COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/171/12

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/171/12
Expediente	—
Fecha	—
Sala	Sala evidencia
Magistrado ponente	LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Potestad De Contratacion Otorgada A Las Empresas Sociales Del Estado Para Operar Mediante Terceros
- Empresas Sociales Del Estado Para La Prestacion De Servicio Publico De Salud
- Libertad De Configuracion Legislativa En Materia De Organizacion De Servicios De Salud
- Libertad De Configuracion Legislativa Para La Regulacion De Las Empresas Sociales Del Estado
- Servidores Publicos Vinculados A Las Empresas Sociales Del Estado
- Ejercicio De La Libertad Economica Y De La Libre Competencia En Materia De Salud

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: - DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados. Notifíquese,…

Texto completo

C-171-12 Referencia: expediente D-8402 Sentencia C-171/12 POTESTAD DE CONTRATACION OTORGADA A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA OPERAR MEDIANTE TERCEROS- Exequibilidad condicionada/ SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA- Aplicación del principio pro legislatore La norma acusada, tal y como está enunciada, se encuentra en contravía de la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente de las entidades estatales, funciones para cuyo cumplimiento se requiere la creación de los empleos o cargos públicos correspondientes. Así las cosas, la Corte concluye que, tal y como se encuentra redactada la norma, da lugar a una interpretación abiertamente inconstitucional, de manera que en principio procedería una declaratoria de inexequibilidad de la misma. No obstante lo anterior, la Corte ha validado en innumerables oportunidades la posibilidad de dictar sentencias moduladas, en las que se declare una exequibilidad condicionada, en aquellos eventos en los que sea posible conservar el precepto normativo en el ordenamiento jurídico, dando aplicación al principio pro legislatore, y siempre y cuando exista una interpretación de la norma que al incorporarla al alcance normativo del precepto o al entendimiento del enunciado normativo, subsane la posible vulneración de la Carta Política y la torne en constitucional. Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la

necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutiva de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA LA PRESTACION DE SERVICIO PUBLICO DE SALUD- Régimen y naturaleza jurídica La jurisprudencia de esta Corte ha explicado respecto del régimen y naturaleza de las Empresas Sociales del Estado que (i) la ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio publico a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; (iii) que estas Empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el Legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7; (iv) que son entes que no pueden confundirse y se diferencian claramente de los establecimientos públicos, ya que la Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las Empresas Sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos; (v) que estas Empresas como nueva categoría de entidades descentralizadas y concebidas con un objeto específico definido por la propia ley, de conformidad con los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el Legislador, se rigen por unas reglas y una normatividad especial; (vi) que la Ley señala que estas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa; y (vii) que es al Legislador a quien corresponde su creación, por la propia naturaleza de creación legal de estas entidades, y que igualmente se encuentra facultado ampliamente para determinar su estructura orgánica. Sobre la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, la jurisprudencia constitucional ha sintetizado que éstas “son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas”. Así mismo, ha explicado la naturaleza jurídica particular, la regulación especial y la competencia en cabeza del Legislador para determinar la estructura orgánica de estas entidades, en razón a que “las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica”.

ORGANIZACION DE LOS SERVICIOS DE SALUD- Amplio margen de configuración legislativa/ LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE ORGANIZACION DE SERVICIOS DE SALUD- Límites/ LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA PARA LA REGULACION DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO- Jurisprudencia constitucional En punto al tema de la amplia libertad de configuración del Legislador en la materia, cabe destacar que la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre el margen de configuración que le compete al Legislador para determinar la organización de los servicios de salud, y para crear, modificar u organizar nuevas formas de entidades descentralizadas, como lo son las empresas sociales del Estado, y establecer su estructura orgánica. En este sentido, la organización de los servicios de salud, de manera descentralizada, es una materia que compete al Legislador, quien goza de un amplio margen de configuración en este ámbito, no obstante lo cual dicha facultad se encuentra limitada por el respeto a las diversas cláusulas de derechos fundamentales, al igual que por principios constitucionales que orientan la prestación del servicio público de salud, tales como eficiencia, eficacia,

universalidad y solidaridad, entre otros. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la amplia libertad de configuración del Legislador para la regulación de las ESE, materia en la cual ha concluido que el Legislador puede determinar, con amplia discrecionalidad, la forma como se organizarán y funcionarán las Empresas Sociales del Estado, de manera que puede fijar los requisitos para su creación, estructura, órganos de dirección, ejecución y control, transformación, régimen contractual y disciplinario, categorización y causales de disolución y liquidación.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO- Régimen legal SERVIDORES PUBLICOS VINCULADOS A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO- Régimen laboral SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Prestación por particulares en condiciones de libre competencia La Corte se ha pronunciado respecto del modelo de concurrencia privada para la prestación del servicio de salud, en condiciones de libre competencia, establecido en la Constitución de 1991, reiterando "la posibilidad de que los particulares concurran en la prestación del servicio de salud no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución.

EJERCICIO DE LA LIBERTAD ECONOMICA Y DE LA LIBRE COMPETENCIA EN MATERIA DE SALUD- Límites constitucionales El ejercicio de la libertad económica y de la libre competencia en materia de salud, tiene claros límites constitucionales que se derivan del carácter fundamental de este derecho y de la competencia y responsabilidad del Estado en la vigilancia y control sobre esta prestación, de manera que la libre competencia en el ámbito de la salud "sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y respetando los límites fijados por las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurran los particulares." Así mismo, ha advertido que dicha concurrencia solo puede llevarse a cabo bajo la premisa de la garantía de la calidad del servicio y de su efectiva prestación, y que para garantizar este cumplimiento la intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud, es intensa, se funda en el modelo del Estado Social de Derecho y se orienta a la preservación de la confianza pública.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD- Prestación por particulares INTERVENCION DEL ESTADO EN EL SISTEMA DE SALUD - Carácter intenso PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD- Sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación DERECHO AL TRABAJO- Protección en todas sus modalidades La jurisprudencia de esta Corte ha protegido en innumerables oportunidades el derecho al trabajo en sus distintas modalidades, reiterando la amplia garantía y el reconocimiento que le ofrece el marco de la Carta Política de 1991. En este sentido, ha reconocido que (i) este derecho implica no solo la defensa de los trabajadores dependientes sino de los independientes; (ii) que es un mecanismo no solo para asegurar el mínimo vital, la calidad de vida digna de los trabajadores, sino que constituye un requisito esencial para la concreción de la libertad, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad; (iii) que se dirige a proteger tanto los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores particulares –arts. 53 y 54 C.P.-, los trabajadores al servicio del Estado –arts.122 a 125 C.P.-, como también a la empresa y al empresario –art.333-; (iv) que la Constitución protege todas las modalidades de empleo lícito; y (v) que la regulación de las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacerlos efectivos le corresponde al Legislador, quien goza de un amplio margen para ello, dentro del marco y parámetros fijados por la Constitución Política, de manera que en todo caso debe respetar las garantías mínimas y los derechos irrenunciables de los trabajadores. Al proteger las distintas modalidades de trabajo la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una mayor protección constitucional de carácter general al empleo derivado del vínculo laboral tanto con los particulares como con el Estado, protección que se evidencia en numerosas disposiciones superiores, como los artículos 25, 26, 39, 40 num.7, 48 y 49, 53 y 54, 55 y 56, 60, 64, los artículos 122 y 125, y los artículos 215, 334 y 336 de la Carta Política, protección que genera un menor margen

de libertad configurativa para el Legislador, en cuanto debe respetar condiciones laborales mínimas, así como la garantía de unas condiciones mínimas del contrato de trabajo con el fin de evitar los posibles abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y de la justicia. Así, la jurisprudencia de esta Corte ha entendido que la regulación por parte del Legislador debe en todo caso respetar los derechos mínimos y básicos de los trabajadores, y por tanto "no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales VINCULACION LABORAL CON EL ESTADO- Especial protección constitucional/ DERECHOS LABORALES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS- Reglas constitucionales para su protección La jurisprudencia de esta Corte ha resaltado la especial protección constitucional para la vinculación laboral con el Estado, en cuanto la Constitución ha consagrado normas especiales orientadas a la garantía de los derechos de los servidores públicos, conjuntamente con la defensa de los intereses generales. Como reglas que protegen este tipo específico de relación laboral de los servidores públicos, se han destacado, entre otras, que: "i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros) ".

