aprecio hacia ellas...". Sin embargo, otra cosa sostienen los odontólogos quienes al mismo respecto opinan que el tipo de vinculación no es influyente a la hora de asociarse pero que al momento de ser un verdadero activista hay que cuidarse puesto que puede haber represalias. una odontóloga arguye: "...yo, por ejemplo, estoy asociada al intergremial, y no fui a la reunión pero mandamos a un vinculado que tiene permiso sindical para que de pronto no hubiera represalias conmigo que soy de 'contratación civil'...".

Siguiendo con el mismo asunto que venimos tratando, el personal que nos hemos dado en llamar de oficios varios dice: "... en el I.S.S. ya uno no se puede sindicalizar cuando está por 'contratación civil' porque hay un yugo, no ve que de pronto se va a meter uno a un sindicato y va a terminar el contrato y queda muerto, ya por fuera...". Y siguen: "...es más, el día que salieron a paro los del Seguro Social, persona que veían por ahí de 'contrato civil' no le daban contrato...otra cosa, nosotros pensábamos hacer una asociación de trabajadores independientes para, por medio de eso, afiliarnos al Seguro y tener todos los derechos. Según la abogada que hay en la Clínica León XIII, la gente podía hacer eso pero el Instituto el día que quisiera podría decir que no quiere más contratación con esa asociación de trabajadores independientes sino que contratará otros que estén completamente por fuera, o sea, nos sacarían en la misma forma por no hacer el aporte como lo exigen, como somos asociación aportaríamos menos y tendríamos más derechos y no nos contratarían...". Cuando a estas mismas personas se les cuestiona acerca de si la generalidad dentro de la

institución es que las personas vinculadas por este tipo de contratos no se sindicalicen en virtud de la propia modalidad de vinculación pues temen que no les renueven el contrato o, por el contrario, no se sindicalizan por decisión personal porque no les interesa la asociación en un sindicato; estas personas responden: "...definitivamente podemos decir que, por lo que conocemos de nuestros compañeros y compañeras, es por miedo que no se meten al sindicato porque es gente que necesita trabajar y si les llegan a terminar el contrato quedarían en la calle..."

Estabilidad laboral y garantías constitucionales vs. CAPS

En punto a la estabilidad laboral, es preciso decir que todas las personas entrevistadas sienten la misma preocupación por las características de este tipo de contratación, esto es, se inquietan ante la nota de inestabilidad que comportan los CAPS. Absolutamente todas las personas que se entrevistaron conocen que su situación "laboral" es precaria puesto que en cualquier instante, y sin previo aviso, la entidad empleadora de que se trate puede permitirse no renovar el CAPS sin que ello dé lugar a reclamación alguna por parte del trabajador habida cuenta de que, no huelga decirlo, este no es un contrato laboral.

Adentrémonos ahora en observar las diversas opiniones de estas personas acerca del tipo de contratación a la que están sometidos, es decir, cómo miran estas personas su propio panorama laboral desde los CAPS considerando, además, que muchas de estas personas conocían de antemano las características que rodean este tipo de contratación y que algunas no tenían conciencia de ellas; nos referimos entonces a la ausencia de estabilidad, la cobertura para la seguridad social a expensas propias, la contraprestación deno-

minada honorarios y no salario (y todo lo que esto conlleva¹¹), la ausencia de las obligaciones y derechos inherentes a la calidad de empleados públicos, la no computabilidad del tiempo a efectos pensionales . Para darle respuesta a esto es menester comenzar por decir que:

“Con la expedición de la Carta de 1991 entró nuestro país en la era del constitucionalismo del derecho del trabajo, es decir, de un especial tratamiento con la Constitución, a diferencia de la parquedad con que de éste se ocupó la Carta anterior...La Constitución de 1991 da un vuelco a la normación constitucional existente sobre la cuestión laboral...”¹² y que en virtud de ello, y por expresa definición del propio constituyente primario:

“...el trabajo es toda actividad humana, libre, consciente y noble, necesaria para la vida y generadora de capital y de instrumento de labores.

Es bien del hombre y de la humanidad. De ahí su valor humano.

