

Ésta le da ALCANCE a la
Circular 8 de 2013



C I R C U L A R N.º 007

PARA: Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Autoridades Nacionales, Departamentales, Distritales y Municipales del sector de la salud; Directores, Gerentes y/o funcionarios responsables de las Empresas Sociales del Estado

DE: Procurador General de la Nación

ASUNTO: Cumplimiento normas de rango constitucional; cumplimiento Leyes 715 de 2001, 734 de 2002, 909 de 2004, 1233 de 2008, 1429 de 2010, 1438 de 2011, 1450 de 2011, 1610 de 2013, 1751 de 2015, 1955 de 2019 y 1966 de 2019; acatamiento de jurisprudencia de las altas Cortes sobre trabajo decente en el sector público y límites de la tercerización laboral

FECHA: 10 de diciembre de 2020

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de la función preventiva y de control de gestión prevista en la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto Ley 262 de 2000, en consideración a lo previsto en las Leyes 715 de 2001, 734 de 2002, 909 de 2004, 1233 de 2008, 1429 de 2010, 1438 de 2011, 1450 de 2011, 1610 de 2013, 1751 de 2015, 1955 de 2019 y 1966 de 2019 y a lo definido y ordenado en las sentencias de las altas Cortes sobre Trabajo Decente en la Administración Pública, previene a todas las autoridades del orden Nacional y Territorial para que cumplan con la normatividad vigente y la jurisprudencia señalada, en atención a los siguientes antecedentes:

1.- La Procuraduría General de la Nación, ha actuado en procura de la formalización de las relaciones laborales en el sector público, expidiendo las Circulares N° 022 de 2005 y 008 de 2013 dirigidas a todas las autoridades del Estado colombiano, en las que se les hace un llamado para que acaten las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan las relaciones laborales entre la administración pública y sus trabajadores.



C I R C U L A R N.º007

2.- La Procuraduría General de la Nación, en sus múltiples intervenciones preventivas en el sector de la salud, ha evidenciado que en los últimos años se viene acentuando la precarización del vínculo laboral entre los trabajadores de los servicios de salud pública y las empresas o entidades que prestan dichos servicios por cuenta del Estado colombiano. Los contratos de prestación de servicios y otras modalidades de contratación de personal, se han incrementado en las Instituciones Públicas Prestadoras de Salud, hasta el punto de que se crean “verdaderas nóminas paralelas”, así una gran cantidad de personas trabajan durante largos períodos para estas entidades públicas, en detrimento de su derecho fundamental a un trabajo decente y a la seguridad social que él implica.

3.- La Procuraduría General de la Nación y la Organización Internacional del Trabajo - OIT, en el mes de marzo de 2020, firmaron un Memorando de Entendimiento para llevar a cabo acciones conjuntas en procura de propiciar las buenas relaciones laborales en el país. En el marco del referido documento bilateral, se acordó el Plan de Acción 2020 – 2023, que contempla abordar distintas expresiones del accionar laboral para el logro del Trabajo Decente en todos los sectores económicamente activos. Es así como se elaboró por parte de la OIT el estudio denominado “Formas de Vinculación de Personal en las Empresas Sociales del Estado”¹, que arrojó como resultado un panorama desolador frente a la precarización laboral de la mayoría de los trabajadores del sector de la salud en Colombia. El estudio concluyó que, en el sector de la salud, no solo se terceriza externalizando la operación de algunas actividades misionales, sino que también se contrata por medio de outsourcing, servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado y contratos sindicales.

4.- La Procuraduría General de la Nación solicitó información al Ministerio de Salud y Protección Social sobre la composición de las nóminas de los

¹ Documento OIT oficina Colombia, elaborado por William Vega Vargas, octubre de 2020



C I R C U L A R N.º007

trabajadores que prestan sus servicios en el sector de la salud pública, investigación que arrojó resultados que no dejan dudas sobre la falta de apego a las normas laborales y administrativas que rigen en el servicio público. De las cifras recabadas de entre 926 Empresas Sociales del Estado del país y aportadas por el Ministerio de Salud, podemos determinar que el total de trabajadores del sector de la salud pública es de **163.116** personas, de las cuales **46.715** personas están vinculadas directamente en las plantas de personal de las entidades públicas y **116.401** personas están contratadas de manera indirecta, esto es, por intermedio de contratos sindicales, cooperativas de trabajo asociado, contratos de prestación de servicios y otras formas de tercerización laboral. Los contratos tercerizados constituyen así el **71.37%** de los puestos de trabajo en el sector y los servidores que están vinculados a las plantas de personal de las entidades del sector de la salud pública solo constituyen el **28.63%**, lo que contradice a todas luces el mandato legal que determina que la regla general de la administración pública es, que todos sus trabajadores sean vinculados de manera directa y excepcionalmente, por situaciones casi fortuitas, por contratos de prestación de servicios o tercerizados.

