



Libertad y Orden

**MINISTERIO DEL TRABAJO
DIRECCION TERRITORIAL DE SANTANDER
GRUPO DE PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL**

RESOLUCION

000544

del 25 MAY 2015 de 2015

“POR MEDIO DE LA CUAL SE ARCHIVAN UNAS AVERIGUACIONES PRELIMINARES”

LA COORDINACIÓN DEL GRUPO DE PREVENCIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SANTANDER DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, en uso de sus facultades legales y en especial de las contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Decreto 4108 de 2011, Resolución 2143 de 2014 que modificó los artículos 1 al 7 de la Resolución Ministerial 00404 del 22 de Marzo de 2012, Ley 1610 de 2013 y demás normas concordantes y con fundamento en los siguientes,

Expediente N° 7368001-0445 7 de Noviembre de 2014

1. NUMERO DE RADICACIÓN DE LAS AVERIGUACIONES

8606 del 20 de Octubre de 2014

2. PRESUNTA NORMA VIOLADA

- Art. 127 y siguientes del C.S.T. (Salarios)
- Art. 35 del C.S.T., en concordancia con la Ley 50 de 1990 artículos 95 y 96.
- Ley 1429 de 2012 artículo 63
- Decreto 2025 de 2011 (Presunta Intermediación Laboral)

3. CAUSAL POR LA QUE SE ORDENA EL ARCHIVO DE LAS AVERIGUACIONES

No se logró establecer la intermediación laboral entre las empresas HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER Y GESTION INTEGRAL FET, así como tampoco la presunta desmejora salarial.

4. FUNDAMENTO DE LA ORDEN DE ARCHIVO

Supuestos fácticos y trámite surtido

Mediante oficio radicado con el No. 8606 del 20 de octubre de 2014, el señor Procurador Provincial de Bucaramanga, remite las diligencias que constan de denuncia interpuesta por la señora DIANA MILENA RODRIGUEZ SUAREZ, quien pone en conocimiento algunas irregularidades de carácter laboral por parte de las directivas del Hospital San Juan de Dios de Giron, por incumplir con sus obligaciones salariales a favor de los empleados (Fs 1-7).

Teniendo en cuenta lo anterior, el despacho mediante Auto No 0227 de fecha 07 de Noviembre de 2014, la Coordinación del Grupo Prevención, Inspección, Vigilancia y Control comisiona a una funcionaria para que adelante las presentes actuaciones por los hechos denunciados y por posibles actos de Intermediación Laboral, de conformidad a lo señalado en la Resolución 0404 de del 22 de marzo de 2012, artículo 47 y siguientes de la ley 1437 de 2011, Ley 1610 de 2013 y demás normas concordantes. Así las cosas mediante Auto de fecha 22 de Diciembre de 2014, la Inspectora comisionada avoca conocimiento y en consecuencia resuelve disponer la práctica de pruebas, dentro de ellas requerimiento de documentos y/o Visita de Inspección Ocular y declaraciones, enviándose las respectivas comunicaciones a las partes (Fs 9-13).

El Gerente de la E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON con oficio radicado con el No. 00293 del 14 de Enero de 2015 (f. 14), allega los siguientes documentos:

- Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la Empresa Social del Estado San Juan de Dios de Giron y el Representante Legal de la FUNDACION HUMANUS, cuyo objeto es: "CONTRATAR LOS PROCESOS CORRESPONDIENTES AL AREA DE FACTURACION, CARTERA A PARTIR DEL 01 DE ENERO DE 2012 Y AUDITORES MEDICOS DE LA E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON" (f.s 15-18).
- Fotocopias de las planillas de liquidación de aportes a la seguridad social integral (F.s 19 y 23).
- Copias de la nómina del personal administrativo y operativo (F. 20, 21,22)
- Pago de nómina al personal de facturación por parte de la FUNDACION HUMANUS (F.s 24-28).
- Relación Personal de Planta (F. 29)
- Decreto No. 078 del 30 de abril de 2012, por medio de la cual se hace un nombramiento, acta de posesión y fotocopia de la Cedula de Ciudadanía (F.s 30-32).

Mediante oficio 73680010585 del 5 de febrero de 2015 se cita al Representante

Legal del Hospital San Juan de Dios de Giron, a fin de recepcionarle declaración, a la cual se citó aplazamiento (F. 34-37).

El día 19 de Febrero de 2015, se le recepcionó declaración al doctor EDGAR FERNANDO PINZON LASPRILLA, en calidad de Gerente de la Empresa Social del Estado SAN JUAN DE DIOS DE GIRON, quien manifiesta entre otras cosas lo siguiente:

- ✓ La actividad económica de la ESE es la prestación de servicios de salud
- ✓ Cuenta con 26 trabajadores directos y 45 contratados a través de la Fundación HUMANUS, quienes realizan todo el proceso de facturación de los servicios de salud.
- ✓ Conoce a la señora DIANA MILENA RODRIGUEZ SUAREZ quien hacia parte del talento humano de la Fundación HUMANUS que presta los servicios de facturación, quien presentó renuncia al cargo el 18 de enero de 2014.

- ✓ Ha suscrito varios contratos con la Fundación Humanus, cuyo objeto es la prestación de servicios de facturación, radicación y auditoria de glosas a las diferentes EPS contratadas por el hospital.
- ✓ Anteriormente la señora DIANA MILENA se encontraba contratada por el Hospital por una orden de prestación de servicios para lo cual se anexa el contrato, a quien siempre se le mantuvo la misma asignación salarial.

Dentro de la diligencia de declaración, se allegan los siguientes documentos:

- Decreto No. 078 por medio del cual se hace un nombramiento (F. 40)
- Acta de posesión del Gerente de la ESE (F. 41)
- Fotocopia de la C.C. (F. 42)
- Relación de las ordenes de prestación de servicios (F.s 43 y 44)
- Contrato de prestación de servicios suscrito entre la ESE y DIANA MILENA RODRIGUEZ SUAREZ, de fechas enero de 2013, enero, febrero, marzo, abril, junio y julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012 (F.s 45-80)
- Contestación a requerimiento información de los contratos de trabajo, suscrito por el Representante Legal de la Fundación Humanus y dirigidos al Gerente de la ESE San Juan de Dios de Giron (F.s 80-82)-
- Copias de los contratos suscritos entre la FUNDACION HUMANUS y los trabajadores (F.s 83-94).
- Carta de terminación del contrato con la señora DIANA MILENA RODRIGUEZ SUAREZ (F. 95).
- Carta de renuncia presentada por la trabajadora DIANA RODRIGUEZ al Gerente de la FUNDACION HUMANUS (F. 96).
- Copias de las planillas de pago a la seguridad social integral de la señora DIANA MILENA RODRIGUEZ (F.s 97-108).
- Acta de liquidación del contrato de trabajo suscrito con la señora DIANA MILENA RODRIGUEZ (F. 109).
- Con oficio 7368001-1872 del 13 de mayo de 2015, se requiere al Representante Legal de la Fundación Humanus, a fin de que allegue documentación, que permita esclarecer los hechos materia de investigación (F. 110).

La señora GLORIA INES ZAPATA CAMPOS, en calidad de Representante legal de la FUNDACION HUMANUS, da respuesta al requerimiento y allega los siguientes documentos:

- Certificado de existencia y representación legal (F. 112-114)
- Copia del contrato suscrito con la ESE SAN JUAN DE DIOS DE GIRON (F.s 115-117)
- Listado del personal que labora en la ESE y labores que desarrolla (F. 118)
- Listado del personal de planta (F. 119)

La competencia

Habida consideración de los hechos puestos en conocimiento de este Ministerio, de lo establecido en los artículos 127 y siguientes, Art. 35 del C.S.T., en concordancia con la Ley 50 de 1990 artículos 95 y 96., Ley 1429 de 2012 artículo 63, Decreto

2025 de 2011, Artículo 127 del C.S.T. y Resolución 0404 del 22 de marzo de 2012, modificada por la Resolución 2143 del 28 de Mayo de 2014, esta Coordinación tiene competencia para el presente asunto laboral.

Problema Jurídico Planteado

El asunto se contrae a establecer si entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON y la FUNDACION HUMANUS, se presentó intermediación laboral de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2025 de 2011 y demás normas concordantes, así como si se incurrió en desmejora salarial.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

De la solicitud interpuesta por presuntas violaciones de carácter laboral por parte de las empresas SAN JUAN DE DIOS DE GIRON y la FUNDACION HUMANUS, en cuanto a la presunta intermediación laboral y desmejora salarial, el despacho tiene en cuenta la siguiente normatividad:

Código Sustantivo del Trabajo, "**ARTICULO 485. AUTORIDADES QUE LOS EJERCITAN.** La vigilancia y el control del cumplimiento de las normas de éste Código y demás disposiciones sociales se ejercerán por el Ministerio del Trabajo en la forma como el Gobierno, o el mismo Ministerio, lo determinen.

Artículo 486. Subrogado por el art. 41, Decreto 2351 de 1965, modificado por el art. 20, Ley 584 de 2000, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 97, modificado por el artículo 7 de la Ley 1610 de 2013 que establece:

1. "Los funcionarios del Ministerio del Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, trabajadores y directivos o afiliados a las organizaciones sindicales, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias y extractos de los mismos, entran sin previo aviso y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa y en toda oficina o reunión sindical, con el mismo fin, y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos cuando lo crean conveniente, para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellas. Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores. (Subrayado del despacho).

2. Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para lo relacionado con la vigilancia y control de que trata el numeral anterior y están facultados para imponer cada vez multas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente. Esta multa se destinará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA."

Sobre los Salarios y su presunta desmejora salarial

El ARTÍCULO 127 del C.S.T. establece:

“ELEMENTOS INTEGRANTES. Modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

Respecto de la **Desmejora Salarial** la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL Radicación No. 24240 del veintinueve (29) de junio de dos mil cinco (2005), establece: *“Nuestro ordenamiento jurídico no impide que por mutuo acuerdo, las partes vinculadas por un contrato de trabajo puedan convenir válidamente la rebaja o reducción, sin afectar el mínimo legal, del salario que en un momento dado esté devengando el trabajador. Lo que nuestra ley positiva establece es que el empleador carece de facultad para disponer unilateralmente esa disminución, de manera inconsulta y contra la voluntad del trabajador, de acuerdo con lo preceptuado, entre otras disposiciones, por los arts.57, 59,132 y 142 del C.S.T.(.) De ahí, que cualquier modificación del salario consentida por el trabajador se tiene y se ha venido teniendo por la jurisprudencia como aceptada por él siempre que no haya reclamado oportunamente contra ella”*.

Sobre la estabilidad en el Empleo

La Corte Constitucional respecto de las COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO y demás figuras respecto de la prohibición para ejercer actividades de intermediación laboral, manifiesta que los estatutos de las cooperativas de trabajo asociado encuentran como límite irreductible, el respeto por las garantías constitucionales que consagra el orden superior a favor de las personas, estas formas asociativas vulneran las garantías laborales de las personas cuando son empleadas para encubrir relaciones de trabajo; en aquellos casos en que las cooperativas de trabajo asociado y las empresas contratantes de sus servicios incumplan la prohibición de intermediación laboral se entenderá desnaturalizado el pretendido trabajo cooperativo y, en consecuencia, el asociado será considerado trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

De otra parte, el concepto del Trabajo Digno y Decente en Colombia, que se evidencia en la situación de muchos trabajadores que realizan su actividad laboral en funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante o en situación de informalidad y de tercerización, va en detrimento de sus derechos laborales y de su seguridad social, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato laboral, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores.

De la Intermediación Laboral

Las condiciones para la contratación del personal de una empresa a través de terceros, se contemplan las prohibiciones para el evento en que dichas entidades actúen como empresas de intermediación laboral o envíen trabajadores en misión; razón por la que a través del Decreto 2025 de 2011 se establecen las conductas objeto de sanción.

Ahora la Ley 50 de 1990 en sus artículos 95 y 96 establece que la actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizará a las entidades privadas o públicas que desarrollen actividades de Intermediación laboral.

Ley 1429 de 2012 en su artículo 63 dice que respecto de la contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

La intermediación laboral no solo se presenta a través de las Ctas, pues existe el uso de otras figuras de intermediación laboral, como las Sociedades Anónimas Simplificadas (SAS), los contratos sindicales, los contratos de prestación de servicios y las empresas de empleo temporal, entre otras.

Del Contrato de Prestación de Servicios

Según la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154/97, Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló que *"un contrato de prestación de servicios era la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada."*

Los contratos de prestación de servicios se encuentran regulados en las normas del Código Civil y del Código de Comercio.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Revisada la documentación obrante en el expediente, se puede apreciar que no se logró establecer los requisitos mínimos para la figura de la intermediación, en primera medida porque aunque se celebró efectivamente contrato de Prestación de Servicios con la FUNDACION HUMANUS, el objeto es: "CONTRATAR LOS PROCESOS CORRESPONDIENTES AL AREA DE FACTURACION, CARTERA A PARTIR DEL 01 DE ENERO DE 2012 Y AUDITORES MEDICOS DE LA E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON" (f. 15), como se puede observar no se trata de la actividad económica de la E.S.E., ya que su objeto social es la prestación de los servicios de salud; igualmente según los contratos anexos al expediente, tanto de prestación de servicios suscrito con la señora DIANA MILENA

RODRIGUEZ SUAREZ, como los contratos laborales con los demás trabajadores, se observa que el objeto es: "PRESTACION DE SERVICIOS PERSONALES COMO APOYO EN EL AREA DE FACTURACION DE LA ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON", "ADMINISTRADOR DE SISTEMAS DE INFORMACION al CONTRATANTE" (f.s 45-79); "CAJERO DE FACTURACION, AUXILIAR DE FACTURACION (f.s 83-94).

Así mismo se observa en el listado suministrado por la FUNDACION HUMANUS (folio 118), respecto del personal que labora en la ESE, los cargos o funciones son los relacionados con auxiliares de facturación, entre otros.

Con fundamento en lo anterior se evidencia que **NO** se reúnen los requisitos necesarios para que se le dicten pliego de cargos a las empresas: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON y la FUNDACION HUMANUS, por la presunta Intermediación Laboral.

Así como tampoco se logró establecer desmejora salarial, pues dentro del Contrato de Prestación de Servicios se observa una remuneración de \$1.000.000 y en los contratos laborales un salario mínimo, contratos que son totalmente diferentes uno como ya se dijo de Prestación de Servicios con el Hospital San Juan de Dios de Giron y el otro un Contrato Laboral con la Fundación Humanus, al respecto es importante aclarar que en caso de pretenderse que se declare un contrato laboral, deberá la interesada acudir ante la Justicia competente a fin de que allí sea dirimida la controversia y se declare la realidad del tipo de contrato; además en el Contrato de Prestación de Servicios el trabajador debe asumir prácticamente la seguridad social en salud y pensiones, así como los demás descuentos que por ley deba hacerse y frente al contrato laboral, este se debe regir por el C.S.T., cuyas legales corresponden al empleador y su remuneración mínima es el salario mínimo o el convenido por las partes, el cual *resulta más gravoso por sus obligaciones legales que se adquieren, como son las prestaciones sociales, los aportes parafiscales, etc., razón por la cual muchas empresas optan vincular el personal mediante contrato de servicios, ya que este no implica nada más que el valor y las condiciones que se pacten, el cual está regulado por el código civil.*

Además es preciso reiterar que frente al Contrato de Prestación de Servicios, no es el despacho el competente para dilucidar lo inconvenientes que puedan surgir, sino la Justicia Laboral, ya que dichos contratos se deben someter al Código Civil y/o comercial.

Es importante tener claridad, que frente a la contratación en Colombia, existen dos formas legales de vinculación de trabajadores, ya sea mediante un Contrato de trabajo o mediante un Contrato de Prestación de Servicios, con características y condiciones especiales que permiten una u otra forma de vinculación, pues para que exista un contrato o relación laboral, se deben cumplir tres presupuestos: subordinación, remuneración (Salario) y prestación personal de la labor, y mientras estos presupuestos de den, la vinculación debe ser necesariamente mediante contrato laboral y frente al contrato de servicios no supone las mismas condiciones ni requisitos de un contrato laboral, ya que en el caso de un contrato de servicios, la

obligación es de hacer algo, mas no de cumplir un horario ni de tener una subordinación permanente, aunque en los dos casos, obviamente hay remuneración.

El Contrato de Prestación de Servicios puede ser civil o comercial, dependiendo del encargo (sí se deriva un contrato mercantil se regirá por la legislación comercial, en cambio, la prestación de servicios inherentes a profesiones liberales se regirá por la legislación civil.

Sobre el "contrato de prestación de servicios", la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154/97, Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló que "un contrato de prestación de servicios era la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada."

De igual forma mediante sentencia del 16 de mayo de 1991, proferida por el Consejo de Estado, sección primera, expediente 1323, Magistrado Ponente LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, se aclaró que a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse como contrato de Prestación de Servicios, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y la concepción tradicional que se ha tenido de aquel, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto y que han sido reconocidas por el Estado."

Según la Sentencia T-761A/13 establece:

"(...) uno de los postulados desarrollados de manera más prolija en materia laboral por esta Corporación es aquel conocido como el 'principio de contrato realidad' o 'primacía de la realidad sobre las formalidades. Como fue señalado en sentencia C-166 de 1997, esta máxima guarda relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 del texto constitucional como uno de los preceptos rectores de la administración de justicia. En desarrollo de esta máxima, corresponde al juez llevar a cabo un atento examen de cada uno de los elementos que rodean la prestación de servicios de manera tal que logre determinar el contenido material de la relación que subyace la pretensión de las partes que se dirigen a la autoridad judicial. En tal sentido, el operador jurídico se encuentra llamado a hacer prescindencia de los elementos formales que envuelven el contrato con el objetivo de establecer si en el caso concreto se presentan los elementos que de acuerdo al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo definen el vínculo laboral."."

El Concepto 159449 del 10 de junio de 2008, de este Ministerio establece:

...

"El Contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa y diremos que es laboral, cuando además de los elementos esenciales de un contrato, capacidad de las partes para contratar, consentimiento, causa lícita, objeto lícito, se den los elementos de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice:

"Elementos esenciales.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos Mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y,

c) Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

En cuanto al contrato de prestación de servicios, guarda los mismos elementos de cualquier contrato, y se rige por la normatividad civil o por la normatividad administrativa, dependiendo de la naturaleza jurídica de las partes,

Entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios, encontramos que su desarrollo se rige por normativas y directrices diferentes, por lo cual, el contrato de prestación de servicios no contempla los derechos y deberes propios del contrato de trabajo y específicamente, porque se encuentra ausente el elemento subordinación, es decir, el elemento dispuesto en el literal b) del artículo 23 transcrito, toda vez que el contratista por prestación de servicios, es autónomo e independiente en el desarrollo de su trabajo, sin que ello implique que no deba reportar al contratante, de la forma y en los términos contractual mente dispuestos.

En cuanto a cuál contrato suscribir, si de trabajo o de prestación de servicios, la modalidad de contratación que se elija, dependerá necesariamente de las funciones que la persona deba desarrollar. A manera de ejemplo, resultaría difícil suponer, que una secretaria, un ayudante, pudiera suscribir un contrato de prestación de servicios, toda vez que necesariamente, para el desarrollo de sus actividades, estaría sujeto a lo que dispusiera otra persona. En cambio, un abogado, un ingeniero y en general, un asesor, perfectamente puede desarrollar el objeto contractual para el cual fue contratado, con plena autonomía, no obstante, tener que reportar al contratante el desarrollo o avance del objeto contratado.

Como se puede apreciar, dependiendo del objeto contractual y la gestión que desarrollaría el contratista, la línea que diferencia un contrato de prestación de servicios de un contrato de trabajo es tenue, situación que a futuro podría originar

que el contrato civil inicialmente suscrito pueda mutar en uno de naturaleza laboral, con las implicaciones legales que ello originaría, en virtud de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades legales, referenciado en el artículo 53 Constitucional.

Así las cosas, si para el desarrollo de una labor, esa persona debe subordinación a otra o al menos, existe el espectro subordinante, su contrato debería ser laboral y no otro, pues podría llegarse a demostrar judicialmente su existencia y entonces, el contratante se denominaría empleador y habría de cancelar los emolumentos propios del contrato de trabajo.

En cuanto a su inquietud acerca de qué le puede reclamar a futuro el contratista, teniendo en cuenta que no existe contrato escrito de prestación de servicios, bien podría acudir ante la jurisdicción laboral en la búsqueda del pago de las acreencias propias del contrato de trabajo, pues en virtud del principio Constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades legales consagrado en el artículo 53 de la Carta, no obstante haber querido celebrar un contrato de prestación de servicios, durante el desarrollo del mismo bien pudo mutar en uno laboral, hecho que deberá determinar el Señor Juez Laboral, previo trámite del proceso ordinario correspondiente.”

Por lo tanto en el presente caso frente al hecho de la presunta desmejora salarial, se halla este despacho frente a situaciones que deben debatirse y probarse para hallarle la razón a quien logre probar lo enunciado, situación que no corresponde dilucidar a este Ministerio.

Así mismo el Consejo de Estado ha establecido reiteradamente de conformidad con el numeral 1 del artículo 486 del C.S.T., que la función policiva laboral no suple ni debe suplir la función jurisdiccional, razón por la cual no define “conflictos jurídicos o económicos inter partes, atribuyendo o negando a cualquiera de los sujetos enfrentados, derechos prerrogativas”. (Manual del Inspector página 49).

De igual manera estando frente a situaciones de carácter subjetivo que implicarían el juzgamiento de criterios jurídicos en conflicto y que los funcionarios del Ministerio del Trabajo no están autorizados para pronunciarse en situaciones litigiosas, se tiene además que el CONSEJO DE ESTADO ha reiterado en anteriores pronunciamientos, como en el caso de la sentencia de Agosto 17 de 2000, al expresar que “Siendo el conflicto de incontrovertibles perfiles jurídicos, los funcionarios del Ministerio de Trabajo carecían de competencia para dilucidarlo.

Por ello, la Sala reitera que la jurisprudencia de la Sección Segunda ha arrojado muchas luces sobre la diferencia que debe existir entre la competencia de los jueces laborales y la de los funcionarios administrativos.

La primera de las competencias, tiene a su cargo el juzgamiento y la decisión de los conflictos jurídicos mediante juicios de valor que califiquen el derecho de las partes; los segundos, ejercen funciones de policía administrativa para la vigilancia y control del cumplimiento de las normas sociales, control que se refiere a situaciones objetivas y que no implica en ninguna circunstancia función jurisdiccional, razón por la que los funcionarios administrativos autorizados para imponer multas, lo pueden hacer pero dentro de la órbita de su competencia.”

Como ocurre en el presente caso en que la señora DIANA MILENA RODRIGUEZ SUAREZ, denuncia presunta desmejora salarial y por la otra la ESE HOSPITAL SAN

JUAN DE DIOS DE GIRON, manifiesta haber suscrito contrato de prestación de servicios con su entidad y posteriormente contrato laboral con la FUNDACION HUMANUS, cuyos objetos eran labores de sistemas de información y cartera.

Sin embargo, es oportuno manifestar tanto a la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON, que según el marco legal colombiano prohíbe la intermediación laboral para actividades misionales, sin importar la figura jurídica que tome la intermediación, queriéndose con ello que las empresas y entidades vinculen directamente a sus trabajadores.

Sin embargo teniendo en cuenta el caso que nos ocupa y según el Auto Comisorio, resulta claro que no se está dando la figura de la INTERMEDIACION LABORAL, máxime teniendo en cuenta el objeto social de cada una de ellas y los contratos suscritos entre las entidades y entre estas y sus trabajadores, así como tampoco respecto a la desmejora salarial denunciada.

Por lo anterior este despacho no encuentra mérito para adelantar procedimiento sancionatorio contra la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON y a la FUNDACION HUMANUS, esto es, que una vez la autoridad adelantó las averiguaciones preliminares estas arrojaron que no existe motivo para continuar con la actuación en consecuencia se procede al archivo de las presentes diligencias.

Personas respecto de las que se archiva la actuación:

- EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON,
Nit. 890.203.242-7
- FUNDACION HUMANUS, con Nit. 900.157.101-5

En mérito de lo anteriormente expuesto la Coordinación del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial de Santander,

DECI DE:

ARTÍCULO PRIMERO: NO INICIAR PROCESO SANCIONATORIO contra las siguientes empresas: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON, con Nit. 890.203.242-7 y domicilio en la Calle 33 No. 25-36 y/o Carrera 26 No. 33-30 de Giron Santander y a la FUNDACION HUMANUS, con Nit. 900.157.101-5 y domicilio en la Calle 36 No. 31 - 39 Oficina 231 Centro Empresarial Chicamocha de Bucaramanga Santander, de conformidad con la querrela radicada bajo el número 8606 del 20 de Octubre de 2014, presentada por la señora DIANA MILENA RODRIGUEZ SUAREZ, por no demostrarse Intermediación Laboral Ilegal y la No Desmejora Salarial y por ende la no violación de los Artículos 127 y siguientes del C.S.T., Art. 35 del C.S.T., en concordancia con la Ley 50 de 1990 artículos 95 y 96., Ley 1429 de 2012 artículo 63, Decreto 2025 de 2011, según las razones expuestas en la parte motiva de este proveído y por tanto proceder al Archivo del **EXPEDIENTE** No. 7368001-0445 del 07 de Noviembre de 2014.

ARTICULO SEGUNDO: NOTIFICAR a la señora DIANA MILENA RODRIGUEZ SUAREZ, al correo electrónico: dimirosu@gmail.com, a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON, con Nit. 890.203.242-7 y

domicilio en la Calle 33 No. 25-36 y/o Carrera 26 No. 33-30 de Giron Santander y a la FUNDACION HUMANUS, con Nit. 900.157.101-5 y domicilio en la Calle 36 No. 31 – 39 Oficina 231 Centro Empresarial Chicamocha de Bucaramanga Santander y a los demás jurídicamente interesados en los términos de los artículos 67 a 69 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiendo que contra el presente acto administrativo, proceden los recursos de reposición, ante quien expidió la decisión y el de apelación, ante el inmediato superior, interpuestos en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIR BUELLO DIAZ

Coordinador Grupo de Prevención Inspección Vigilancia y Control

Elaboró: Profilia S.M.
Revisó/Aprobó: J. Puella