El respeto de estas reglas, que constituyen criterios imperativos, limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución Política.

RELACION LABORAL ORDINARIA Y VINCULACION CONTRACTUAL CON EL ESTADO- Diferencias en el tratamiento constitucional CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS Y CONTRATO DE TRABAJO - Diferencias PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE FORMALIDADES EN RELACIONES LABORALES- Aplicación al momento de determinar el tipo de contrato/ CONTRATO REALIDAD- Eficacia CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Condiciones para su validez CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Prohibición para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública/ RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACION PUBLICA- Criterios para determinar la función de carácter permanente/ RELACION LABORAL Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Criterios que delimitan y definen los conceptos y sus elementos Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)";

(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral";

(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral” .

PROTECCION DEL DERECHO AL TRABAJO Y LA RELACION LABORAL, PROTECCION DE LA VINCULACION LABORAL CON EL ESTADO Y DERECHOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMA- Obliga a los empleadores del sector privado y público a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios sean utilizados como formas de intermediación laboral, de deslaboralización, o de tercerización como regla general/ INTERMEDIACION LABORAL, DESLABORIZACION Y TERCERIZACION- Prohibiciones legales para la protección del derecho al trabajo y la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma 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 deslaboralización, 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 POTESTAD DE CONTRATACION OTORGADA A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA OPERAR MEDIANTE TERCEROS- Condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad PROTECCION DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO Y ESPECIAL PROTECCION AL VINCULO LABORAL CON EL ESTADO- Reglas jurisprudenciales La Sala reitera las reglas jurisprudenciales en relación con la protección del derecho fundamental al trabajo y la especial protección al vinculo laboral con entidades del Estado, y por tanto, en relación con los límites planteados a la potestad de contratación de las entidades estatales cuando se trata de funciones permanentes o propias de entidades estatales: (i) El reconocimiento y protección del derecho al trabajo como derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, y de los derechos de los servidores públicos por los artículos 123 y 125 Superiores.

(ii) La Constitución y la jurisprudencia constitucional protegen las diferentes modalidades de trabajo, y han reconocido una especial protección constitucional a la vinculación laboral con el Estado, ya que la Carta Política ha consagrado normas especiales orientadas a la garantía de los derechos de los servidores públicos. (iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. (v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución. (vi) La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve importantes diferencias constitucionales entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, y ha determinando los criterios para el reconocimiento de una u otra forma de contratación, de tal manera que estas dos formas no pueden ser de ninguna manera asimilables debido a sus alcances y finalidades disímiles, ni puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para disimular u ocultar verdaderas relaciones laborales, ni para fomentar procesos de deslaboralización. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido sobre los graves riesgos constitucionales que implica la distorsión del contrato de prestación de servicios y su utilización fáctica indebida para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales. (vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato. (viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad. (x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. (xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos. (xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo. (xiii) Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha advertido, especialmente a las autoridades administrativas y a los empleadores del sector público, pero también a los particulares y empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales –art.25, 53, 123 y 125 Superiores-, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades

públicas o privadas, ya que esta práctica desfigura el concepto de contrato, constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores, fomenta procesos de deslaboralización, incumplimiento que acarrea graves consecuencias administrativas y penales. (xiv) En síntesis, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado en (a) la protección del derecho fundamental al trabajo; (b) la protección especial de la vinculación con el Estado; (c) la garantía de los derechos laborales de los servidores públicos; (d) la regla general de vinculación laboral para el desarrollo de las funciones permanentes o propias de las entidades públicas; (e) la prohibición de contratación de prestación de servicios, cuando se trate de funciones permanentes o propias de administración; y (e) por tanto, la prohibición de utilizar figuras jurídicas constitucionales y legales para la desviación de poder en la contratación pública, el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales o el fomento de procesos de deslaboralización.

POTESTAD DE CONTRATACION OTORGADA A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA OPERAR MEDIANTE TERCEROS- Sustento constitucional parcial CONTRATACION PUBLICA DE PRESTACION DE SERVICIOS- Exhortación a las autoridades administrativas y empleadores del sector público y privado, la necesidad de respeto del vínculo laboral para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades contratantes Referencia: expediente D-8666 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud Actor: Yesid Hernan Camacho Jimenez Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil doce (2012) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 267 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución, el ciudadano demandante solicita a la Corte que declare la inexequibilidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 267 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA A continuación se transcribe la norma demandada según publicación en el Diario Oficial No. 47.957 del 19 de enero de 2011:

“LEY 1438 DE 2011 (enero 19) Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011 CONGRESO DE LA REPÚBLICA Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA: ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

III. LA DEMANDA El ciudadano considera que la norma demandada es violatoria del Preámbulo de la Constitución Política, y de los artículos 1º, 2º, 25, 29, 53, 123 y 125 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

1. Considera que el precepto acusado viola el Preámbulo, el artículo 1º y el artículo 2º de la Constitución, por cuanto el derecho al trabajo es de vital importancia para el Estado Social de Derecho como una forma de garantizar la prosperidad y el interés general. En su criterio, la norma, al permitir que las Empresas Sociales del Estado puedan desarrollar sus funciones de prestación de servicios de salud a través de contratación con terceros o con entidades privadas, está estableciendo que las funciones permanentes en las entidades públicas, puedan ser desarrolladas por medio del contrato de prestación de servicios, lo cual acaba con la obligación de crear empleos públicos y con el contrato de trabajo.

Menciona los criterios establecidos por la Corte Constitucional para que existan verdaderas relaciones de trabajo. En este sentido, considera que una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral, de uno de prestación de servicios, es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o que requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.

Sostiene por tanto, que a través del artículo legal que se demanda, el Legislador, no solo desconoce los pronunciamientos constitucionales, sino que de forma directa está reformando la Constitución en el Preámbulo y los fines esenciales del Estado, " al establecer formas legales que acaban con la obligación de garantizar y promover el trabajo, como concepto constitucional fundante de lo que se denomina Estado Social de Derecho en el artículo 10 de la Carta ".

2. En cuanto a la violación del artículo 25 de la Constitución Política, afirma que al ser el trabajo un derecho fundamental, y al establecer el Legislador que las ESE pueden desarrollar sus funciones mediante contrato con terceros, ya sean operadores externos, cooperativas de trabajo asociado transformadas en operadores, o, en Sociedades Anónimas Simplificadas SAS, o con entidades privadas, desconoce la especial protección al trabajo " pues al permitir que las funciones de estas entidades puedan ser contratadas con terceros, establece claramente una forma legal de que no existan ni el empleo público ni el contrato de trabajo en las plantas de personal, haciendo que desaparezcan las mismas, como forma constitucional de desarrollar la función pública, permitiendo la deslaboralización en estas entidades públicas en contraposición de la obligación de generar empleo público y acabar con la tercerización laboral, como precedente judicial ".

En este sentido, observa que la norma fomenta no solamente acabar con el trabajo en estas entidades, sino que permite la generación de una práctica de deslaboralización en las empresas sociales del Estado, las cuales pueden de forma legal, funcionar sin plantas de personal y a través de terceros.

3. En relación con la violación del artículo 29 superior, estima que este artículo sustituye la Constitución al introducir cambios significativos en el ámbito laboral del país y del sector público, sin tener competencia el poder legislativo, como poder derivado, para realizar dichos cambios.