5.- De conformidad con el artículo 103 de la Ley 1438 de 2011, el personal misional permanente de las Instituciones Públicas Prestadoras de Salud no puede estar vinculado bajo una modalidad que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes, esto es, no se puede precarizar su relación laboral. Hoy, el personal requerido por estas instituciones para el desarrollo de las actividades misionales permanentes, es vinculado en mayor número mediante la figura de contrato sindical, celebrado con organizaciones “sindicales” que actúan como empresas de servicios temporales y sin diferencia alguna con estas, es decir utilizan de manera velada, una verdadera y plena intermediación laboral, sin que se encuentren autorizados para ello.



C I R C U L A R N.º 007

6.- En el año 2009 la H. Corte Constitucional expidió la sentencia de constitucionalidad C – 614 de 2009 que declaró la exequibilidad del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, que trata sobre la prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para atender funciones de carácter permanente en las distintas entidades y empresas. En las consideraciones de dicho fallo el alto tribunal dispone:

(...) “En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.”

7.- En la sentencia C – 171 de 2012, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, la H. Corte Constitucional reafirma su jurisprudencia respecto de la protección al derecho fundamental al trabajo y en especial al vínculo laboral con el Estado, determinando el verdadero alcance y la correcta interpretación normativa en los siguientes términos:

(...) “La jurisprudencia de esta Corte ha afirmado categóricamente que la protección del derecho al trabajo y la relación laboral, la especial protección de la vinculación laboral con el Estado y los derechos de los servidores públicos, así como la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, obliga tanto a los particulares o empleadores del sector privado, como a todas las autoridades públicas o empleadores del sector público, a respetar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios sean utilizadas como formas de intermediación laboral, de deslaborización, o de tercerización como regla general, de manera que deben ser obligados a responder jurídica y socialmente por la burla de la relación laboral.”

8.- En la referida sentencia C – 171 de 2012, la H. Corte Constitucional señaló que la contratación de los empleados, trabajadores y funcionarios de las



C I R C U L A R N.º 007

Empresas Sociales del Estado debe atender los límites y posibilidades definidos en las siguientes consideraciones legales y reglamentarias:

.... “En este sentido, esta Corporación coincide con el concepto vertido por el Procurador General de la Nación en cuanto a que (i) la posibilidad ilimitada de contratar con terceros tareas que correspondan a funciones propias o permanentes de las Empresas Sociales del Estado, vulnera el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, y pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público; (ii) las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente para atender y desarrollar sus funciones de carácter permanente, que son su responsabilidad; (iii) la garantía de eficiencia no debe implicar la contratación de servicios de las funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado; y (v) por tanto, la posibilidad ilimitada de contratación de la prestación de las funciones propias de las Empresas Sociales del Estado con terceros, como lo establece la norma demandada, no puede ser la regla, pues contraría la Carta Política.”...

9.- La jurisprudencia reciente de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cueter, en sentencia de agosto 25 de 2016 expediente 2218-2016, define que una de las características principales del contrato de prestación de servicios es la no subordinación continuada del contratista, pues estos contratos no pueden referirse al ejercicio de funciones permanentes y deben ser por lo tanto una vinculación excepcional. También ha indicado que el objetivo de esta prohibición es *“evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal”*. En otro de sus apartes de la sentencia se determina que el contrato de prestación de servicios debe circunscribirse *“a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional”*.



C I R C U L A R N.º 007

El alto tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia del 25 de agosto de 2016, advirtió *“que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio no se pueden convertir en evasivas o excusas para vincular al personal de manera irregular con el fin de desempeñar funciones públicas en forma permanente; pues, tal vínculo deviene en precario e ilegal ante el franco desconocimiento de las formas sustanciales del derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la ley para el ingreso al servicio público y aún más”*. Analizado el alcance de esta sentencia, se colige que ningún funcionario público está legitimado, en circunstancia alguna, para mudar o desnaturalizar el carácter laboral de las relaciones de trabajo.

