



FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADOS

TITULO:

EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: UNA FALACIA LABORAL

AUTORES:

JUAN JOSE JARAMILLO SANCHEZ

ELIZABETH GONZALEZ GARCIA

ASESOR:

JUAN CAMILO PULGARIN AGUILAR

MEDELLÍN- COLOMBIA

2019

AGRADECIMIENTOS:

A nuestro asesor, por enseñarnos a amar cada día más esta carrera, por su dedicación y por su gran ayuda en el desarrollo de esta tesis.

A nuestras familias por su apoyo incondicional y acompañamiento constante en nuestro proceso de formación.

Tabla De Contenido

Resumen:	4
Título: El Contrato De Prestación De Servicios Una Falacia Laboral	5
Antecedentes de la investigación:	5
Planteamiento Del Problema:.....	7
Justificación:.....	14
Pregunta:.....	17
Objetivos:	17
General:.....	17
Específicos:.....	17
Primero:	17
Segundo	17
CAPÍTULO I	18
Organización Interna De Los Trabajadores Oficiales:	18
CAPITULO II	24
Razones Jurídicas Del Contrato De Prestación De Servicios:	24
Capitulo III	34
Formulación De La Encuesta, Recolección De Datos Y Análisis De La Información.....	34
Trabajos citados	51

Resumen:

El presente trabajo se encarga de analizar la vinculación realizada a los profesores del Instituto De Recreación Y Deportes (INDER) por medio del contrato por prestación de servicios, ya que esto ha llevado a hacerse preguntas respecto de si es la manera correcta o no de contratar a los profesores que desarrollan funciones para esta entidad y si entre el INDER y los profesores existe algún tipo de subordinación. Así mismo, se observará si a nivel nacional se está verificando de forma detallada por parte de las entidades públicas locales y nacionales la correcta vinculación de los “contratistas”, como son llamados, con el fin de que las personas que se les vulneren derechos por medio del contrato de prestación de servicios puedan hacer valer sus derechos como lo tienen quienes están vinculados a través de un contrato laboral.

Para el caso en específico se realizó una serie de preguntas relacionadas con la contratación que se le hace a los docentes del INDER con el objetivo de buscar los elementos de un contrato laboral y con el fin de evidenciar que en la realidad no hay un verdadero contrato de prestación de servicios.

En este trabajo se identifican una serie de errores cometidos por parte de la administración pública y los directivos del INDER al desarrollar o encubrir los contratos que le realizan a sus profesores, pues estos deberían estar dentro de la planta de cargos de la entidad y estar vinculados mediante un contrato de origen laboral.

Título: El Contrato De Prestación De Servicios Una Falacia Laboral

Antecedentes de la investigación:

El siguiente trabajo está planteado desde la óptica jurídica y social que nos caracteriza, no solo como estudiantes de derecho, sino como dependientes judiciales y en el caso de uno de nosotros como conocedor de primera mano del manejo que se le da a este tipo de empleados dentro del Instituto de Recreación y Deportes (INDER). Él ha hecho parte activa de las clases de natación en el INDER durante 11 años y ha logrado vislumbrar por sí mismo un problema constante durante todo el tiempo que ha pertenecido a este curso referente a la contratación de los profesores que dictan dichos cursos, el cual será objeto de desarrollo en el transcurso de la presente investigación.

Analizando la situación, preliminarmente, encontramos ciertos indicios que pueden dar un punto de partida para el problema, el cual, podría pensarse, no surge en si desde nuestra legislación interna. Procuramos en el transcurso de la presente investigación ahondar más en el tema, ya que, el problema aquí referido, tiende a ser de mayor envergadura de lo que podría pensarse inicialmente. Por efectos académicos, sólo nos referiremos a dicha cuestión de manera somera enfocado al caso en cuestión. Se ha llegado a pensar que todo este conflicto surge entorno al neocapitalismo en que se sumerge el mundo actual y que el tema de las vinculaciones laborales y sus respectivos derechos podrían llegar a ser un tema de antaño, un mundo donde la fuerza laboral se ha convertido en un producto más del mercado, el cual, tiende a desplazar a un segundo plano las vinculaciones laborales y que tiende a suprimir las garantías laborales que con tantas luchas históricas se han reconocido como derecho.

Por ende, el problema en cuestión que se está presentando, tanto en las entidades estatales como el sector privado, es de anotar que no solo en el caso en mención, está en general afectando muchos trabajadores en el reconocimiento de sus garantías laborales. Bajo la prestación de servicios, figura traída de la legislación civil, no laboral, se está encubriendo una tendencia de carácter mundial que pretende cambiar el concepto de trabajador, suprimir las vinculaciones laborales y desconocer el pago de prestaciones que por ley deben los empleadores a sus trabajadores.

