



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, 01 de agosto de 2022

Señores
CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
Ciudad

La suscrita:

RINCON ANDRADE DIANA MARCELA, con C.C. No. 1.075.256.912

Autor del artículo de grado titulado LA TERCERIZACION LABORAL COMO SOLUCION AL LÍMITE DE LA PLANTA DE PERSONAL EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Estudio del caso del Fondo Nacional del Ahorro y del Hospital Universitario de la ciudad de Neiva., presentado y aprobado en el año dos mil veintidós (2022) como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo.

Autorizo al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales "open access" y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:

Vigilada Mineducación



TÍTULO: LA TERCERIZACION LABORAL COMO SOLUCION AL LÍMITE DE LA PLANTA DE PERSONAL EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Estudio del caso del Fondo Nacional del Ahorro y del Hospital Universitario de la ciudad de Neiva.

AUTOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
RINCON ANDRADE	DIANA MARCELA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
N/A	

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
LOPEZ DAZA	GERMAN ALFONSO

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD: CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

PROGRAMA O POSGRADO: ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

CIUDAD: NEIVA

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2022 **NÚMERO DE PÁGINAS:** 61

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas ___ Fotografías ___ Grabaciones en discos ___ Ilustraciones en general ___ Grabados ___
Láminas ___ Litografías ___ Mapas ___ Música impresa ___ Planos ___ Retratos ___ Sin ilustraciones ___ Tablas
o Cuadros X

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: N/A

MATERIAL ANEXO: Anexo 1. Encuestas FNA --- Anexo 2. Encuestas HUHP



PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria): N/A

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
Intermediación	Intermediation
tercerización	outsourcing
planta de personal	staff plant
vinculación laboral	employment relationship

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

El presente trabajo pretende realizar un estudio de las figuras de intermediación y tercerización laboral implementadas en el sector público, como solución a la ausencia de personal de planta para el cumplimiento de sus fines misionales, y que en ocasiones desencadena en un verdadero vínculo laboral con la administración, cuestionándose la legalidad de esta recurrente práctica. Lo anterior por cuanto las formas de vinculación laboral al sector público se encuentran previamente definidas en el artículo 123 constitucional, y desarrolladas en normatividad especial de acuerdo con la entidad estatal. No obstante, existen excepciones a dicha vinculación, como lo son la suscripción de contratos de prestación de servicios por requerirse personal especializado para ejecutar determinadas actividades ajenas a la naturaleza y objeto de la entidad, como ejemplo de tercerización laboral, vinculación que se caracteriza por la total independencia sin subordinación con la entidad estatal.

La intermediación laboral opera cuando el Estado suscribe contratos con empresas de servicios temporales para el suministro de personal por motivos de incrementos en la producción, ventas o transporte, sector agrícola y cualquier tipo de servicio, caso en el cual quien asume todas las responsabilidades salariales, prestaciones y de seguridad social frente al trabajador en misión, es la empresa de servicios temporales, desligando de cualquier obligación a la entidad estatal. Las excepciones se han convertido en la regla general en el momento en que las entidades estatales vinculan personal para cumplir sus fines constitucionales y legales, superando en cantidad al personal de planta y superando en tiempo los límites permitidos legalmente, situación que podría conforme la jurisprudencia de las altas cortes, generar la configuración de verdaderos vínculos laborales. Frente a este evento, se estudiará el caso específico del Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva y el Hospital Universitario de Neiva.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO

AP-BIB-FO-07

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

3 de 3

The following work pretends to realize a study of the intermediation figures and the laboral outsourcing implemented in the public sector as solution to the absence of plant personnel for the compliance of their missionary purposes and sometimes triggering a real employment relationship with the administration questioning the legality of this recurrent practice. The above as for the rest the forms of the employment relationship to the public sector are previously defined in the constitutional article 123 and developed in special normativity in accordance with the state entity. However there are exceptions to the said link as it is the subscription of contracts of provision of services for the request of specialized staff for the execution of certain activities that are foreign nature and object of the entity as an example of outsourcing, link up that is characterized for the total independence without subordination with the state entity.

The job intermediation operates when the state subscribe contracts with business of temporal services for the staff supply for reasons of increased production, sales or transport, agricultural sector and any kind of service and in that case the one that assumes the salary responsibilities, benefits and social security of the worker in mission is the company of temporary services, disassociating the estate entity from any obligation. The exceptions have become the general rule in the moment that the estate entities link up staff to meet constitutional and legal purposes, outnumbering the plant personnel and surpassing in time the legal limits allowed. Situation that might generate the configuration of real labour links according to the jurisprudence of high courts. In front of this events, it's going to be studied the specific case of the Fondo Nacional del Ahorro and the University Hospital, both cases in Neiva.

APROBACION DE LA TESIS: No Aplica

Nombre Presidente Jurado:

Firma:

Nombre Jurado:

Firma:

Nombre Jurado:

Firma:

LA TERCERIZACION LABORAL COMO SOLUCION AL LÍMITE DE LA PLANTA DE PERSONAL EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

**Estudio del caso del Fondo Nacional del Ahorro y del Hospital Universitario
de la ciudad de Neiva**

*LABOR OUTSOURCING AS A SOLUTION TO THE LIMIT OF THE PERSONNEL
PLANT IN PUBLIC ENTITIES. Case Estudy of the “Fondo Nacional del Ahorro”
and University Hospital in the city of Neiva.*

Diana Marcela Rincón Andrade

Abogada Especialista, Magister (C) en Derecho Público
Colombia

abog.diana.rincon@hotmail.com

Resumen

El presente trabajo pretende realizar un estudio de las figuras de intermediación y tercerización laboral implementadas en el sector público, como solución a la ausencia de personal de planta para el cumplimiento de sus fines misionales, y que en ocasiones desencadena en un verdadero vínculo laboral con la administración, cuestionándose la legalidad de esta recurrente práctica. Lo anterior por cuanto las formas de vinculación laboral al sector público se encuentran previamente definidas en el artículo 123 constitucional, y desarrolladas en normatividad especial de acuerdo con la entidad estatal. No obstante, existen excepciones a dicha vinculación, como lo son la suscripción de contratos de prestación de servicios por requerirse personal especializado para ejecutar determinadas actividades ajenas a la naturaleza y objeto de la entidad, como ejemplo de tercerización laboral, vinculación que se caracteriza por la total independencia sin subordinación con la entidad estatal.

La intermediación laboral opera cuando el Estado suscribe contratos con empresas de servicios temporales para el suministro de personal por motivos de incrementos en la producción, ventas o transporte, sector agrícola y cualquier tipo de servicio, caso en el cual quien asume todas las responsabilidades salariales, prestaciones y de seguridad social frente al trabajador en misión, es la empresa de servicios temporales, desligando de cualquier obligación a la entidad estatal. Las excepciones se han convertido en la regla general en el momento en que las entidades estatales vinculan personal para cumplir sus fines constitucionales y legales, superando en cantidad al personal de planta y superando en tiempo los límites permitidos legalmente, situación que podría conforme la jurisprudencia de las altas cortes, generar la configuración de verdaderos vínculos laborales. Frente a este evento, se estudiará el caso específico del Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva y el Hospital Universitario de Neiva.