10.- La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional es reiterativa en lo referente a los elementos constitutivos de las relaciones laborales y al contrato realidad en el ámbito de la administración pública. Así es como lo expone en la más reciente de sus sentencias relacionada con una actividad específica del sector de la salud, resaltando de paso la importancia de dicho sector y su labor fundamental en el bienestar de toda la sociedad actual. En la sentencia T-388 de septiembre 3 de 2020 con ponencia de la H. Magistrada Diana Fajardo Rivera, expresó que *“es importante resaltar que la labor de un auxiliar de enfermería es fundamental para el normal funcionamiento de un hospital y la prestación de un servicio público tan importante como el de la salud y que, como esta Corte ya lo ha reconocido, es una función que no ha sido correctamente valorada por las entidades públicas en razón a que, pese a la necesidad del servicio, se insiste en relegar la vinculación a contratos de prestación de servicios con los cuales se vulneran los derechos laborales y fundamentales de dichos auxiliares de enfermería. Por ende, esta es la oportunidad para recordar la importancia de garantizar dichos derechos y reconocer que el sector de las auxiliares de enfermería ha sido precarizado, inclusive, pese a las disposiciones legales que exigen una vinculación contractual que sea coherente con la necesidad permanente del servicio.”*

Sobre el personal dedicado a la prestación del servicio público de salud, la H. Corte Constitucional continuó en su análisis realizado en la referida sentencia,



C I R C U L A R N.º007

haciendo un llamado a las autoridades públicas “(...) a reconocer la necesidad de invertirse en el trabajo digno de las auxiliares de enfermería. Precisamente, la Organización Mundial de la Salud recientemente llamó la atención a la urgencia de fortalecer al personal de salud a nivel mundial. Al respecto afirmó que “el personal de enfermería representa más de la mitad del personal de salud que hay en el mundo, y presta servicios esenciales en el conjunto del sistema sanitario. A lo largo de la historia el personal de enfermería ha estado en primera línea de la lucha contra las epidemias y pandemias que amenazan la salud a nivel mundial, igual que sucede hoy. En todos los lugares del mundo están demostrando su compasión, valentía y coraje en la respuesta a la pandemia de COVID-19: nunca antes se había puesto más claramente de relieve su valía. ‘Los profesionales de enfermería son la columna vertebral de cualquier sistema de salud’”.

11.- De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo - OIT, el Trabajo Decente puede ser sintetizado en 4 objetivos estratégicos que cumplen una función en el logro de metas más amplias como la inclusión social, la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal. Estos objetivos son: 1. Crear empleo e ingresos, 2. Garantizar los derechos de los trabajadores, 3. Extender la protección social y 4. Promover diálogo social.

12.- Tal y como lo establece la OIT, en las Empresas Sociales del Estado y en general en todo el ámbito laboral, el Trabajo Decente deber ser el pilar que soporta el peso de las exigencias del mundo globalizado y del compromiso de los países miembros de las Naciones Unidas, en aras de garantizar la prestación del servicio de salud a la población, con empresas o entidades idóneas y financieramente viables en sus sistemas de salud.

Por lo expuesto, el Procurador General de la Nación, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, especialmente las establecidas en el artículo 277 de la Constitución Política y en los numerales 7 y 36 del artículo 7



C I R C U L A R N.º 007

del Decreto Ley 262 de 2000, **insta** a las diferentes autoridades públicas, a quienes se dirige la presente Circular, a dar cumplimiento a los preceptos constitucionales, legales y reglamentarias que garantizan el derecho al trabajo en condiciones dignas y a considerar sin vacilación alguna lo ordenado en la abundante jurisprudencia proferida por las altas Cortes del país, en las que se reconoce el derecho inalienable de las personas a disfrutar de un trabajo en condiciones decentes.

Por consiguiente, se **conmina** a los funcionarios públicos responsables de la administración del sector de la salud a cumplir con la obligación legal de mantener la organización de la prestación de los servicios de salud, financieramente viables y administrativamente eficientes, sin desconocer los derechos de los trabajadores del sector a una vinculación en condiciones de estabilidad laboral. Así entonces se debe proceder con todas las gestiones legales y reglamentarias que permitan la ampliación de las plantas de personal de las ESE o cualquiera otra forma de organización prevista para la prestación de los servicios de salud pública.

Reiteramos entonces, a todos los responsables del manejo de las plantas de personal del sector de la salud, la prohibición legal de contratar servicios tercerizados para el cumplimiento de actividades misionales permanentes, so pretexto de conjurar situaciones excepcionales. Cabe recordar a los administradores públicos el contenido del artículo 48 numeral 29 de la Ley 734 de 2002, que tipifica como falta gravísima del servidor público, "*celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales*".

Mediante la actividad del Ministerio Público en temas de trabajo digno y decente se continuarán garantizando permanentemente los derechos al acceso y



C I R C U L A R N.º 007

continuidad, que permitan el libre desarrollo de la persona humana. Los esfuerzos de la Procuraduría General de la Nación seguirán encaminados a lograr que en Colombia las relaciones laborales se desarrollen dentro de los postulados de protección que exige este derecho fundamental.

COMUNÍQUESE


FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación