



Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20136000142801
Fecha: 17/09/2013 04:26:45 p.m.

Bogotá, D.C.

Señora
Email: olgalutocruz@hotmail.com

REF: EMPLEOS. Formas de vinculación en una ESE. RAD. 2013-013664-2.

Respetada señora, reciba un cordial saludo.

En atención a su oficio de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

La Corte Constitucional expidió la sentencia de constitucionalidad C - 614/09 en la cual dispuso:

"Por lo expuesto, la Sala insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto."(Subrayado nuestro)

(...)

"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. "

En sentencia de constitucionalidad C -171 de 2012, la misma Corporación señaló:

"Por lo anterior, la Corte reitera en esta nueva oportunidad, la exhortación que se le hiciera en la sentencia C-614 de 2009 a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social, y la hace extensiva especialmente al hoy creado Ministerio de Trabajo Mintrabajo ", con el fin de que estas entidades administrativas y organismos de control, especialmente el Mintrabajo entidad que tiene como finalidad principal la garantía y protección de los derechos laborales de los trabajadores colombianos, adelanten, en el marco de sus facultades constitucionales y legales, las funciones de vigilancia y control de su competencia, desarrollen las actuaciones necesarias y adopten las decisiones pertinentes, con el fin de impedir la aplicación abusiva de figuras 'constitucionalmente válidas', como el contrato de prestación de servicios, cuando mediante su utilización se desconozca el contrato laboral, los derechos de los trabajadores y se promuevan procesos de deslaboralización y tercerización, tanto en el sector público como en el privado, lo cual es abiertamente inconstitucional."

(...)

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711, Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





...."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. A este respecto, ha mencionado que corresponde tanto a los jueces, pero también a los empleadores, como a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, velar por la efectividad de las normas que protegen los derechos laborales de los trabajadores, de manera que se garantice la protección de la relación laboral y se evite la burla de los derechos derivados de la misma."

En cuanto a la vinculación laboral de los empleados, trabajadores y funcionarios de las Empresas Sociales del Estado - ESES, la Corte indicó:

...."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. "...

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Procuraduría General de la Nación expidió la Circular No. 008 de 2013, mediante la cual señaló lo siguiente:

"Por lo expuesto, el Procurador General de la Nación insta a las diferentes autoridades públicas a dar cumplimiento a las Leyes 1233 de 2008 sobre Prohibiciones a las Cooperativas de Trabajo Asociado, 1429 de 2010 sobre Formalización y Generación de Empleo y 1438 de 2011 sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud (art. 59) y a lo ordenado en las sentencias de constitucionalidad C-614 de 2009 y C-171 de 2012, proferidas por la H. Corte Constitucional.

El contenido del artículo 48 de la Ley 734 de 2001, 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".

La actividad del Ministerio Público en temas de Trabajo Digno y Decente ha sido permanente y los esfuerzos seguirán encaminados para lograr que en Colombia las relaciones laborales se desarrollen dentro de los postulados de protección que exige este Derecho Fundamental."

De conformidad con las normas y la jurisprudencia citadas, todas las entidades del Estado, incluyendo las Empresas Sociales del Estado – ESES, deberán dar cumplimiento a las Leyes 1233 de 2008, sobre Prohibiciones a las Cooperativas de Trabajo Asociado, 1429 de 2010





sobre Formalización y Generación de Empleo y 1438 de 2011 sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud (art. 59) y a lo ordenado en las sentencias de constitucionalidad C-614 de 2009 y C-171 de 2012, proferidas por la Corte Constitucional.

De otra parte, le informo que en cumplimiento de lo expresado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-171 de 2012, y mientras se tramita la Ley Estatutaria que formaliza el empleo de los trabajadores en el sector salud, el Gobierno Nacional a través de los Ministerios de Salud y Protección Social, del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública expidió la Circular Conjunta Externa 100-003-2013 mediante la cual dan instrucciones en materia de empleos temporales a las Empresas Sociales del estado del Nivel Nacional y Territorial, cuyo texto es el siguiente:

"El régimen legal vigente para las Empresas Sociales del Estado no responde a las necesidades operacionales de las mismas, que se caracteriza por la venta de servicios, razón por la cual actualmente cursa en el Congreso de la República, a iniciativa del Gobierno Nacional, un proyecto de ley mediante el cual se modifica el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones, que permitirá además de garantizar los derechos laborales de los trabajadores, ajustar las necesidades de recurso humano a la demanda de servicios a ofertar, haciéndolas competitivas y sostenible.

En consideración a lo expuesto y a la situación que actualmente presentan las Empresas Sociales del Estado, se insta a que la vinculación del recurso humano requerido en la prestación de servicios de salud en estas instituciones, en los casos en que sea viable y ajustado al presupuesto, se adelante a través de la vinculación en empleos temporales, que se creen para el efecto, en los términos y condiciones señalados en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005.

Para la creación de dichos empleos se podrá contar con la orientación del Departamento Administrativo de la Función Pública, quien brindara asistencia técnica, a través de la Dirección de Desarrollo Organizacional, con el apoyo de la Escuela Superior de Administración Pública."

Por lo tanto, la vinculación del recurso humano requerido en la prestación de servicios de salud en las Empresas Sociales del Estado, en los casos en que sea viable y ajustado al presupuesto, se deberá adelantar a través de la vinculación en empleos temporales, que se creen para el efecto, en los términos y condiciones señalados en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005.

El presente concepto se emite de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON
CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON
Directora Jurídica

Pablo Talero/GCJ-601-2013-013664-2

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 016000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co