Abstract

The following work pretends to realize a study of the intermediation figures and the laboral outsourcing implemented in the public sector as solution to the absence of plant personnel for the compliance of their missionary purposes and sometimes triggering a real employment relationship with the administration questioning the legality of this recurrent practice. The above as for the rest the forms of the employment relationship to the public sector are previously defined in the constitutional article 123 and developed in special normativity in accordance with the state entity. However there are exceptions to the said link as it is the subscription of contracts of provision of services for the request of specialized staff for the execution of certain activities that are foreign nature and object of the entity as an example of outsourcing, link up that is characterized for the total independence without subordination with the state entity. The job intermediation operates when the state subscribe contracts with business of temporal services for the staff supply for reasons of increased production, sales or transport, agricultural sector and any kind

of service and in that case the one that assumes the salary responsibilities, benefits and social security of the worker in mission is the company of temporary services, disassociating the estate entity from any obligation. The exceptions have become the general rule in the moment that the estate entities link up staff to meet constitutional and legal purposes, outnumbering the plant personnel and surpassing in time the legal limits allowed. Situation that might generate the configuration of real labour links according to the jurisprudence of high courts. In front of this events, it's going to be studied the specific case of the Fondo Nacional del Ahorro and the University Hospital, both cases in Neiva.

Palabras claves:

Intermediación, tercerización, planta de personal, vinculación laboral

Key words:

Intermediation, outsourcing, staff plant, employment relationship

INTRODUCCION

El presente artículo pretende analizar, identificar y determinar la configuración del principio de realidad sobre las formas establecido en el artículo 53 constitucional, materializado en la vinculación que desde antaño se ha llevado a cabo en el sector público, a través de contratos de prestación de servicios y mediante empresas de servicios temporales, con el fin de suplir la necesidad de personal cuando la planta de personal de sus entidades resulta insuficiente.

Lo anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 122 constitucional, según el cual no existe empleo público sin funciones debidamente asignadas, por lo que cada entidad estatal cuenta con la obligación legal y constitucional de vincular su personal mediante las formas de vinculación dispuestas normativamente, no obstante, y ante un aparente déficit de personal idóneo, o tal vez presupuestal, la administración ha optado por el uso indiscriminado (en su mayoría) de contratos de prestación de servicios y, (excepcionalmente) de empresas de servicios temporales, para suplir vacantes que deberían ser ocupadas por una de las dos formas de vinculación laboral al servicio público: la legal y reglamentaria, para empleados públicos y la contractual, para los trabajadores oficiales.

Todo ello por cuanto si bien en Colombia es legal la tercerización laboral, entendida como una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, en donde una requiere del suministro de bienes y /o servicios, por lo que contrata a un tercero especializado para que satisfaga su necesidad, el cual ejecuta su actividad con autonomía e independencia, caso contratistas; así como la intermediación laboral que consiste en el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades, caso empresas de servicios temporales (Alamanza, 2019, p.4), no siempre dichas figuras son utilizadas conforme los presupuestos normativos que las regulan, por el contrario, como se demostrará a lo largo del presente trabajo, existen diversos

casos en los que las entidades estatales en sus diferentes tipologías, al hacer uso de una de estas dos opciones, lejos de promover la formalización laboral, trasgreden derechos mínimos irrenunciables que resultan ser en ocasiones más costosos, que vincular de manera directa y formal a través de las formas dispuestas legalmente, a su personal. La conveniencia del tema escogido radica en la necesidad de determinar si el uso que de las anteriores figuras (contratos de prestación de servicios y empresas de servicios temporales) se realiza en el sector público, es legal, o, por el contrario, si la falta de límites en su implementación vulnera normas que además de contar con rango constitucional, se encuentran elevadas en convenios y tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, y relacionados con derechos laborales y de la seguridad social en el sector público.

Se pretende que, a partir del análisis y estudio de la Constitución Política, normas sobre vinculación al sector público, jurisprudencia de las altas cortes o de los procesos tramitados en la ciudad de Neiva, y estudio de casos en la jurisdicción ordinaria laboral y contencioso administrativa; se logre demostrar la necesidad socio jurídica de replantear la implementación de estas figuras, lo cual, además, constituye una deuda histórica con el objetivo universal de dignificar el trabajo. Lo anterior, por cuanto el uso desmedido que de estas se realiza en el sector público, pone en riesgo el fin principal del trabajo: la estabilidad laboral, en donde para el caso en concreto, el empleador resulta ser el mismo Estado, quien tiene el deber constitucional de salvaguardar y garantizar derechos fundamentales.

Frente a la viabilidad de lo que aquí se pretende, resultan favorables los múltiples desarrollos jurisprudenciales emitidos por las altas cortes y los Tribunales Locales y relacionados con casos en donde los contratos de prestación de servicios y la vinculación al sector público mediante el suministro de trabajadores en misión, han desencadenado en verdaderas relaciones laborales. Si bien no en todos los casos se logra equiparar el cargo desempeñado por el contratista o trabajador en misión con uno que se encuentre dentro de la planta de personal de la entidad, sí se ha

demostrado la existencia del contrato realidad, atendiendo a que la labor desempeñada a favor de la entidad estatal se desarrolló bajo los presupuestos de los elementos de una verdadera relación laboral que hacen al contratista o trabajador en misión, acreedor de derechos prestacionales y de la seguridad social, y que consecuentemente, demuestran el uso ilegal que de dichas figuras realiza la administración al vincular personal mediante tercerización e intermediación laboral, pero que en la realidad constituye un verdadero contrato laboral o en su defecto, se cumplía con todas las calidades de empleado público o, trabajador oficial.

Es de aclarar que, la legalidad que se predica de las vinculaciones objeto de estudio, resulta ser una presunción de tipo legal por lo que admite prueba en contrario y dicha prueba se encuentra a cargo de quien cuestiona la legalidad, esto es de los contratistas o trabajadores en misión que son vinculados a entidades estatales para desempeñar cargos que por su especialidad o temporalidad, no son vinculados directamente con la administración y por ende, esta no se obliga laboralmente frente a ellos; situación que genera que, en caso de excederse los límites de la “independencia del contratista” o “la temporalidad del trabajador en misión”, estos se vean obligados a acudir a la jurisdicción sea laboral o contencioso administrativa, con el fin de obtener el reconocimiento de derechos prestacionales y de la seguridad social que fueron menoscabados por parte de la administración.

Finalmente, y con el ánimo de dar una posible solución a la problemática planteada, se analizarán las razones que conllevan a las entidades estatales a acudir a la tercerización e intermediación laboral para suplir sus necesidades de planta de personal, cuando desde su misma base normativa se establece cómo deben ser seleccionados sus empleados y trabajadores, situación que en ocasiones le genera mayores costos, al verse inmersos en procesos judiciales donde contratistas y trabajadores en misión reclaman derechos laborales. Ello por cuanto al vincular a sus empleados conforme el régimen de carrera aplicable podría ser menos gravoso fiscalmente, que enfrentar cuantiosas condenas.

. Es por lo anterior, que previo a exponer las principales teorías y avances investigativos sobre la materia, es necesario hacer claridad que, el presente trabajo investigativo abordará dos líneas de la configuración del contrato realidad en el sector público, por un lado, de los contratistas por prestación de servicios vinculados tanto con entidades territoriales como de orden nacional, que terminan siendo subordinados frente a la administración, y cuya pretensión en sede judicial es netamente indemnizatoria, y por otro lado, los trabajadores en misión que son vinculados especialmente a Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como es el caso del Fondo Nacional del Ahorro, y en donde sus pretensiones van encaminadas al reconocimiento de equivalencias con cargos existentes en la planta de personal de la entidad, situación que genera reliquidación de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social e incluso, sanción moratoria por no consignación de las cesantías, abordando someramente el contrato sindical.

1. Plantas de personal en las entidades públicas y la necesidad de contratación adicional

El empleo publico es un concepto jurídico que atañe a las relaciones laborales establecidas entre dos partes, el Estado, como patrono y los agentes públicos, en tanto empleados o trabajadores de la administración pública (Romero, 1998), pudiendo dar a entender que sería el principal empleador del propio país sin embargo, la realidad es que el más reciente informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Ocde), llamado Government at a Glance 2021, reveló que en Colombia, de acuerdo con la información suministrada por el Sistema de Información y Gestión del Empleo Publico (SIGEP) y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), el porcentaje de servidores públicos respecto al total de empleados que tiene el país es de 6.20% (Portafolio, 2022). En reciente estudio sobre las formas de vinculación al sector público en Colombia, se advirtió que si bien el marco jurídico laboral en el país establece unos elementos

claros en cuanto a las características que deben cumplir los diferentes tipos de vinculaciones, desafortunadamente algunos son “disfrazados” para evitar incurrir en costos de servicios administrativos y evadir acreencias laborales. (González, 2020, p.46) y es que conforme el artículo 1° de la Constitución Política, el Estado colombiano se encuentra organizado en forma de republica unitaria, es decir, cuenta con un único ordenamiento jurídico cuya validez opera en todo el territorio colombiano (CIEFP, 2018, p.12).

Es así como la base constitucional de las entidades que conforman la estructura del Estado colombiano ha sido desarrollada a través de diferentes leyes y decretos reglamentarios mediante los cuales se establecen criterios fundamentales como las formas de vinculación, plantas de personal, escalas salariales, funciones y todo lo concerniente al funcionamiento de cada entidad estatal. Para el caso objeto de estudio, resulta fundamental el D.1083/2015, Art 2.1.1.1, *por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de la Función Pública*, y cuyo objeto y ámbito de aplicación opera en todos los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de los organismos y entidades del orden nacional y territorial. (Cuesta, 2016, p.13).

De acuerdo con el Concepto 246891 de 2020 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, las plantas de personal de las entidades públicas, son el conjunto de los empleos permanentes requeridos para el cumplimiento de los objetivos y funciones asignadas a una organización, identificados y ordenados jerárquicamente y que corresponden al sistema de nomenclatura. Pueden ser estructurales o globales, y los criterios para definir las dependen exclusivamente de cada entidad, pues es en virtud de su naturaleza jurídica y consultando su presupuesto, que surge la necesidad de establecer personal y así mismo, del régimen que les será aplicable, sea una vinculación legal o reglamentaria, o a través de contrato de trabajo.

Entonces, se tiene que, cuando las plantas de personal con que cuentan las entidades públicas para llevar a cabo sus fines legales y constitucional superan su capacidad o no disponen de los conocimientos técnicos y/o especializados para desempeñar determinada labor, se acude a la tercerización o intermediación laboral según sea la necesidad a fin de poder desarrollar los fines esenciales del Estado.

2. La tercerización e intermediación en el sector público y su procedencia.

En Colombia es totalmente legal la contratación de personal en el sector público a través de contratos de prestación de servicios y de empresas de servicios temporales. A la primera modalidad se le conoce como tercerización laboral entendida como una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, en donde una requiere del suministro de bienes y /o servicios, por lo que contrata a un tercero especializado para que satisfaga su necesidad, el cual ejecuta su actividad con autonomía e independencia y a la segunda como intermediación laboral que consiste en el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades, caso empresas de servicios temporales (Alamanza, 2019, p.4) ello, por cuanto no deben confundirse ambos conceptos. De las anteriores figuras hace uso la administración, cuando sus plantas de personal superan la capacidad para cubrir la cantidad de trabajo, o cuando en virtud de la especialidad de la labor a ejecutar, se requieren conocimientos específicos.

Quiere decir lo anterior, que tanto la tercerización como la intermediación proceden y son legales siempre que se ejecuten conforme lo establecen las disposiciones que regulan la materia. Sin embargo, cuando la administración abusa de dichas figuras, se materializa el contrato realidad, es decir, aquel contrato que, aunque no se definió, ni formalizó, la ley considera que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador. (Bohórquez, 2016, p. 37). Del mismo modo, indica este autor que, no importa cómo se ha denominado el vínculo con la

administración, pero si la realidad indica que es un contrato de trabajo, así será considerado por la ley.

3. ¿Cuándo se torna ilegal la vinculación en el sector público a través de la tercerización e intermediación laboral?

Siguiendo la línea argumentativa, se llega a un nuevo paradigma respecto a la relación laboral entre el personal vinculado de manera “indirecta” por el Estado y la existencia o no de un contrato realidad amparado con las prerrogativas propias de la vinculación directa dado que no es sinónimo hablar de relación laboral o de trabajo respecto a la existencia de un contrato de trabajo, y para ello se indicará que la relación es el género, enmarcado en las relaciones propias de la producción en donde las personas naturales (trabajadores) efectúan prestaciones en favor de otras personas que pueden ser naturales o jurídicas, prestación que puede ser subordinada o no, pero que en todo caso implica una labor ejercida para un tercero (Vallecilla, 2018, p. 6) y por otro lado, el contrato de trabajo como la especie dentro del margen de relaciones laborales existentes.

Dicho lo anterior, ¿Cuándo se configura una relación laboral con la administración y cuando se vuelve un contrato de trabajo real? la contratación a través de las diversas modalidades contractuales la ejerce el Estado mediante la autonomía estatal en virtud de la cual le corresponde hacer efectiva la gestión pública, para vincular particulares en orden de lograr los fines estatales, es decir, es totalmente ajustado a derecho (Villa, 2014, p.12). No obstante, para el caso en concreto, se desfigura la legalidad de la vinculación de los contratistas cuando se pierde la independencia que le caracteriza, siendo subordinado por la entidad. Entiéndase cuando se le exige cumplimiento de horario, entrega de informes y se le suministran los materiales para ejecutar la labor contratada (Parra, 2017, p.41) y respecto de los trabajadores en misión suministrados por la empresa de servicios temporales, de acuerdo con (Ríos, 2017, p.20) se da cuando se supera la restricción temporal del

vínculo, pues al cumplirse el término legal de 6 meses y la prórroga por el mismo termino, resulta inadmisibile que el contrato de trabajo del trabajador en misión se prorrogue que o se celebre con otro trabajador en misión de la misma empresa de servicio temporal o con uno de otra empresa de servicios temporales, para la prestación del servicio, atendiendo a que de continuarse con esta modalidad, no se estaría frente a lo dispuesto por la norma, por el contrario, se estaría disfrazando una verdadera relación laboral con el único fin de desligar a la administración de sus obligaciones como directo empleador.

Podría afirmarse que las anteriores posturas investigativas, tienen fundamento no solo en las fuentes legales y constitucionales que rigen la materia, sino también en los distintos desarrollos jurisprudenciales que hasta la fecha se han emitido al respecto. Pues bien, frente a la configuración del contrato realidad entre entidades estatales y contratistas por prestación de servicios, que como se dijo en líneas que preceden, tiene un amplio margen de desarrollo jurisprudencial, se tomará la última postura adoptada por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se materializó mediante sentencia de unificación dada la trascendencia jurídica del tema, y que, por ende, recopiló los elementos más importantes sobre el tema. Así, a través de la sentencia (CE, 09 Sep. 2021, r 1317-2016 S, Ibarra) se dirimió la controversia presentada entre una contratista de la Personería de Medellín y del Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM) de Medellín, estas últimas como entidades demandadas, en la que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se pretendía el reconocimiento de contrato realidad y consecuente pago de las prestaciones sociales adeudadas conforme el valor de los honorarios percibidos por la contratista desde el 2005 hasta el 2012, y la devolución de aportes realizados al sistema de seguridad social en salud y pensión, sobre esta última pretensión se estableció regla.

El órgano de cierre precisó para el caso de contratistas por prestación de servicios que, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo,

lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, sin embargo, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado. Seguidamente resaltó los elementos que configuran una verdadera subordinación del contratista como lo son: el lugar de trabajo, el horario de labores, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar y, que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral; para finalmente determinar tres reglas que deben operar en similares situaciones.

La primera relacionada con que el concepto de *“término estrictamente indispensable”*, al que alude el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el consignado en los estudios previos y en el objeto del contrato, pues de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio y a favor de la administración, de forma esencialmente temporal y sin tener ánimo de permanencia. La segunda regla establece un periodo entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, de 30 días hábiles como término de la no solución de continuidad; y la tercera y última regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal, pero esto solo frente a salud, nada se estableció frente al sistema pensional.

Vale la pena aclarar que, aunque se accedió a las pretensiones de la demandante conforme las reglas establecidas en la sentencia de unificación, lo realmente importante de la providencia, son las reglas establecidas por el Consejo de Estado, las cuales deberán tenerse en cuenta por parte de los juzgados y tribunales administrativos, al momento de estudiar casos similares. Igualmente, que dichas reglas fueron fijadas atendiendo a que no se trata de que la figura del contrato de

prestación de servicios y de apoyo a la gestión sea ilegal, pues depende del uso que del mismo lleve a cabo la administración.

Finalmente, y en lo que concierne al desarrollo jurisprudencial de casos en donde la configuración del contrato realidad por el mal uso que de la figura de las empresas de servicios temporales y el suministro de trabajadores en misión a entidades estatales se lleva a cabo por parte de la administración, resulta pertinente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva Sala Civil, Familia y Laboral, el 20 de agosto de 2021 bajo radicado 41001310500320180047601, mediante la cual se desató el recurso de alzada interpuesto por el Fondo Nacional del Ahorro – Carlos Lleras Restrepo, con ocasión de la condena impartida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, dentro de la demanda incoada por un trabajador en misión que estuvo vinculado a la entidad en tal calidad, desde el 8 de octubre de 2012 al 29 de mayo de 2015. En este caso, y a diferencia de las pretensiones que eleva un contratista por prestación de servicios ante la jurisdicción contenciosa administrativa las cuales son netamente indemnizatorias, al trabajador en misión sí hay lugar a reconocerle prestaciones sociales y la correspondiente sanción moratoria por no consignación a tiempo de las cesantías.

Luego de analizadas las pruebas incorporadas dentro del expediente, determinó el Tribunal que, para la época de la suscripción de los diversos contratos celebrados entre el Fondo Nacional del Ahorro y las empresas de servicios temporales, la Entidad demandada se encontraba en ejecución de una política de promoción, impulsando la inversión en el sector inmobiliario y educativo, situación que le llevó a un crecimiento de las operaciones y el requerimiento de recursos humanos; por lo que se vio obligado a ejecutar la contratación por intermedio de las empresas temporales, suscribiendo siete contratos estatales con las temporales para el suministro de personal, en este caso del demandante, a quien se le vinculó a la empresa de servicios temporales mediante contrato de obra o labor, y fue enviado

a la empresa usuaria Fondo Nacional del Ahorro como trabajador en Misión, durante 2 años 7 meses y 20 días. Lo anterior evidenció la ilegalidad en la que incurrió la demandada al desconocer los plazos máximos permitidos por la normatividad al vincular personal en misión a través de las empresas temporales, por lo que las empresas de servicios temporales se convierten en **un verdadero intermediario**, situación que desencadena en que la empresa usuaria, es decir, la Empresa Industrial y Comercial del Estado, Fondo Nacional del Ahorro – Carlos Lleras Restrepo, deba tenerse como verdadero empleador.

Por último, y para efectos de un adecuado desarrollo de lo que se pretende en el presente trabajo, debe precisarse que, en este último caso, cuando se busca la declaratoria de una verdadera relación laboral con la empresa usuaria, es fundamental conocer la estructura de la planta de personal de la entidad estatal, los cargos, salarios y funciones, a efectos de lograr demostrar la equivalencia entre las funciones asignadas al trabajador en misión, con las existentes en la entidad.

4. Estudio del caso del Fondo Nacional del Ahorro en la sede Neiva

Mediante Decreto 3118 de 1968 fue creado el Fondo Nacional del Ahorro, entidad que inicialmente fue concebida como un establecimiento público, situación que limitaba su campo de acción al sector público laboral. No obstante, a través de la Ley 432 de 1998, la entidad fue reorganizada y se transformó en una Empresa Industrial y Comercial del Estado de orden nacional, con carácter financiero.

El objeto social de la entidad en sus inicios, se circunscribía a administrar, reconocer total o parcialmente y pagar las cesantías de los servidores públicos, y en cuanto a vivienda, los préstamos eran otorgados únicamente para su compra. Sin embargo, con el cambio de naturaleza jurídica, su operación se amplió al mercado laboral del sector privado y al crédito educativo de sus afiliados.

Con ocasión del cambio de naturaleza jurídica de la entidad, cambió también la forma de vinculación de sus servidores públicos, pues al ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado se debe dar estricta aplicación a lo preceptuado en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 según el cual, por regla general, las personas que prestan sus servicios en dichas entidades, son trabajadores oficiales, y solo de manera excepcional podrá establecerse en sus estatutos, quienes ejercerán cargos de dirección, confianza y manejo, otorgándoles la calidad de empleados públicos.

Lo conformación de la planta de personal del Fondo Nacional del Ahorro, antes de su reorganización jurídica, se encontraba regulada en el Acuerdo 944 de 1998, pero debido al cambio de naturaleza, y dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 432 de 1998, su Junta Directiva materializó, a través de la Resolución 070 de 2000, la adopción de la planta de personal global de trabajadores oficiales en el Fondo Nacional de Ahorro, la cual continúa vigente. Lo anterior constituye el marco legal y el deber ser en relación con la forma de vinculación a la entidad.

La planta de personal del Fondo Nacional del Ahorro cuya última modificación es del 22 de septiembre de 2020, contempla 161 cargos a nivel nacional distribuidos en conductores, jefes de área, profesionales, técnicos administrativos, y auxiliares administrativos, respecto de los cuales no se conoce con exactitud el número de vacantes debido a que el manual no especifica tal dato en todos, siendo su última modificación la efectuada mediante Acuerdo No. 2369 del 29 de enero de 2021 a través del cual se amplió el número de cargos denominado auxiliar conductor grado 1, pero con el fin de no incrementar el número de trabajadores oficiales de la entidad, se redujo el cargo de auxiliar administrativo grado 1. Es decir, pese a la necesidad del servicio, prima la reducción en gastos de funcionamiento por vinculaciones directas.

Contrario a lo esperado en una entidad cuya operación funciona a nivel nacional, de los datos expuestos se evidencia que la cantidad de cargos existentes en su planta de personal no guarda relación con la cobertura del servicio asignado, pues a nivel nacional el Fondo Nacional del Ahorro, de acuerdo con la información sobre los

puntos de atención al público la cual se encuentra publicada en su página web, opera en 53 puntos distribuidos en capitales y municipios, es decir, casi el doble de departamentos de nuestro país.

Es así como el déficit de personal de planta al interior de la entidad ha conllevado a la vinculación de personal para el cumplimiento de sus fines legales y constitucionales a través de formas excepcionales, tal como lo es la vinculación de personal misional mediante empresas de servicios temporales, cuya definición y regulación se encuentra en el Decreto 4369 de 2006.

Las empresas de servicios temporales conocidas por sus siglas EST, tienen como fin, según el artículo 2 ibídem, suministrar personal a empresas tanto del sector público como privado, que se denominan “usuarias” para colaborarles de manera temporal en el desarrollo de sus actividades, a través de personas naturales que son trabajadores de la empresa temporal, pero que no tienen vínculo directo con la usuaria.

Las causales de vinculación de personal a través de dicha figura se encuentran establecidas en el artículo 6 del Decreto ibídem, y obedecen a labores ocasionales, reemplazo de personal que se encuentre en vacaciones, licencias o incapacidades, o por aumento en la producción del usuario; igualmente menciona la norma que el uso de esta modalidad no puede exceder el límite temporal de 6 meses prorrogable por 6 meses más, y que si al finalizar dicho lapso las causas de vinculación persisten, no puede, bajo ninguna circunstancia, continuarse la vinculación con la misma empresa de servicios temporales ni con otra, pues de suceder se desfigura totalmente la temporalidad del servicio, y el trabajador en misión será realmente un trabajador directo de la empresa usuaria.

Lo anterior es la materialización del concepto de intermediación laboral, y se convirtió en la regla general de vinculación de personal dentro del Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva, que para el efecto, se exponen apartados de la contestación de la demanda dentro de tres procesos ordinarios laborales de primera instancia,

conocidos por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva y Juzgado Tercero Laboral del Circuito Neiva, y en Segunda Instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva Sala Civil Familia y Laboral, en los que se perseguía la declaratoria de contrato realidad entre los demandantes y el Fondo Nacional del Ahorro, por haber ejercido durante el termino de vinculación, el cual por supuesto excedió el límite temporal establecido en el parágrafo único del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, cargos que eran totalmente equiparables a los contenidos dentro de su planta de personal, pero que en lugar de haber sido vinculados como trabajadores oficiales, fueron contratados como trabajadores en misión a través de empresas de servicios temporales; aclarando que al existir identidad en el contenido de la contestación allegada en los tres procesos por parte del Fondo Nacional del Ahorro, se cita la del proceso más reciente, tramitado bajo radicado 41001310500320180047601, cuya sentencia en primera instancia fue proferida el 16 de septiembre de 2019 y en segunda instancia el 20 de agosto de 2021.

Lo importante y trascendental del contenido de la contestación a la demanda, es que la entidad acepta que acude a la vinculación de trabajadores en misión debido a la limitación de su planta de personal, así:

La empresa debe cumplir sus planes de crecimiento, de incremento del servicio con suficiencia personal, que para el efecto la Ley ha previsto para todos los empleados la posibilidad de contar al lado de su planta de personal permanente con una planta temporal que se amolde a necesidades estacionales, puntuales; de acuerdo a lo determinado en la Ley 50 de 1990.

El Fondo Nacional del Ahorro, con el fin de desarrollar actividades que no se constituyen en misionales, y dado que la planta de personal global de la entidad contenida en resolución 070 del 08 de marzo de 2000 limita en gran medida la contratación de trabajadores oficiales, por lo que El Fondo Nacional del Ahorro, a (sic) acudido a figuras previstas en la ley, para satisfacerlas.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la Ley 50 de 1990, ha establecido que la naturaleza de los contratos celebrados con empresas de servicios temporales tienen como objeto el que esta contrate la prestación de servicios de terceros para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades propias o de terceras usuarias, fungiendo siempre como verdaderas empleadoras de quienes realizaban la prestación del servicio, en caso de que esto se llegare a desconocer, de desdibujaría esta modalidad contractual, mas aun, cuando la empresa usuaria cumple con las obligaciones comerciales derivadas de los contratos suscritos con la empresa de servicios temporales. (p.20)

Del extracto de la contestación a la demanda allegada dentro de los procesos que hasta la fecha cuentan con sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva Sala Civil Familia y Laboral, y respecto de las cuales la entidad ya pagó la totalidad de la condena, se evidencia que por parte del Fondo Nacional del Ahorro se reconoce la necesidad de acudir a figuras como la intermediación laboral con el único fin de suplir el déficit dentro de su planta de personal.

Como apoyo de lo expuesto, y con el ánimo de conocer el estado actual de la forma de vinculación del personal del Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva, se llevó a cabo una encuesta en la que se le indagó a diez de doce trabajadores de la entidad acerca del tipo y tiempo de vinculación, cargo ejercido, cumplimiento de órdenes, horario y metas; así como la existencia del cargo y funciones dentro de la planta de personal, con los siguientes resultados:

Tabla 1

Resultados obtenidos encuesta Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva

Tipo de vinculación	Tiempo de vinculación	Cumple ordenes,	Órdenes a favor de la entidad	Cargo existe en la planta de personal	Funciones existen en la
---------------------	-----------------------	-----------------	-------------------------------	---------------------------------------	-------------------------

		horarios, y metas			planta de personal
EST	Más de 3 años	Sí	Sí	Sí	Sí
EST	Más de 3 años	Sí	Sí	No sabe	Sí
EST	Entre 1 y 3 años	Sí	Sí	No	Sí
EST	Entre 6 meses y 1 año	Sí	Sí	Sí	Sí
EST	Menos de 6 meses	Sí	Sí	Sí	Sí
EST	Menos de 6 meses	Sí	Sí	No sabe	Sí
EST	Más de 3 años	Sí	Sí	Sí	Sí
EST	Entre 1 y 3 años	Sí	Sí	Sí	Sí
EST	Entre 6 meses y 1 año	Sí	Sí	No sabe	Sí
EST	Entre 6 meses y 1 año	Sí	Sí	Sí	Sí

Fuente: propia

Nota. EST: Empresa de servicios temporales

De los resultados obtenidos, se evidencia que las diez personas que respondieron la encuesta se encuentran vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva a través de una empresa de servicios temporales, y que cinco de ellas lleva entre uno y tres años vinculado bajo esa modalidad.

Adicionalmente, y luego de una búsqueda en el portal dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura para la consulta de los procesos judiciales, denominado siglo XXI, se logró obtener el radicado de ocho procesos ordinarios laborales que

se encuentran en segunda instancia con ocasión de la condena proferida en primera instancia en contra del Fondo Nacional del Ahorro, ante la declaratoria de contrato realidad por los supuestos facticos ya expuestos. De los ocho procesos, tres ya cuentan con sentencia confirmando la condena, y a la fecha la entidad ya cumplió con lo ordenado en sede judicial. Frente a las sentencias, las mismas se encuentran publicadas en el portal de estados electrónicos de la Rama Judicial.

Tabla 2

Procesos que se encuentran en el Tribunal Superior Sala Civil Familia Laboral con y sin sentencia, contra el Fondo Nacional del Ahorro

Radicado	Fecha de Sentencia Condenatoria en Segunda Instancia
41001310500320150010101	24 de febrero de 2017
41001310500320180047601	24 de agosto de 2021
41001310500320170030501	15 de diciembre de 2021
41001310500120170029401	Sin sentencia a la fecha
41001310500220170029401	Sin sentencia a la fecha
41001310500320150010102	Sin sentencia a la fecha
41001310500320170030501	Sin sentencia a la fecha
41001310500320170048501	Sin sentencia a la fecha

Fuente: Pagina web Rama Judicial

5. Estudio del Caso del Hospital Universitario de Neiva

El 1 de agosto de 1994, mediante Decreto 730 de 1994 emanado por el Gobernador del Departamento del Huila, el Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva fue transformado en Empresa Social del Estado bajo el régimen jurídico del artículo

195 de la Ley 100 de 1993, y cuyo objeto continuaría siendo la prestación del servicio público de salud a cargo del Estado.

Conforme lo dispone el artículo 5 de la ley ibídem, por regla general las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado tienen la calidad de empleados públicos y trabajadores oficiales, y en igual sentido se establece en el artículo 17 del Decreto 1876 de 1994.

Al respecto y de acuerdo con el manual de funciones y competencias laborales de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, ajustado mediante Resolución No. 0606 del 08 de junio de 2020, la entidad cuenta con una planta global de empleados públicos distribuidos en cargos directivos asesores (13) profesionales universitarios y especializados administrativos (34), profesionales universitarios y especializados médicos y enfermeras (167), técnicos administrativos y salud (25), asistenciales administrativos y salud (218); y en relación con los cargos ocupados por trabajadores oficiales, es importante precisar que solo existen cuatro cargos clasificados como tal y denominados auxiliar de servicios generales, celador, operario y conductor, desconociendo el número total de cargos.

De lo anterior, resulta claro que la cantidad de cargos existentes al interior de la planta de personal de la ESE Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, especialmente las relacionadas con funciones de salud y administrativas nivel profesional, técnico y asistencial, no guarda relación con una entidad cuyo nivel en la atención y prestación del servicio público de salud se encuentra clasificado en el nivel 4. Sumado a ello, y de acuerdo con el indicador de gestión adoptado por la entidad a través de la Resolución 1552 de 2013, durante el mes de abril de 2022 se atendió tan solo en la modalidad de asignación de citas médicas a 7.698 usuarios, es decir, un promedio de 256.6 pacientes por día.

Contrario a la aparente solución implementada en el Fondo Nacional del Ahorro, la ESE Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva no recurre únicamente a la

vinculación de personal a través de empresas de servicios temporales, en la práctica y de acuerdo con información extraída de la consulta web en los despachos judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa de Neiva, así como de una encuesta similar a la realizada en el Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva, en la que igualmente se indagó a doce trabajadores de la entidad acerca del tipo y tiempo de vinculación, cargo ejercido, cumplimiento de órdenes, horario y metas; existencia del cargo y funciones dentro de la planta de personal; se logró determinar que la entidad acude especialmente al uso de contratos sindicales para suplir el déficit de personal ya sea administrativo o de salud, al obtener los resultados que se exponen a continuación:

Tabla 3

Resultados obtenidos encuesta ESE Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva

Tipo de vinculación	Tiempo de vinculación	Cumple ordenes, horarios, y metas	Órdenes a favor de la entidad	Cargo existe en la planta de personal	Funciones existen en la planta de personal
Contrato sindical	Entre 1 y 3 años	Sí	Sí	Sí	Algunas
Contrato sindical	Más de 3 años	Sí	Sí	Sí	Sí
Contrato sindical	Entre 1 y 3 años	Sí	Sí	Sí	Algunas
Contrato sindical	Más de 3 años	Sí	Sí	Sí	Sí
Contrato sindical	Más de 3 años	Sí	Sí	Sí	Sí

Contrato sindical	Entre 1 y 3 años	Sí	Sí	Sí	Sí
Contrato sindical	Más de 3 años	Sí	Sí	Sí	Algunas
Contrato sindical	Entre 1 y 3 años	Sí	Sí	Sí	Algunas
Contrato sindical	Más de 3 años	Sí	Sí	Sí	Algunas
Contrato sindical	Entre 1 y 3 años	Sí	Sí	Sí	Algunas
Contrato sindical	Entre 6 meses y 1 año	Sí	Sí	Sí	Sí
Contrato sindical	Entre 1 y 3 años	Sí	Sí	Sí	No

Fuente: Propia

Frente a dicha práctica resulta importante precisar la definición, objeto y fin de un contrato sindical, cuya regulación se encuentra en los artículos 482 al 484 del Código Sustantivo del Trabajo, y no por ello se enmarca en un contrato de trabajo. Realmente esta figura jurídica hace parte del outsourcing y se creó como una garantía de dignificación de derechos para los afiliados sindicales. Esta modalidad contractual opera cuando entre un sindicato, normalmente de gremio, se celebra con una o varias empresas privadas o entidades del sector público, un acuerdo de voluntades con el fin de que los afiliados al sindicato y sin ánimo de lucro, presten sus servicios personales al contratante, de manera independiente y sin lugar a subordinación. Los trabajadores afiliados deben cotizar al sistema de seguridad social de manera independiente, por lo que no hay lugar al reconocimiento de prestaciones sociales y, además, la contraprestación que reciben a cambio de sus servicios se denomina compensación.

Lo anterior es apenas la teoría, pues al igual que con lo que ocurrió dentro del Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva, en la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, la vinculación de personal a través de contrato sindical se convirtió en la regla general, y así se desprende de los resultados obtenidos en la anterior encuesta, pues de los 12 trabajadores tomados como muestra, todos prestan sus servicios personales mediante dicha modalidad contractual al servicio de la ESE, en cargos que existen dentro de su planta de personal y bajo sus órdenes.

Respecto del tiempo vinculación y si bien en este caso no operan los límites de las EST, se evidencia que 10 de los encuestados cuentan con más de un año vinculados de esa manera, ejerciendo actividades permanentes y propias de la entidad en cargos que se encuentran en su planta de personal, y respecto de los cuales bajo ninguna circunstancia puede predicarse conocimientos especializados y mucho menos autonomía en su desarrollo.

En relación con los procesos judiciales que persiguen la declaratoria de contrato realidad con la ESE, y el consecuente reconocimiento y pago a título de indemnización de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social con ocasión de la configuración del principio de primacía de la realidad sobre las formas, y respecto de los cuales algunos cursan en Juzgados Contenciosos Administrativos de Neiva, y otros en el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, de acuerdo con el factor cuantía, se precisa que a la fecha se conoce la decisión emanada del Tribunal dentro de dos procesos, y aunque se desconoce la decisión que adoptarán los juzgados de instancia, se espera que sea uniforme siempre que se cumplan los presupuestos legales para ello.

Tabla 4

Procesos judiciales con sentencia en contra de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano de Neiva, proferidos por el Tribunal Contencioso Administrativos del Huila

Radicado	Fecha de Sentencia
41001233300020160004600	08 de febrero de 2022
41001233300020170046200	18 de marzo de 2020

Fuente: Pagina web Rama Judicial

6. Posible solución al limite de la planta de personal

6.1. Creación de empleos de carácter temporal

Dispone el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 que las entidades estatales de manera excepcional y de acuerdo con las necesidades en su planta de personal, pueden crear cargos de carácter temporal, siempre que las funciones a desarrollar no formen parte de las actividades permanentes de la entidad, y se encuentren determinadas en el tiempo; y solo en caso de que las funciones a ejercer por el personal vinculado como tal, correspondan a labores del giro ordinario de la entidad, dicha situación deberá obedecer a hechos excepcionales y con ocasión de sobrecarga laboral.

La implementación de esta modalidad de vinculación con la administración pública, según sea el tipo de entidad, aunque no debe convertirse en la regla general, permite garantizar derechos mínimos fundamentales como lo son los derechos prestacionales y de la seguridad social, pues conforme el artículo 2.2.1.1.2 del Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, el régimen salarial y prestacional de quienes sea vinculados en empleos de carácter temporal, será el aplicable a quienes ocupen empleos de carácter permanente, y ello es así por cuanto pese a la temporalidad, son considerados empleados públicos, y dicha situación además de ampliar temporalmente la planta de personal de la entidad

y mitigar el déficit de personal, evita la masiva vulneración de derechos laborales.

Aunado a lo expuesto, y teniendo en cuenta que los casos analizados se circunscriben al Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva, clasificada como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, y a la ESE Hospital Universitario de Neiva, como una Empresa de Servicios Temporales, es de advertir que frente a la primera se aplican las normas generales de vinculación con la administración, es decir, legal y reglamentaria. No obstante, frente a las ESE, el decreto ibídem dedica un capítulo completo relacionado con los requisitos y especificaciones a tener en cuenta por parte de la entidad, cuando se trata de la creación e implementación en su planta de personal, de cargos con carácter temporal, y ello con el objeto de evitar convertirlos en su regla general de vinculación.

6.2. Mantener los términos máximos de vinculación con las empresas de servicios temporales

Aunque como se expuso, dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo único del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 resulte de suma dificultad por parte de las entidades, en especial del Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva, la única forma de dar una solución aunque sea de manera temporal al ineludible déficit en su planta de personal, es cumplir con los límites impuestos en la norma respecto de los lapsos de duración de la vinculación, pues aunque la entidad opte por cambiar de empresa de servicios temporales con el fin de que fluya la rotación del personal suministrado y evitar el exceso de vinculación temporal con un mismo trabajador misional, se está incurriendo en lo prohibido en el párrafo ibídem.

6.3. Respetar la independencia de los contratistas

Establece el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que los contratos de prestación de servicios pueden celebrarse con personas naturales únicamente cuando se requieran conocimientos especializados para llevar a cabo la ejecución de determinadas funciones, y siempre que las mismas no puedan ser desarrolladas por el personal de planta. Al respecto, debe precisarse que cuando se opta por esta modalidad, el contratista se encuentra facultado de total independencia respecto del contratante y así se desprende de la norma ibídem, al establecer que este tipo de contratos no generan relaciones de carácter laboral y tampoco el reconocimiento de prestaciones sociales.

El problema en relación con el uso de esta modalidad, radica en la tergiversación que de la misma llevan a cabo las entidades públicas al vincular a través de esta forma contractual personal que ejecuta las funciones legales y constitucionales propias de la razón de ser de la entidad, sin requerirse conocimiento especializados y que, de contarse con el número de cargos suficientes en su planta de personal, no se requeriría acudir a la misma.

Con el fin de llevar a cabo una adecuada implementación de esta forma de contratación, se requiere que la entidad dé cumplimiento a los supuestos legales que regulan la materia, evitando la configuración de un contrato realidad, permitiendo al contratista ejecutar el objeto contractual con independencia y autonomía, dando aplicación a lo establecido por el Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 9 de septiembre de 2021, y en la que se determinaron tres reglas a frente a este tipo de contratación, a saber,

La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en

la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal. (Consejo de Estado, Sección Segunda, 2013-01143-01 (1317-2016), p.33)

6.7. Vincular personal en calidad de supernumerario

La figura de supernumerario se encuentra regulada en el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 y establece que son cargos auxiliares que son ocupados por personal con el fin de cubrir vacancias temporales en las entidades públicas, y aunque no son considerados empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento de salario y prestaciones sociales durante el término que dure la vinculación, la cual en todo caso debe ser transitoria, mediada por una vinculación mediante resolución, situación que configura una relación laboral entre el supernumerario y la entidad estatal.

Aunque en la actualidad las entidades públicas poco acuden al uso de esta forma de vinculación, se constituye en una alternativa legal cuando debido al déficit de cargos de la planta de personal con la que cuenta la entidad, se hace necesario

acudir a otras formas de vinculación, y ello por cuanto como sucede con los empleos de carácter temporal, la entidad además de suplir su ausencia de personal, garantiza el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, debido a la calidad de servidores públicos en las que se clasifican ambas figuras.

Conclusiones

Como consecuencia de lo expuesto a lo largo de este artículo, puede concluirse que la tercerización y la intermediación laboral son las figuras a las que por excelencia acuden actualmente en su mayoría, las entidades estatales, y así se evidencia a modo de ejemplo, en los casos estudiados respecto de la capacidad de la planta de personal del Fondo Nacional del Ahorro en su clasificación de Empresa Industrial y Comercial del Estado, y de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, como Empresa Social del Estado.

Ambas entidades por ministerio de la ley cuentan con un manual de funciones y competencias laborales, en el que se establecen los perfiles, funciones, nivel, asignación salarial y número de cargos requeridos por la entidad de acuerdo con las necesidades. Igualmente, la junta directiva de cada entidad cuenta con la facultad de ajustar, modificar, suprimir y ampliar su planta de personal según sean las dinámicas que se desarrollan en su interior, y en virtud de la demanda del servicio requerido por los ciudadanos, usuarios y pacientes.

No obstante, y como se extrajo de la contestación a la demanda dentro del apartado del estudio del caso del Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva, la entidad acepta y reconoce que debido al déficit de personal con el que cuentan dentro de su planta, se hace necesario acudir a figuras como la regulada en el Decreto 4369 de 2006, esto es, las empresas de servicios temporales y aunque su uso es totalmente legal

siempre que se lleve a cabo bajo los presupuestos legales concebidos, es precisamente el exceso de temporalidad y el abuso en su implementación lo que conlleva a la configuración de la intermediación laboral y a la materialización del principio de realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 constitucional.

Igualmente, a partir de los resultados obtenidos de las encuestas realizadas a personal de las entidades estudiadas, se logró determinar que de la muestra registrada, aunque en su mayoría ejercen cargos que se encuentra dentro de la planta de personal, bajo órdenes de la entidad, cumpliendo horario y metas y excediendo para el caso de las EST el límite temporal; no se encuentran vinculados en calidad de empleados de carácter temporal y tampoco como supernumerarios, sino como trabajadores en misión y como agremiados sindicales, situación que conlleva al corroborar el planteamiento del presente artículo.

El déficit de personal en las plantas de las entidades públicas no solo les causa afectaciones patrimoniales cuando con ocasión de la materialización de las prohibiciones de la norma son demandadas judicialmente ya sea ante la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, también genera vulneración de los derechos mínimos fundamentales de quienes ante la necesidad de ingresar al mundo laboral se vinculan a través de las modalidades expuestas, cuyas consecuencias solo se evidencian al momento de requerir el auxilio de cesantías por motivo de estudio, vivienda o encontrarse cesante; o en el caso de quienes al momento de pensionarse lo hacen con un monto significativamente inferior al que hubiesen obtenido de haber sido vinculados de manera directa.

Todo lo anterior demuestra sin lugar a duda la necesidad socio jurídico de replantear la implementación de estas figuras, respecto de lo cual como se propuso desde la introducción, constituye una deuda histórica con el objetivo universal de dignificar el trabajo, por cuanto como se demostró, el uso desmedido que de las mismas se lleva a cabo en el sector público, pone en riesgo el fin principal del trabajo: la estabilidad

laboral, en donde para el caso en concreto, el empleador resulta ser el mismo Estado, quien tiene el deber constitucional de salvaguardar y garantizar derechos fundamentales.

Si bien el planteamiento anterior pueda parecer utópico dado que conlleva un arduo trabajo legislativo e inclusive judicial, se propone que mientras se lleva a cabo, se dé especial uso a la modalidad de vinculación a través de empleos de carácter temporal así como a la figura de supernumerarios, que aunque llevan intrínseco la temporalidad y transitoriedad de las funciones ejecutadas, garantizan el reconocimiento de salarios, prestaciones sociales, y aportes al sistema de seguridad social del personal que de buena fe contribuye al cumplimiento de los fines esenciales de la función pública.

Referencias

Libros impresos

Jaramillo, I. 2010. *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano*. Universidad del Rosario. Bogotá

Orjuela, L, Segura, D &Tovar, S. (2013) *Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá

Pérez, G. (2012) *Contratación laboral, intermediación y servicios*. Legis editores S.A. Bogotá

Plazas, G. (2011) *La nueva practica laboral* (13.a ed.) Editorial linotipia Bolívar. Bogotá

Alzate Villa, F. M., & Bedoya Arias, Y. (2014). Primacía de la realidad frente al contrato de prestación de servicios en el sector salud.

Soriano Parra, Y. P., & Ducuara Silva, J. L. (2017). Contrato realidad a la luz del contrato de outsourcing al interior de las instituciones públicas colombianas.

Revistas

Romero-Pérez, J. E. (1998). Empleo público. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 86, 13. Recuperado el 24 de mayo de 2022 de Portal de Revistas Académicas.

Trabajos de grado en línea

Arana, C (2020) el contrato sindical, ¿una mutación de las figuras contractuales ilegales extintas en Colombia? (Trabajo de grado, Universidad Santiago de Cali) Repositorio Universidad Santiago de Cali. <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/5598/EL%20CONTRATO%20SINDICAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gómez, J & Pérez C (2017) *El contrato sindical: configuración legal vs realidad práctica* (Trabajo de grado, Universidad Eafit) Repositorio Universidad Eafit. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12178/JaramilloGomez_Juliana_ChavesPerez_Lauralsabel_2017.pdf?sequence=2#:~:text=El%20contrato%20sindical%20es%20una,forma%20de%20contrataci%C3%B3n%20de%20la

González G, (2020) *Contrato realidad como principio del derecho al trabajo y frente al contrato de prestación de servicios en Colombia*. Bogotá. Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. <https://alejandria.poligran.edu.co/bitstream/handle/10823/2148/Contrato%20realidad%20como%20principio%20del%20Derecho%20pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Documentos del web

- Almanza J, (2019) *Intermediación y tercerización laboral: relaciones contractuales y cumplimiento de los derechos mínimos laborales irrenunciables del trabajador*. Bogotá. Universidad Católica.
https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23059/1/derecho-laboral-en-colombia_Cap06.pdf
- Barona R, (2010) *Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano*. Criterio jurídico garantista, 2-3. https://doi.org/http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/16ricardobarona.pdf
- Bohórquez, C. (2016). *El contrato de prestación de servicios de la administración pública* Editorial Universidad Católica de Colombia.
<https://publicaciones.ucatolica.edu.co/gpd-el-contrato-de-prestacion-de-servicios-de-la-administracion-publica.html>
- Mesa de entidades de la CIEFP, (2018) *Clasificación de entidades del sector público colombiano para la elaboración de Estadísticas de Finanzas Públicas*. Versión 2. Bogotá, D.C.
http://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC_CLUSTER-070104
- Portafolio, (27 de marzo de 2022). Colombia, entre los países de a Ocede con menos empleados públicos. Portafolio. Tomado de:
<https://www.portafolio.co/economia/colombia-entre-los-paises-de-la-ocde-con-menos-empleados-publicos-563375>
- Vallecilla, L. La Relación Laboral y el Contrato de Trabajo. Revista Jus Laboral 8. Universidad Católica de Colombia. Tomado de:
<https://core.ac.uk/download/pdf/213560896.pdf>
- Departamento Administrativo de la Función Pública (2020) Concepto 246891 *¿Qué se entiende por planta de personal?* Bogotá, D.C

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=137391>

Soriano Parra, Y. P., & Ducuara Silva, J. L. (2017). Contrato realidad a la luz del contrato de outsourcing al interior de las instituciones públicas colombianas. <https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/4910>

Ríos, W. A. N., & Henao, L. E. G. (2017). La solidaridad en las empresas de servicios temporales. Criterio Libre Jurídico, 14(2), 114-126. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1634>

Fondo Nacional del Ahorro (29 de enero de 2021) Acuerdo 2369 de 2021. “Por el cual se modifica la Resolución 070 de 2000, Por medio de la cual se adopta la planta de personal global de trabajadores oficiales en el Fondo Nacional de Ahorro. <https://www.fna.gov.co/sobre-el-fna/normatividad/De%20Informacin%20Acuerdos/ACUERDO%20No%202369%20DEL%2029%20DE%20ENERO%20DE%202021%20MODIFICACION%20RESOLUCI%C3%93N%20PLANTA%20DE%20TRABAJADORES%20OFICIALES.pdf>

ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva (8 de junio de 2020) Resolución 0606 de 2020. Por medio de la cual se modifica y actualiza el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva. <https://hospitalneiva.gov.co/wp-content/uploads/2020/11/MANUAL-DE-FUNCIONES-2020.pdf>

Normatividad

Constitución Política de Colombia [C.P.] (1991) Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de 1991.

Congreso de la Republica de Colombia. (28 de diciembre de 1990) Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. [Ley 50 de 1990]. DO: 39.618.
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0050_1990.htm

Congreso de la Republica de Colombia. (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993] DO: 41.094.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de la Republica de Colombia. (29 de diciembre de 1998) Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [Ley 489 de 1998] DO: 43.464.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Congreso de la Republica de Colombia (29 de enero de 1968) Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones. [Ley 432 de 1998] DO: 43.227.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0432_1998.html

Congreso de la Republica de Colombia (23 de diciembre de 1993) Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones [Ley 100 de 1993] DO: 41.148
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Congreso de la Republica de Colombia. (7 de junio de 1951) Código Sustantivo del Trabajo. [Ley 2663 de 1950] DO: 51945.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html#1

Congreso de la Republica de Colombia (23 de diciembre de 2004) Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. [Ley 909 de 2004] DO: 45.680. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0909_2004.html

Presidente de la Republica de Colombia. (4 de diciembre de 2006) Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones. [Decreto 4369 de 2006] DO: 46.472 https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_4369_2006.htm

Presidente de la Republica de Colombia (26 de diciembre de 1968) Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantía de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones. [Decreto 3118 de 1968] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3331>

Presidente de la Republica de Colombia (26 de diciembre de 1968) Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. [Decreto 3135 de 1968] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1567>

Presidente de la Republica de Colombia (3 de agosto de 1994) Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado. [Decreto 1876 de 1994] <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/decreto-1876-1994.pdf>

Presidente de la Republica de Colombia (7 de junio de 1978) Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones. [Decreto 1042 de 1978] DO: 35035 <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1732444>

Presidente de la Republica de Colombia (22 de abril de 1949) por el cual se sustituye el artículo 520 del Decreto número 2127 de 1945. [Decreto 797 de 1949] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83735>

Presidente de la Republica de Colombia (26 de mayo de 2015) Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo. [Decreto 1072 de 2015] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=72173#:~:text=Objeto.,cumplida%20ejecuci%C3%B3n%20de%20las%20leyes.>

Presidente de la Republica (26 de mayo de 2015) Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. [Decreto 1083 de 2015] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866>

Gobernador del Huila (1 de agosto de 1994) Por el cual se constituyen cuatro Empresas Sociales del Estado de carácter departamental. [Decreto 730 de 1994] <https://hospitalneiva.gov.co/wp-content/uploads/2016/12/Ordenanza-Creaci%C3%B3n-Hospital.pdf>

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda (11 de noviembre de 2021) Sentencia 2013-01143-01 (1317-2016) [M.P: Ibarra, S]

<https://www.consejodeestado.gov.co/wpcontent/uploads/2021/12/AclaraPre.pdf> Consultado el 27 de mayo de 2022.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (18 de agosto de 2021)
SL43322021 – 76705, [MP Lenis, I].
<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/relatorias/la/bdic2021/Ficha%20SL4332-2021.pdf>. Consultado el 27 de mayo de 2022.

Tribunal Superior de Neiva Sala Civil Familia Laboral (20 de agosto de 2021)
Sentencia 41001310500320180047600 [MP. Parada, G]
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/5616356/82771893/41001-31-05-003-2018-00476-01.pdf/0c447b36-120b-4f0e-89eb-e2567e50e472>
Consultado el 27 de mayo de 2022.

Tribunal Superior de Neiva Sala Civil Familia Laboral (24 de febrero de 2017)
Sentencia 41001310500320150010101 [MP. Ortega, L]

Tribunal Superior de Neiva Sala Civil Familia Laboral (15 de diciembre de 2021)
Sentencia 41001310500320170030501 [MP. Parada, G]
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/5616356/97263364/41001-31-05-003-2017-00305-01.pdf/8094c64a-6e01-47b3-97f5-284b3a5c3751>

Tribunal Contencioso Administrativo del Huila (8 de febrero de 2022) Sentencia
41001233300020160004600 [MP. Dussan, E]

Tribunal Contencioso Administrativo del Huila (18 de marzo de 2020) Sentencia
41001233300020170046200 [MP. Dussan, E]

Anexos

1. Resultado de las diez encuestas realizadas a personal que labora en el Fondo Nacional del Ahorro sede Neiva, con objeto del presente artículo. Contiene 10 folios.

2. Resultado de las 12 encuestas realizadas a personal que labora en la ESE Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, con objeto del presente artículo. Contiene 12 folios.