4. Respecto del artículo 53 Superior considera que la norma, al fomentar la deslaboralización en las Empresas Sociales del Estado y permitir como regla general la contratación con terceros para el desarrollo de las funciones de prestación de servicios de salud, se encuentra en contravía del derecho al trabajo y de los derechos de los trabajadores, por cuanto estipula formas de contratación que suplantan el empleo público o el contrato de trabajo en el sector público de la salud.

5. Finalmente, estima violados los artículos 123 y 125 de la Constitución, en razón a que estos preceptos superiores consagran como regla general que la administración pública debe prestar sus servicios a través del empleo público en el sistema general de carrera, primando el mérito y el derecho a la igualdad.

Considera que esta regla general es inaplicada por el Legislador, al imponer que las funciones de las Empresas Sociales del Estado pueden ser desarrolladas por operadores externos, o entidades privadas e incluso por cooperativas de trabajo asociado convertidas en Sociedades Anónimas Simplificadas o en Sindicatos.

IV. INTERVENCIONES 1. Intervención del Ministerio de la Protección Social El Ministerio de la Protección Social intervino a través de apoderado judicial, para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de la norma demandada, por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, hace referencia al marco general de la Ley 1438 de 2011. Al efecto, señala que el artículo 59 de la ley 1438 de 2011 permite la coordinación interinstitucional para la prestación efectiva del servicio público de salud, al

disponer la contratación de las Empresas Sociales del Estado con terceros, con Empresas del Estado de mayor nivel, con entidades privadas y con operadores externos, para la prestación de la salud, previa verificación de las condiciones de habilitación.

(ii) Considera que el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 es un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, en relación con la concurrencia entre el Estado y los particulares para la prestación del servicio de seguridad social en salud. Observa que la norma no afecta el empleo público o las relaciones laborales del Estado, pues se refiere a la coordinación que, por virtud del artículo 48 constitucional, el Estado debe realizar con particulares para la prestación del servicio público de salud, y el modelo de concurrencia privada en condiciones de libre competencia.

Encuentra que el artículo 59 resulta ajustado a la Carta, toda vez que el mismo refiere la posibilidad de que los particulares concurran en la prestación del servicio público de salud con el Estado, respetando las condiciones de habilitación para el efecto, que la misma Ley impone en su artículo 58.

(iii) Así mismo, considera que el artículo 59 de la ley 1438 de 2011 es conforme al artículo 48 Superior y no modificó la Constitución Política, ya que el trámite de la ley se efectúo en los términos establecidos para la expedición de leyes ordinarias.

2. Intervención del Departamento Nacional de Planeación El Departamento Nacional de Planeación intervino dentro del presente proceso de constitucionalidad, a través de apoderado especial, para solicitar a la Corte la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada. Afirma que los cargos presentados no están llamados a prosperar por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, y en lo que atañe al Preámbulo y a los artículos 1º y 2º Superiores, y a lo previsto en la sentencia C-614 de 2009, considera que se trata de especulaciones del accionante que deben ser desestimadas.

(ii) En relación con la deslaboralización, estima que se trata igualmente de supuestos de quien demanda. No obstante, advierte que respecto al contrato de prestación de servicios, no se puede enmascarar esta fórmula con el fin de encubrir una verdadera relación laboral, y tampoco es posible que sea utilizada para que la Empresa Social del Estado se convierta en una administradora de contratos, es decir, termine siendo un “cascarón” a fuerza de abusar de ese mecanismo.

(iii) Sobre el debido proceso –art.29 CP-, afirma que la acusación se funda en un mal entendimiento de la norma y de su alcance y jerarquía. (iv) En cuanto al mérito y al derecho a la igualdad, sostiene que resulta una especulación que exige dar por supuestos una serie de circunstancias en las que se enfatiza el abuso de la figura o figuras aledañas y no sobre el texto mismo de la disposición atacada.

(v) Sostiene que la salud es un servicio público, que en el caso de la prestación de los servicios se reconoce un amplio margen de configuración a la ley para determinar la organización de la prestación de los servicios de salud, por lo cual la ley 1438 de 2011 puede regular la contratación de la operación con terceros para la prestación de los servicios de salud, y que en dicha prestación pueden intervenir personas públicas, privadas o mixtas.

(vi) Advierte que las Empresas Sociales del Estado gozan de un régimen jurídico especial, y que estas entidades pueden contratar servicios con otras entidades, bien sea con servicios transitorios, nuevos requerimientos de servicios o actividades requeridas por ciertas personas especializadas cuya oferta es escasa y que no quieren vincularse en forma exclusiva a una planta de personal en una región apartada del país.

(vii) Observa que, si bien el artículo demandado permite que las ESEs desarrollen sus funciones mediante contratación a través de terceros, esto no implica que atente contra la calidad del trabajo ni que se destruyan las relaciones laborales. Así, las empresas u operadores con las que contraten las ESEs deben cumplir la legislación laboral, es decir, deben

respetar los criterios de subordinación, remuneración salarial y prestación personal de la labor desarrollada, para lo cual debe mediar un contrato de trabajo.

(viii) Concluye que la disposición debe regirse por lo señalado en el artículo 23 del CST, y solo en el caso de que estos postulados se presenten puede tener lugar la figura de contrato de prestación de servicios. De esta manera, encuentra que este artículo no atenta contra la calidad del empleo ni la protección al trabajador.

3. Departamento Administrativo de la Función Pública El Departamento Administrativo de la Función Pública intervino a través de apoderado, dentro del presente proceso de constitucionalidad, para solicitar que se declare exequible el artículo 59 de la ley 1438 de 2011, a partir de los siguientes argumentos:

(i) Considera que con fundamento en los artículos 48 y 49 Superiores, el Legislador mediante las leyes 100 de 1993, 489 de 1998 y 1439 de 2011 desarrolla estos artículos creando las Empresas Sociales del Estado y establece su régimen jurídico, el cual permite la prestación del servicio esencial de salud a través de diferentes actores públicos y privados, para la mejor prestación del servicio de salud, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

(ii) En este sentido, afirma que la Constitución no prohíbe este tipo de mecanismos de contratación en materia de salud, ni ordena que el estado sea el único prestador de tales servicios, ni obliga a que los mismos se presten por intermedio de empleados públicos contratistas estatales, razón por la cual el Legislador se encuentra revestido de la competencia necesaria para establecer la forma en que será prestado este tipo de servicios y los mecanismos a través de los cuales las Empresas Sociales del Estado pueden ejercer sus cometidos institucionales.

(iii) Advierte igualmente que no le asiste razón al demandante en cuanto a que la norma viola el derecho al trabajo, al no permitir que se establezcan contratos de trabajo, o que se creen empleos públicos, ya que si bien el Estado Social apunta al bienestar general de la población y al respeto de sus derechos, no con ello se busca que los servicios públicos sean prestados por el propio Estado. Así mismo, advierte que la prestación del servicio por las Empresas Sociales del Estado o por particulares, siempre deben estar sujetas a las normas que rigen el desarrollo de la actividad, así como a aquellas que protegen a los trabajadores.

(iv) En conclusión, sostiene que el Estado Social de Derecho se realiza en el momento en que el empleador proteja a sus empleados y les brinde las garantías necesarias para el desarrollo de sus funciones, con trato digno, remuneración adecuada y seguridad social. No es entonces como lo afirma el demandante, que se viola el derecho al trabajo y a la estabilidad del empleado cuando se terceriza la prestación del servicio de salud por parte del Estado, esto es un mecanismo que se encuentra consagrado en la Constitución y las leyes, para que la prestación del servicio llegue a todos los habitantes de la Nación, ya que es un servicio indispensable en el marco del Estado Social de Derecho y pretende el cumplimiento de sus fines esenciales.