Está superado el concepto de que el trabajo es una mercancía sometida a las leyes del mercado sin consideración a la persona que lo presta.

11. Esta variación en el nombre que reciben los pagos por los servicios prestados por estas personas implica que están exentos de las normas protectoras del salario que consagran las normas laborales del sector público, y, además, al contrario de lo que sucede con los salarios en donde sólo se grava el 70% siempre que esa 70% sea superior a \$ 710.000, cualquier pago que se haga por este concepto será gravado con retención en la fuente.

12. Sentencia T-462 de julio 13 de 1992 de la Corte Constitucional.

El nuevo concepto de la actividad laboral se aparta de la simple valoración material de ella, elevándola al rango de un derecho consustanciado con la vida y la esencia del ser humano.

Por eso llega a la incorporación del trabajo en los nuevos textos constitucionales con alta significación de los valores inmanentes que deben reconocerse y respetarse.

El trabajo exige respeto para la dignidad de quien lo presta, o sea, el hombre. Este es un ser con fines propios que cumplir por sí mismo; no es ni debe ser un simple medio para fines ajenos a los suyos¹³.

Es dentro de ese marco que contrastan las siguientes declaraciones acerca del asunto planteado inicialmente y que permiten determinar, en mucho, el real respeto por la dignidad humana y el real acato a la valoración constitucional que tiene el trabajo realizado por estas personas a través de CAPS. Un médico entrevistado dice: "...Sí, todo eso lo conocía, pero lo que hay que hacer es asumir el riesgo, pues la gente necesita comer, uno tiene que trabajar, la gente le pide comida (se refiere a su familia), le pide cosas, no tiene uno nada más que escoger, entonces escoge ese tipo de contratos". Los odontólogos al mismo respecto afirman: "...todas las desventajas eran conocidas, pero hay necesidad de trabajar y honradamente, así nos estén explotando y estemos totalmente desprotegidos...". Entre tanto otros médicos dicen: "...a pesar de la desigualdad nos quedamos aquí puesto que se tiene la expectativa de que haya vinculación definitiva, el Hospital se va ampliar ahora que la salud se va a municipalizar y va a necesitar servicios de to-

13. Asamblea Nacional Constituyente. En Gaceta Constitucional # 45, página 5.

das las especialidades...". Una enfermera profesional sostiene: "...este tipo de trabajo está supeditado a la necesidad de uno de trabajar, pues uno tiene obligaciones. A nivel personal evalué el tipo de contratación y estuve tratando de buscar empleo en otras instituciones, pero el proceso de selección era bastante moroso y cuando uno tiene obligaciones no se puede quedar mucho tiempo inactivo. Entonces, casi siempre por la necesidad inmediata de laborar, no se va uno para otras partes, pues en otras partes era incierta la vinculación, en cambio aquí es mala pero la tenemos ...".

El personal de mantenimiento expone: "... uno acepta el contrato esperando que las cosas se solucionen o mejoren a medida que transcurre, todos siempre lo hacemos con esa ilusión y por la necesidad... pero esto es como el matrimonio, después de uno meterse ya hay que ir llevándolo ...de todas maneras se aprovechan de la necesidad de la gente, eso es lo que está haciendo el Gobierno hoy...yo pienso que si la contratación civil fuera en realidad con un salario integral como debe ser (se están refiriendo no a la figura legal del salario integral que opera en Colombia para el sector privado¹⁴ y que sólo puede serlo aquel salario que sobrepasa

14. El numeral segundo del art. 132 del C.S del T. (modificado por el art. 18 de la ley 50 de 1990) dispone: "No obstante lo dispuesto en los artículos 14, 16, 21 y 340 del C.S. del T. y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones. En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior

se los diez salarios mínimos mensuales legales vigentes¹⁵, sino a un salario que tenga un valor real más alto, es decir, que tenga un poder adquisitivo más elevado) la cosa no sería tan mala, pero además de que este tipo de contratación es mala, con todas las deducciones le queda a uno un salario demasiado bajo...” Una trabajadora social es más enfática y sostiene: “pienso que es un tema largo y a raíz de que hay seres humanos afectados por este tipo de vinculación contractual, me he metido de lleno a compartir con la gente, porque definitivamente somos los trabajadores los que tenemos que dar la batalla y pienso que hemos dejado correr mucho el tiempo para alcanzar justicia para las violaciones a los derechos humanos a nivel nacional e internacional. El principio constitucional de a igual trabajo igual salario, se está viendo afectado con este tipo de normas. Si no estuviera metida viendo realmente todo lo que sucede, no estaría tan convencida de que hay que seguir luchando por esto. Considero que no hay nada de positivo en este tipo de contratación, si hubiera una real voluntad política y una buena coordinación administrativa ya se habrían convocado los concursos y se manejarían procedimientos transparentes para la selección del personal”.

Conclusiones

Como colofón de todo lo anterior, podemos afirmar sin temor a equivocarnos varias cosas, veamos:

al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos”.

15. Para el año de 1996, el salario mínimo de los servidores públicos colombianos se estableció, por regla general, por el art. 3° del decreto 10 de 1996, en \$ 143.349.

1. Es fácil advertir, en primer lugar, la proliferación de este tipo de contratos, en segundo lugar, la utilización de este mecanismo de contratación para soslayar la relación legal y reglamentaria o, en su defecto, la relación laboral; y, en tercer lugar y como consecuencia directa de lo anterior, la transgresión de derechos fundamentales de carácter laboral que se le hace a los trabajadores vinculados por esta modalidad al sector salud estatal.

2. Es evidente que en ninguno de los casos se configuró realmente la figura establecida por el numeral 3° del art. 32 de la ley 80 de 1993 (Estatuto de General de Contratación de la Administración Pública), esto es, de ninguna manera se tipifica un contrato administrativo de prestación de servicios pues no aparecen ni remotamente los elementos inherentes a éste y enunciados en otra parte de este documento.

3. Las instituciones de la salud que acuden a este mecanismo (principalmente el I.S.S.), aducen que lo hacen en virtud de que necesitan un cubrimiento más amplio de la seguridad social (ahora con mayor razón con la cobertura familiar implantada por la ley 100 de 1993) y que como las plantas de personal están congeladas¹⁶, entonces deben echar mano de tal mecanismo a efectos de brindar a la comunidad los servicios demandados.

4. Es entonces una política estatal la que está gestando, permitiendo e implementando globalmente la precitada figura. Las razones no resisten un análisis serio del asunto, pues

16. El decreto 1421 de agosto 24 de 1995 congeló las plantas de personal en la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional incluyendo, como es obvio, las de las empresas industriales y comerciales del Estado.

el tamaño del Estado no puede reducirse a costa de los derechos fundamentales de carácter laboral de los trabajadores colombianos. Derechos que igualmente están consagrados en diversos tratados internacionales suscritos y ratificados por este país y que, por expresa disposición del art. 93 de la Carta Política que nos rige, prevalecen sobre la legislación interna.

A lo anterior debe agregarse que el argumento de que el presupuesto de rentas y gastos de la nación no soportaría la carga laboral que significaría vincular legal y reglamentariamente, o contractualmente, a estas personas, tampoco puede argumentarse como excusa para acudir a la artificiosa figura de los CAPS, pues todos conocemos el buen estado actual de las finanzas del Estado Colombiano y, además, nunca los criterios que sirven para medir la eficiencia en las empresas del sector privado pueden ser los mismos que los del sector público, pues la razón de existencia del Estado no puede ser el lucro, como sí ocurre en las empresas privadas.

5. ¿Será éste entonces un Estado Social y Democrático de Derecho en lo que hace a relaciones laborales?

Ensayos Laborales / seis

**Contratos
administrativos
de prestación de servicios**

Los preceptos jurídicos y éticos que la humanidad y la comunidad de naciones han construido para formalizar las relaciones laborales aún no son suficientes, pues el Estado colombiano ha pasado por encima de ellos y ha impuesto con fuerza y generalidad una política que privilegia el "interés de Estado" sobre los derechos fundamentales de los trabajadores cuando vincula servidores públicos bajo una relación o contrato no laboral que denomina Contratos Administrativos de Prestación de Servicios.



ensayos laborales 6