4. Intervención de la Central Unitaria de Trabajadores CUT La Central Unitaria de Trabajadores CUT intervino a través de su representante legal, para solicitar a la Corte que declare la inexequibilidad de la norma demandada, coadyuvando los cargos de la demandada, en cuanto considera que la norma es violatoria de los artículos 1º, 2º, 25, 29, 53, 38, 55 y 93 de la Carta Política, con fundamento en los siguientes argumentos:

(i) Considera que viola los artículos 1º y 2º de la Constitución, por cuanto al contratar bajo las figuras que propone el artículo demandado, no garantiza el trabajo como forma de vinculación laboral, sino que permite que terceros, se comprometan solo a desarrollar el objeto de contratos temporales o transitorios.

(ii) Afirma que viola el artículo 25 de la Constitución, por cuanto el trabajo es un derecho fundamental, y al establecer el artículo acusado que las Empresas Sociales del Estado pueden desarrollar sus funciones a través de contratos con

terceros, está predeterminando el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales y no cumple con su deber de crear los cargos en la planta de personal de la entidad para el desarrollo de sus funciones propias o permanentes.

(iii) Sostiene que vulnera el artículo 29 Superior, al no haber un debido proceso que reforme o suplante la Constitución por los mecanismos propios del referendo, el plebiscito o a través de una Asamblea Nacional Constituyente, donde el Constituyente Primario decida si está de acuerdo con que en Colombia, el trabajo deje de ser un derecho fundamental, para convertirse simplemente en un derecho formal sin garantías mínimas de protección por parte del Estado.

(iv) Señala que viola el artículo 53 de la Carta Política, al permitir que bajo la figura legal de que las Empresas Sociales del Estado puedan, por el artículo demandado, fomentar la deslaboralización en las Empresas Sociales del Estado, consintiendo la desaparición de las plantas de personal y pauperizando los derechos de los trabajadores bajo la figura de la contratación con terceros.

(v) Finalmente, afirma que viola los artículos 38, 55 y 93 de la Constitución, por desconocer los convenios de la Organización Internacional del Trabajo OIT 151, 87, 98 y 154, al no aplicarlos a pesar de que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

5. Intervención de la Universidad de Ibagué La Universidad de Ibagué intervino dentro del presente proceso de constitucionalidad, para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de la norma demandada, al considerar que de conformidad con el espíritu de la Carta Política y su desarrollo legal, que busca lograr un modelo enfocado a hacer más efectiva la prestación de los servicios de salud, se estructuró el artículo 59 demandado, en procura de permitir esquemas a las Empresas Sociales del Estado, y una de ellas es la opción por la tercerización en el desempeño de sus funciones. Esa tercerización no es absoluta, pues sólo se presenta para los servicios que no tenga la Empresa Social del Estado, o que sean insuficientes, siempre con el objetivo de buscar la eficiencia y calidad del servicio.

En este sentido, considera que de una interpretación articulada con el artículo 103 de la ley, no es posible la intermediación laboral o cualquier otra modalidad que afecte derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados a favor de los trabajadores. Por tanto, concluye que no existe violación de precepto constitucional alguno, por cuanto no se permite la tercerización absoluta y además, el propio artículo 48 superior permite la participación de los particulares en la prestación de los servicios de salud, con el fin de brindar mayor cobertura.

6. Intervenciones extemporáneas La Universidad Libre de Colombia presentó escrito de intervención dentro del proceso de constitucionalidad, una vez vencido el término de fijación en lista, de conformidad con certificado de la Secretaria General de esta Corporación (Fl. 262 cuaderno principal), razón por la cual no se tendrá en cuenta en el presente estudio.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, el señor Procurador General de la Nación, mediante concepto 5227 del 13 de octubre de 2011, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad del artículo 59 de la ley 1438 de 2001, “ bajo el entendido de que la prestación de funciones públicas permanentes a cargo de las empresas sociales del Estado no puede ser contratada con terceros, a menos que haya razones funcionales y económicas que justifiquen hacerlo a modo de excepción ”.

(i) Menciona que de conformidad con los artículos 40, 122 y 150 Superiores, las Empresas Sociales del Estado hacen parte de la rama ejecutiva del poder público y tienen la misión de prestar de manera directa los servicios de salud, para lo cual deben crear y proveer los cargos públicos que se requieran, con el fin de garantizar que dicho servicio público sea prestado de manera permanente, en el nivel de atención que corresponda. Dada la continuidad y permanencia del servicio público a su cargo, que siempre debe estar disponible para atender las contingencias que se presenten, las Empresas Sociales del Estado requieren de una planta de personal adecuada a su misión y al nivel de atención que corresponda.

(ii) Considera que la posibilidad de contratar con terceros tareas que correspondan a funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado, pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público, la idoneidad y calidad del servicio, así como la existencia de la carrera administrativa. Por tanto, sostiene la necesidad de que las Empresas Sociales del Estado cuenten con una planta de personal propia, idónea y adecuada, capaz de atender las funciones permanentes de la entidad.

(iii) En consecuencia, afirma que la posibilidad de contratar la prestación de funciones propias o permanentes de la entidad con terceros de manera ilimitada, como lo prevé la norma demandada, afecta de manera evidente la prestación del servicio público, el derecho al trabajo y el derecho a acceder, previo concurso público de méritos, a la carrera administrativa. Afecta, además, la responsabilidad de sus directivos, el objeto de dichas empresas, e incluso su propia existencia.

(iv) Señala que si bien las Empresas Sociales del Estado deben cumplir con su tarea en condiciones eficientes, merced a la libre competencia del mercado, la eficiencia no puede entenderse a partir de la no prestación del servicio público, o de su prestación tardía, inadecuada o defectuosa. Por lo tanto, observa que la planta de personal debe corresponder a las funciones permanentes de dichas empresas, cuya prestación no puede condicionarse. Considera que una situación diferente se presenta cuando se trata de una contingencia que no corresponda a las funciones permanentes de dichas empresas, pues en ese caso hay razones funcionales que ameritan la remisión a una entidad que cuente con la capacidad y la experiencia para atender dicha contingencia. Estas razones funcionales pueden coincidir con razones económicas, pero éstas no pueden determinar las primeras. Menciona que el tema de la prestación de funciones públicas permanentes, a cargo de entidades públicas, por medio de terceros contratados, ya fue aclarado por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-614 de 2009.

(v) Con base en lo anterior, concluye que al existir un vinculo evidente entre la prestación de funciones públicas permanentes y la existencia de una planta de personal adecuada para este propósito, la contratación de dicha prestación con terceros, como lo establece la norma sub examine, no puede ser la regla general, pues va en contravía de la Carta Política. Sin embargo, sostiene que al existir ciertos casos excepcionales en los cuales, por razones funcionales y económicas, dicha planta no puede atender algunas contingencias, no permitir en ningún caso la contratación de dicha prestación con terceros, también iría en contra de la Carta. Por consiguiente, considera que la solución es que se declare exequible el artículo 59 bajo el entendido de que la prestación de funciones públicas permanentes a cargo de las Empresas Sociales del Estado no puede ser contratada con terceros, a menos que haya razones funcionales y económicas que justifiquen hacerlo a modo de excepción.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN 1. Competencia de la Corte De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la norma acusada hace parte de una Ley, en este caso, de la Ley 1438 de 2011.

2. Asunto bajo revisión 2.1 El libelo afirma que el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 vulnera el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 25, 29, 53, 123 y 125 de la Constitución Política, en razón a que al disponer que las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas, o con operadores externos, termina permitiendo que las Empresas Sociales del Estado desarrollen sus funciones permanentes, no a través de su planta de personal, sino mediante la contratación con terceros, lo cual vulnera el derecho al trabajo, constituye una deslaboralización y un desconocimiento del vínculo laboral y de los derechos de los trabajadores, así como una desnaturalización de la función pública de las Empresas Sociales del Estado, todo lo cual desconoce los preceptos constitucionales y el precedente de la jurisprudencia constitucional en la materia, y más allá, constituye una sustitución de la Constitución.

2.2 El Ministerio de la Protección Social, el Departamento Nacional de Planeación, el Departamento Administrativo de la Función Pública, y la Universidad de Ibagué, intervinieron dentro del presente proceso de constitucionalidad y coincidieron en solicitar a la Corte la declaratoria de exequiblidad del artículo 59 de la ley 1438 de 2011, en razón a que consideran que (i) la figura de contratación con terceros por parte de las Empresas Sociales del Estado en la prestación de servicios de salud, permitida por la disposición demandada, encuentra pleno respaldo constitucional en los artículos 48 y 49 Superiores, en cuanto implica coordinación institucional; (ii) se trata de una potestad otorgada a las Empresas Sociales del Estado y no de una obligación de contratación, para lograr una prestación de servicio eficiente y regida por el principio de coordinación interinstitucional y colaboración armónica; (iii) se encuentra enmarcada y limitada por las normas constitucionales, legales y los criterios jurisprudenciales en cuanto a su realización con pleno respeto del empleo público, de los derechos laborales de los trabajadores, el buen desarrollo de la función pública encomendada a las Empresas Sociales del Estado, la contratación administrativa, y el modelo de participación privada en condiciones de libre concurrencia para la prestación del servicio público de salud; y (iv) está limitada por el contenido del propio artículo 59 de la ley 1438 de 2011, en cuanto dicha contratación deberá llevarse a cabo " previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad ", y por tanto no viola la Constitución Política y mucho menos constituye una reforma o sustitución de la misma.

Por su parte, la Central Unitaria de Trabajadores CUT considera por el contrario que la norma demandada sí viola el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 25, 29, 53, 123 y 125 de la Constitución Política, y en esos términos coadyuva la demanda, en razón a que encuentra que la norma, al permitir a las ESE la prestación del servicio de salud bajo la figura de contratación con terceros, no garantiza el trabajo como forma de vinculación laboral, fomenta la deslaboralización, oculta verdaderas relaciones laborales, desconoce los convenios de la OIT 151, 87, 98 y 154, y finalmente, no solo viola sino que reforma la Constitución al dejar de ser el derecho al trabajo un derecho fundamental.

2.3 El señor Procurador General de la Nación solicitó a esta Corte, en su concepto de rigor, declarar una exequibilidad condicionada del artículo 59 de la ley 1438 de 2001, " bajo el entendido de que la prestación de funciones públicas permanentes a cargo de las empresas sociales del Estado no puede ser contratada con terceros, a menos que haya razones funcionales y económicas que justifiquen hacerlo a modo de excepción ". Lo anterior, en razón a que encuentra que las funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado son responsabilidad de éstas y deben ser cumplidas por su propio personal, y que por tanto, la posibilidad de contratar dicha prestación con terceros de manera ilimitada, como lo prevé la norma demandada, afecta de manera evidente la prestación del servicio público, el derecho al trabajo y el derecho a acceder, previo concurso público de méritos, a la carrera administrativa, la responsabilidad de sus directivos, el objeto de dichas empresas, e incluso su propia existencia, de manera que se hace necesario el condicionamiento de la norma en los términos señalados.

3. Problema jurídico y esquema de resolución 3.1 Si bien los argumentos de la demanda alegan la vulneración del Preámbulo y de los artículos 1º, 2º, 25, 29, 53, 123 y 125 de la Constitución Política, así como una presunta sustitución de la Constitución, encuentra la Sala que las razones esgrimidas en el libelo se refieren exclusivamente a la violación de los artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, en cuanto consideran que la posibilidad consagrada en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 de que las Empresas Sociales del Estado desarrollen sus funciones mediante contratación con terceros afecta el derecho al trabajo y los derechos de los servidores públicos derivados de la vinculación laboral con el Estado. Así mismo, constata la Sala que la demanda no cumple con los requisitos mínimos para acreditar un cargo verdadero por sustitución de la Constitución.

De esta manera, el problema jurídico que esta Corporación debe resolver, es si el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, al consagrar que las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas, o con operadores externos,

vulnera el derecho al trabajo de los servidores públicos –arts. 25, 53, 123 y 125 Superiores-, en razón a que permite el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales y promueve la deslaboralización al autorizar de manera ilimitada a las Empresas Sociales del Estado la contratación con terceros para desarrollar funciones permanentes o propias de estas empresas.

3.2 Para resolver este problema jurídico, la Corte analizará (i) el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado para la prestación del servicio público de salud; (ii) la protección del derecho al trabajo, especialmente a la vinculación laboral con el Estado, y los limites constitucionales a la contratación de funciones permanentes de entidades del Estado; y (iii) entrará a determinar la constitucionalidad de la norma demandada.

4. Las Empresas Sociales del Estado y la prestación del servicio de salud 4.1 El régimen y naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado se encuentra determinado por la Ley 100 de 1993, en sus artículos 194 a 197, con el fin de que presten los servicios de salud, como servicio público de la seguridad social. Estas empresas fueron creadas por el artículo 2 del Decreto 1750 de 2003 y reglamentadas en su objeto y estructura orgánica por esa misma normativa, en armonía con la ley 100 de 1993.

El marco normativo de las Empresas Sociales del Estado lo constituye por tanto la Ley 100 de 1993, respecto de la cual la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que mediante esta normativa " se produjo un importante cambio en el modelo de prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas, bien como aseguradoras, bien como Instituciones Prestadoras de Salud IPS. Así mismo, la mencionada normatividad se funda en una lógica empresarial y, por ende, contempló, respecto de aquéllas de carácter público, un plazo para su transformación, sin perjuicio de preservar ciertos sistemas de financiamiento y apoyo " [1] .

De otra parte, esta Corporación ha señalado que mediante el nuevo paradigma de administración de lo público que implementó la Ley 100 de 1993, el Legislador buscó conciliar criterios o parámetros propios de una economía de mercado, tales como los de competitividad y rentabilidad, con principios propios del Estado Social de Derecho, tales como los de universalidad, solidaridad, equidad y redistribución del ingreso, con el fin de orientar la prestación de los servicios de seguridad social como servicios públicos esenciales, en aras de garantizar el pleno goce y ejercicio efectivo del derecho fundamental a la salud de toda la población colombiana.

[2] En este contexto, la Ley 100 de 1993 determinó que la prestación del servicio de salud en forma directa por la Nación o las entidades territoriales, se realizará principalmente mediante una figura empresarial denominada Empresa Social del Estado, habiendo destinado el Capítulo III del Libro Segundo para su regulación y puesta en marcha.

De esta manera, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 dispone que la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado.

[3] 4.2 En armonía con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha explicado respecto del régimen y naturaleza de las Empresas Sociales del Estado que (i) la ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio publico a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; (iii) que estas Empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el Legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7; (iv) que son entes que no pueden confundirse y se diferencian claramente de los establecimientos públicos, ya que la Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las Empresas Sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos; (v) que estas Empresas como nueva categoría de entidades descentralizadas y concebidas con un objeto específico definido por la propia ley, de conformidad con los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el Legislador, se rigen por unas reglas y una normatividad especial;

(vi) que la Ley señala que estas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa; y (vii) que es al Legislador a quien corresponde su creación, por la propia naturaleza de creación legal de estas entidades, y que igualmente se encuentra facultado ampliamente para determinar su estructura orgánica.

[4] Sobre la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, la jurisprudencia constitucional ha sintetizado que éstas " son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas " [5] .

Así mismo, ha explicado la naturaleza jurídica particular, la regulación especial y la competencia en cabeza del Legislador para determinar la estructura orgánica de estas entidades, en razón a que " las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica " [6] (Resalta la Sala) 4.3 En punto al tema de la amplia libertad de configuración del Legislador en la materia, cabe destacar que la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre el margen de configuración que le compete al Legislador para determinar la organización de los servicios de salud, y para crear, modificar u organizar nuevas formas de entidades descentralizadas, como lo son las empresas sociales del Estado, y establecer su estructura orgánica.

[7] En este sentido, la organización de los servicios de salud, de manera descentralizada, es una materia que compete al Legislador, quien goza de un amplio margen de configuración en este ámbito, no obstante lo cual dicha facultad se encuentra limitada por el respeto a las diversas cláusulas de derechos fundamentales, al igual que por principios constitucionales que orientan la prestación del servicio público de salud, tales como eficiencia, eficacia, universalidad y solidaridad, entre otros.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la amplia libertad de configuración del Legislador para la regulación de las ESE, materia en la cual ha concluido que el Legislador puede determinar, con amplia discrecionalidad, la forma como se organizarán y funcionarán las Empresas Sociales del Estado, de manera que puede fijar los requisitos para su creación, estructura, órganos de dirección, ejecución y control, transformación, régimen contractual y disciplinario, categorización y causales de disolución y liquidación.

[8] 4.4 Ahora bien, acerca del régimen legal de las Empresas Sociales del Estado es de mencionar que de conformidad con los artículos 83 de la ley de la Ley 489 de 1998, las Empresas Sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y a la misma Ley 489 de 1998. A esta última ley, se sujetan en los aspectos no regulados por las anteriores leyes y por las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

En cuanto al régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, el carácter de las personas vinculadas a estas empresas y el régimen contractual, es de señalar que el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 [9] estipula que i) las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capitulo IV de la Ley 10 de 1990, y ii) que en materia contractual se regirá por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsión que debe concordarse con el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 [10] .

En lo que respecta al régimen laboral de los servidores públicos vinculados a las Empresas Sociales del Estado, el artículo en mención advierte que aquél será el previsto en la Ley 10 de 1990. A este respecto, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala, que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su parágrafo que "son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones".

[11] Así mismo, es de mencionar que la Ley 1122 de 2007 introdujo algunas modificaciones a la regulación de las ESE [12] . 4.5 De otra parte, es de mencionar que la Corte se ha pronunciado respecto del modelo de concurrencia privada para la prestación del servicio de salud, en condiciones de libre competencia, establecido en la Constitución de 1991, reiterando " la posibilidad de que los particulares concurran en la prestación del servicio de salud no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución [13] " [14] No obstante lo anterior, ha advertido igualmente que el ejercicio de la libertad económica y de la libre competencia en materia de salud, tiene claros límites constitucionales que se derivan del carácter fundamental de este derecho y de la competencia y responsabilidad del Estado en la vigilancia y control sobre esta prestación, de manera que la libre competencia en el ámbito de la salud " sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y respetando los límites fijados por las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social [15] .

Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurran los particulares ." [16] Así mismo, ha advertido que dicha concurrencia solo puede llevarse a cabo bajo la premisa de la garantía de la calidad del servicio y de su efectiva prestación, y que para garantizar este cumplimiento la intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud, es intensa, se funda en el modelo del Estado Social de Derecho y se orienta a la preservación de la confianza pública.

[17] Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que informan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, consagrados en el artículo 48 Superior, de conformidad con los cuales el Legislador " quedó habilitado constitucionalmente [18] para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en la citada disposición superior [19] .

Efectivamente, reiterando su naturaleza de servicio público, el legislador dispuso que su prestación debe efectuarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación [20] " [21] En este sentido, la Corte ha puesto de relieve en relación con el principio de eficiencia , que este se encuentra consagrado en la norma superior, y desarrollado en la Ley 100 de 1993, y puede ser definido como " la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente [22] " [23] 4.6 Finalmente, en relación con la posibilidad de que las Empresas Sociales del Estado contraten prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, con el cumplimiento de ciertos requisitos, la Corte se pronunció, en la sentencia C-559 de 2004 [24] , considerando en dicha oportunidad que " i) nada obsta para que en el caso de las Empresas Sociales del Estado dentro del marco de las normas contractuales se puedan llegar a contratar los servicios de un revisor fiscal que no haga parte de la planta de personal de la entidad, y que ii) dada la naturaleza de la función que cumple el revisor fiscal y la independencia que debe garantizársele para el efecto, precisamente resulta razonable que éste no haga parte de dicha planta ".

[25] Así mismo, la jurisprudencia constitucional, se ha referido a la especial protección que merece la vinculación laboral con las entidades del Estado y la protección de los derechos laborales de los servidores públicos, de conformidad con los

artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, y por tanto, a los límites a la contratación de servicios por parte de las entidades estatales, con el fin de evitar el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales y poner talanqueras a los procesos de deslaboralización en estas entidades, jurisprudencia a la cual la Sala hará mención en el acápite siguiente [26] .

5. La protección del derecho al trabajo, especialmente a la vinculación laboral con el Estado, y los límites a la contratación de funciones permanentes de entidades del Estado 5.1 El derecho al trabajo como valor fundamente del Estado Social de Derecho en la Constitución Política de 1991, se encuentra consagrado en el P reámbulo y el artículo 1º Superior, e igualmente se encuentra estipulado como principio rector del ordenamiento jurídico y derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, los cuales determinan que el trabajo es un derecho y un deber social, de carácter fundamental, progresivo, que es esencial al Estado Social de Derecho, y que en su calidad de tal limita el ámbito de libertad configurativa del Legislador en la materia.

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corte ha protegido en innumerables oportunidades [27] el derecho al trabajo en sus distintas modalidades, reiterando la amplia garantía y el reconocimiento que le ofrece el marco de la Carta Política de 1991. En este sentido, ha reconocido que (i) este derecho implica no solo la defensa de los trabajadores dependientes sino de los independientes; (ii) que es un mecanismo no solo para asegurar el mínimo vital, la calidad de vida digna de los trabajadores, sino que constituye un requisito esencial para la concreción de la libertad, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad; (iii) que se dirige a proteger tanto los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores particulares –arts. 53 y 54 C.P.-, los trabajadores al servicio del Estado –arts.122 a 125 C.P.-, como también a la empresa y al empresario –art.333-; (iv) que la Constitución protege todas las modalidades de empleo lícito;

y (v) que la regulación de las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacerlos efectivos le corresponde al Legislador, quien goza de un amplio margen para ello, dentro del marco y parámetros fijados por la Constitución Política, de manera que en todo caso debe respetar las garantías mínimas y los derechos irrenunciables de los trabajadores.

[28] Al proteger las distintas modalidades de trabajo la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una mayor protección constitucional de carácter general al empleo derivado del vínculo laboral tanto con los particulares como con el Estado, protección que se evidencia en numerosas disposiciones superiores, como los artículos 25, 26, 39, 40 num.7, 48 y 49, 53 y 54, 55 y 56, 60, 64, los artículos 122 y 125, y los artículos 215, 334 y 336 de la Carta Política, protección que genera un menor margen de libertad configurativa para el Legislador, en cuanto debe respetar condiciones laborales mínimas, así como la garantía de unas condiciones mínimas del contrato de trabajo con el fin de evitar los posibles abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y de la justicia. Así, la jurisprudencia de esta Corte ha entendido que la regulación por parte del Legislador debe en todo caso respetar los derechos mínimos y básicos de los trabajadores, y por tanto " no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales ".

[29] 5.2 Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte ha resaltado la especial protección constitucional para la vinculación laboral con el Estado, en cuanto la Constitución ha consagrado normas especiales orientadas a la garantía de los derechos de los servidores públicos, conjuntamente con la defensa de los intereses generales. Como reglas que protegen este tipo específico de relación laboral de los servidores públicos, se han destacado, entre otras, que: " i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público [30] que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la

Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros) ".

[31] El respeto de estas reglas, que constituyen criterios imperativos, limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución Política.

5.3 De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha puesto de relieve importantes diferencias en el tratamiento constitucional respecto de la relación laboral ordinaria y la vinculación contractual con el Estado, ya que la Constitución reconoce una amplia protección a esta última, y así mismo ha recalcado en múltiples oportunidades [32] las diferencias entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, de tal manera que estas dos formas no pueden ser de ninguna manera asimilables debido a sus alcances y finalidades disímiles [33] .

Así el contrato laboral o de trabajo se caracteriza por una serie de requisitos legales, tales como la prestación personal de un servicio, bajo condiciones de dependencia y sujeción o subordinación, con una contraprestación remunerativa, de manera que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que independientemente de la forma y nombre que se le dé a ese contrato, prima la realidad sustancial o criterio material sobre la forma que adquiera dicho contrato.

[34] Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el Legislador como un contrato estatal que celebran " las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados //En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable " [35] (Resalta la Sala).

En punto a este tema, la jurisprudencia constitucional ha insistido que el contrato de prestación de servicios con el Estado, solo se puede celebrar (i) para aquellas tareas específicas diferentes de las funciones permanentes de la entidad, (ii) en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por las personas vinculadas laboralmente a la entidad oficial contratante o (iii) cuando se requieren conocimientos especializados. Respecto de las características del contrato de prestación de servicios, la Corte ha precisado sus particularidades acerca del objeto de la obligación, la autonomía e independencia del contratista, y la temporalidad de la vigencia del contrato.

[36] Así mismo, en repetidas oportunidades [37] esta Corporación ha advertido sobre los serios riesgos constitucionales que implica la distorsión del contrato de prestación de servicios y utilización fáctica para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales. Por tanto, ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales, lo cual implica el desconocimiento del régimen de contratación estatal, el desconocimiento de múltiples normas superiores referentes al derecho al trabajo, los derechos de los trabajadores y la función pública, de manera que se termina vulnerando el régimen laboral y se desconoce el régimen presupuestal de las entidades estatales. A este respecto, ha expresado la Corte:

"…la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales .

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores .

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente .

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas ” [38] (Resalta la Sala) 5.4 En consideración a las diferencias esenciales entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, la jurisprudencia de esta Corte ha insistido en el principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior, de manera que si se constatan los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar el vinculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

[39] Por tanto, esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad a partir de los criterios fijados tanto por la jurisprudencia constitucional, como por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, de manera que no puede utilizarse un contrato de prestación de servicio con el fin de ejecutar realmente una relación laboral, y cuando se constaten los elementos propios de la misma debe ser reconocida como tal.

5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.

En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “ la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) ” [40] ;

(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “ las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral” ;

(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “ las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual ”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “ la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta ”; y (v) al criterio de continuidad, si “ la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral ” .

[41] En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.

5.6 En consecuencia, esta Corporación reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una “ práctica usual en las relaciones laborales con el Estado”, ha conducido a “la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas ”, y ha dado lugar a las denominadas ““ nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out soursing .” [42] Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de “.., todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas … legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo ”.

[43] Por tanto, 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 deslaboralización, 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 síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe

respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica " desdibuja el concepto de contrato" y "porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores" "pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales ".

[44] (Resalta la Sala) 5.7 Con base en lo expuesto, la Sala entrará a resolver si la posibilidad de que las Empresas Sociales del Estado puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad, es una disposición que contraría las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales en relación con el respeto del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los servidores públicos, y las posibilidades y límites a la contratación de las entidades del Estado a través de contrato de prestación de servicios, y por tanto si es contraria o no a la Constitución en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores.

6. Análisis constitucional de la disposición demandada 6.1 La disposición normativa impugnada contenida en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud, consagra la posibilidad de operación con terceros para las Empresas Sociales del Estado, de manera que autoriza a las ESEs para que puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

La Sala observa que el alcance de esta disposición denota tres apartes o segmentos normativos: (i) el primero, que consagra una potestad general o competencia referida a la operación con terceros, facultad que es concedida por el Legislador a las Empresas Sociales del Estado, con el fin de que puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con las personas naturales o jurídicas mencionadas por la propia norma; (ii) en segundo lugar, la determinación de quiénes pueden contratar con las Empresas Sociales del Estado el desarrollo de las funciones que le son propias, respecto de lo cual la norma consagra cuatro posibilidades: (a) determina una potestad genérica para que las Empresas Sociales del Estado puedan contratar con terceros en general;

(b) estipula de manera específica que dicha contratación podrá llevarse a cabo con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad; (c) señala igualmente de manera específica que dicha contratación podrá llevarse a cabo con entidades privadas; y (d) finalmente fija la posibilidad de contratación con operadores externos. (iii) En tercer lugar, la norma estipula una condición para que pueda concretarse o llevarse a cabo la operación con terceros por parte de las Empresas Sociales del Estado, relativa a que se debe llevar a cabo previamente la verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

En relación con esta norma, la Corte encuentra que efectivamente la norma prevé una facultad o una potestad general otorgada a las Empresas Sociales del Estado para que puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, siempre y cuando se verifiquen las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

A este respecto, la Sala encuentra que se trata de una potestad o facultad de contratación con terceros, de manera que no constituye una obligación o imperativo para las Empresas Sociales del Estado el que tengan que operar a través de terceros o desarrollar sus funciones a través de contratación con terceros, de manera que no puede interpretarse en el sentido de que la norma obliga a las Empresas Sociales del Estado a operar o contratar el desarrollo de sus funciones con terceros, sino que queda abierta dicha potestad, facultad o competencia para estas empresas, con el fin de desarrollar sus funciones, esto es, permitir la correcta prestación del servicio de salud. En este sentido, se está ante la presencia de una autorización general para contratar con las personas naturales o jurídicas de que trata la norma, autorización expresa que sin embargo no puede desconocer las disposiciones constitucionales, legales, y la jurisprudencia constitucional en la materia, en relación con los límites a la contratación por parte de las entidades estatales, tanto en relación con los principios que deben regir dicha contratación [45] , la selección objetiva de los contratistas, y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados.

6.2 Acerca del tema bajo estudio y de conformidad con la parte motiva y considerativa de esta sentencia, la Sala reiterará aquí las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con la protección del derecho fundamental al trabajo y la especial protección al vinculo laboral con entidades del Estado, y por tanto, en relación con los límites planteados a la potestad de contratación de las entidades estatales cuando se trata de funciones permanentes o propias de entidades estatales:

(i) El reconocimiento y protección del derecho al trabajo como derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, y de los derechos de los servidores públicos por los artículos 123 y 125 Superiores.

(ii) La Constitución y la jurisprudencia constitucional protegen las diferentes modalidades de trabajo, y han reconocido una especial protección constitucional a la vinculación laboral con el Estado, ya que la Carta Política ha consagrado normas especiales orientadas a la garantía de los derechos de los servidores públicos.

(iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.

(vi) La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve importantes diferencias constitucionales entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, y ha determinando los criterios para el reconocimiento de una u otra forma de contratación, de tal manera que estas dos formas no pueden ser de ninguna manera asimilables debido a sus alcances y finalidades disímiles, ni puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para disimular u ocultar

verdaderas relaciones laborales, ni para fomentar procesos de deslaboralización. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido sobre los graves riesgos constitucionales que implica la distorsión del contrato de prestación de servicios y su utilización fáctica indebida para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

(viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo.

(xiii) Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha advertido, especialmente a las autoridades administrativas y a los empleadores del sector público, pero también a los particulares y empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales –art.25, 53, 123 y 125 Superiores-, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades públicas o privadas, ya que esta práctica desfigura el concepto de contrato, constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores, fomenta procesos de deslaboralización, incumplimiento que acarrea graves consecuencias administrativas y penales.

(xiv) En síntesis, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado en (a) la protección del derecho fundamental al trabajo; (b) la protección especial de la vinculación con el Estado; (c) la garantía de los derechos laborales de los servidores públicos; (d) la regla general de vinculación laboral para el desarrollo de las funciones permanentes o propias de las entidades públicas; (e) la prohibición de contratación de prestación de servicios, cuando se trate de funciones

permanentes o propias de administración; y (e) por tanto, la prohibición de utilizar figuras jurídicas constitucionales y legales para la desviación de poder en la contratación pública, el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales o el fomento de procesos de deslaboralización.

6.3 Con fundamento en todo lo expuesto, la Sala colige, de un lado, que la norma demandada, al estatuir de manera general que las Empresas Sociales del Estado pueden desarrollar sus funciones a través de la contratación con terceros, encuentra sustento constitucional parcial, tal y como lo evidencian el Ministerio de la Protección Social, el Departamento Nacional de Planeación, y el Departamento Administrativo de la Función Pública, en cuanto a que (i) la contratación de servicios y la operación con terceros de las entidades estatales no está prohibida constitucionalmente, aunque sí limitada;

(ii) a que tiene sustento constitucional la concurrencia privada en la prestación de servicios de salud, no obstante lo cual dicha concurrencia se encuentra igualmente limitada; y (iii) a que existe la prohibición constitucional y legal de contratar funciones permanentes de las entidades del Estado, normas con las cuales debe interpretarse sistemáticamente el precepto demandado.

Sin embargo, la Corte constata, de otro lado, que si bien existe un fundamento constitucional parcial para la norma demandada, siendo la contratación de servicios una figura válida desde el punto de vista constitucional y legal, el precepto acusado, tal y como se encuentra redactado, al consagrar de manera amplia y general una autorización o facultad a las Empresas Sociales del Estado, sin ningún tipo de límites o restricciones, para que puedan contratar con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas o con operadores externos, el desarrollo de sus funciones; se encuentra en clara contravía de la Constitución en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, y de la jurisprudencia de esta Corte, tal y como quedó reseñado en la parte considerativa de esta sentencia y sintetizado en el apartado anterior, al desconocer la prohibición constitucional de contratar las funciones propias o permanentes de las entidades estatales a través de la figura de contratos de prestación de servicios. De esta manera, la Sala observa, que el enunciado normativo demandado, al autorizar la contratación de manera ilimitada de funciones de las Empresas Sociales del Estado con terceros, se encuentra vulnerando la mencionada prohibición constitucional, por cuanto el precepto permite la posible contratación de funciones permanentes o propias de las Empresas Sociales del Estado, de funciones que puedan ser desarrolladas por el personal de planta de la entidad o que no requieran conocimientos especializados, lo cual da lugar a la afectación del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los fines propios de la administración pública, como quedó expuesto en detalle en esta providencia.

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.

En consecuencia, la Sala reitera que la norma acusada, tal y como está enunciada, se encuentra en contravía de la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente de las entidades estatales, funciones para cuyo cumplimiento se requiere la creación de los empleos o cargos públicos correspondientes.

Así las cosas, la Corte concluye que, tal y como se encuentra redactada la norma, da lugar a una interpretación abiertamente inconstitucional, de manera que en principio procedería una declaratoria de inexequibilidad de la misma. No obstante lo anterior, la Corte ha validado en innumerables oportunidades la posibilidad de dictar sentencias moduladas, en las que se declare una exequibilidad condicionada, en aquellos eventos en los que sea posible conservar el precepto normativo en el ordenamiento jurídico, dando aplicación al principio pro legislatore , y siempre y cuando exista una interpretación de la norma que al incorporarla al alcance normativo del precepto o al entendimiento del enunciado normativo, subsane la posible vulneración de la Carta Política y la torne en constitucional.

Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutiva de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado.

Finalmente, esta Corporación encuentra necesario advertir nuevamente a las autoridades administrativas y empleadores del sector público, así como también a las empresas privadas y empleadores del sector privado, la necesidad de que respeten el vínculo laboral para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades contratantes, de manera que se garantice el contrato laboral y se protejan los derechos laborales de los trabajadores. A este efecto, la Sala recuerda que el desconocimiento del vínculo laboral y de los derechos laborales de los trabajadores acarrea graves consecuencias administrativas y penales. 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.

VII. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE PRIMERO.- DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Presidente MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado Ausente con permiso JUAN CARLOS HENAO PEREZ Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado NILSON PINILLA PINILLA Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] Sentencia C-777 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[2] Ibidem. [3] El artículo 194 de la ley 100 de 1993, consagró: “ ARTICULO. 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

” Al respecto se puede consultar la Sentencia C-559 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra. [4] Ver Sentencia C-665 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Ver en el mismo sentido la Sentencia C-314 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y sentencia C-559 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra.

[5] Sentencia C-559 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra. [6] sentencia C- 665 de 2000, M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

[7] Ver sentencias C-953 de 2007 y C-777 de 2010, entre otras. [8] Ibidem. [9] ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado". 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990. 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 3207 de la presente Ley.

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

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.

8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.

9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos. &$ ARTÍCULO 196. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARACTER NACIONAL.

Transfórmense todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.

[10] Ley 80 de 1993 ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

&$ ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas

adopten, en todos los órdenes y niveles. (…) [11] Al respecto consultar la Sentencia C-314 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[12] Ver artículos 27 y ss. de la Ley 1122 de 2007. [13] Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001. [14] Sentencia C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, ver también la sentencia C-616 de 2001.

[15] Ibidem. [16] Sentencia C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [17] Ibidem. [18] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-107 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[19] El artículo 48 de la carta Política dispone: "La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante" .

[20] Ley 100 de 1993, art. 2º. [21] Sentencia C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [22] Artículo 2° de la Ley 100 de 1993. [23] Sentencia C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[24] En esta sentencia la Corte se pronunció en relación con el establecimiento de honorarios para el Revisor Fiscal por parte de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003, y declaró la exequibilidad del numeral 9 del artículo 9° del Decreto 1750 de 2003.

[25] Al respecto ver también las sentencias C- 665 de 2000, C-957 de 2007, C-181 de 2010 y C-777 de 2010, entre otras. [26] Ver principalmente la sentencia C-619 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en donde la Corte se pronunció sobre la exequibilidad del último inciso del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, por los cargos analizados en esa decisión.

[27] Ver las sentencias C-177 de 2005, C-100 de 2005, C-019 de 2004, C-038 de 2004, C-425 de 2005, C-580 de 1996 y C-614 de 2009, entre muchas otras.

[28] Ver Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [29] Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [30] El artículo 19 de la Ley 909 de 2007 definió el empleo público así: " El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado " [31] Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[32] Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-960 de 2007, C-282 de 2007, C-386 de 2000, C-397 de 2006, C-154 de 1997, C-236 de 1997, T-214 de 2005, C-124 de 2004, T-1109 de 2005, entre otras.

[33] Ver Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [34] Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. [35] Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Cabe anotar que la definición de contrato de prestación de servicios fue modificada por el artículo 2º del Decreto 165 de 1997, pero esa norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-132 de 1997. Luego, en ese aspecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no ha sido modificado.

[36] Al respecto ver la Sentencia C-154 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. [37] Véanse las sentencias C-154 de 1997, C-056 de 1993, C-094 de 2003, C-037 de 2003, T-214 de 2005, entre otras.

[38] Sentencia C-094 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Treviño, reiterado en sentencia C-614 de 2009. [39] Consultar la Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[40] Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [41] Ibidem. [42] Ibidem . [43] A modo de ejemplo, la Corte se ha referido al caso de las cooperativas de trabajo asociadas, que “ se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral ”. Sentencia C-614 de 2009.

[44] Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [45] Ley 80 de 1993 ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administra tivo.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 30 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.