Nos encontramos con algunos problemas de carácter subjetivo que pueden afectar de alguna manera nuestro panorama del problema, nos estamos formando en un claustro con un enfoque en la protección de los derechos humanos, por ende, velaremos por ser objetivos frente al problema para llegar a plantear con claridad el panorama de este; teniendo presente las características que lo revisten. Lo anterior, nos impulsa a trabajar de una mejor manera para tratar de conocer de primera mano *¿cómo se realizan los contratos de los profesores de natación del INDER?*

Actualmente nuestro ordenamiento jurídico regula varias modalidades de contratación para las personas que trabajan con cualquier sector de la administración pública, para el tema en cuestión, en relación a la vinculación de los empleados públicos y trabajadores oficiales nos enfocaremos en la ley 80 de 1993, ya que esta normativa es la que da las pautas para determinar por cuál tipo de contrato debe ser vinculado las personas que pretenden trabajar con la administración pública.

Planteamiento Del Problema:

La presente investigación parte de una consulta de un profesor de natación del INDER a una de las personas que hacemos parte de este trabajo. El profesor de natación en cierta oportunidad le pregunta a este estudiante de derecho ¿Qué puedo hacer para que me paguen unos cursos que dicté a unas personas en un reemplazo que estaba haciendo de un compañero?, además, el profesor indicó, van tres meses desde la terminación de dichas clases extra que dicté y hasta el momento no me han pagado. Con base en lo anterior, como estudiante de derecho, lo primero que se decidió preguntarle era por qué no citaba a una audiencia de conciliación a su empleador, pero el profesor de natación respondió que el INDER no era su empleador directo, menciona que todos los profesores del INDER son vinculados por prestación de servicios.

Desde aquel día se comienza en averiguaciones con una compañera, también estudiante de derecho, acerca del caso del profesor del INDER y cuál podría ser una solución a su problema, acerca de este tema más que encontrar una solución se terminó fue discutiendo acerca de los inconvenientes entorno a la vinculación de los empleados con la administración pública. Así mismo, luego de esa discusión, ambos como dependientes judiciales hablamos de los casos que hemos conocido durante el desarrollo de nuestro trabajo de personas que demandan las entidades públicas porque las mismas los contratan de manera indebida, sin el cumplimiento de los preceptos legales, todo con el fin de evitar el pago de las prestaciones sociales que tiene derecho todo trabajador.

Luego de conversar el tema, encontrar la frecuencia con que el mismo se presenta en la actualidad y revisar todas las garantías laborales que desconocen como causa de este problema, decidimos, entre nosotros como estudiantes, realizar el presente trabajo con el fin de hacer un recuento normativo de las normas que regulan la vinculación de las personas con las entidades públicas, además, queremos conocer de primera mano la magnitud del problema enfocado con los profesores del INDER

Ahora, el profesor del INDER, de manera más amplia, también menciona que ellos están bajo la supervisión de unas personas a quienes llaman “Los Gestores”, que estas personas les dan indicaciones a los profesores del INDER y que cuando se presenta cualquier eventualidad estas son las personas encargadas de autorizar la cancelación de la clase cuando así lo solicitan los profesores, para los profesores de natación la presencia del Gestor significa una presencia de autoridad, pues estos son los que vigilan el desarrollo de su función. Así mismo, los profesores del INDER para el desarrollo de su función deben portar el uniforme de la institución y cumplir con los horarios establecidos para el desarrollo de sus clases. A partir de lo anterior, los que hacemos parte del presente trabajo vislumbramos que el caso de los profesores de natación del INDER afecta garantías laborales y que como consecuencia de lo anterior se está encubriendo una realidad jurídica por medio de una incorrecta vinculación con una entidad de carácter pública.

Para concretar se comienza a buscar los alcances del problema, en un principio se encuentra, como se mencionó anteriormente, que en el sector público se están presentando inconvenientes en relación con los contratos de sus empleados, esta situación no solamente está ocurriendo en el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín (INDER), sino que también está sucediendo en las diferentes esferas de la administración pública en general.

Ahora, por cuestiones del enfoque del presente trabajo únicamente nos referiremos frente a los profesores de natación del INDER en la ciudad de Medellín.

Como se viene mencionando, es cada vez más usual la contratación por prestación de servicios dentro de la administración pública, una figura que es traída de la legislación civil y que se está aplicando en los contratos de las personas que se vinculan directamente con la administración pública. Para traer a colación, uno de los casos que más nos llamó la atención fue frente a los profesores del Instituto de Recreación y Deportes de Medellín (INDER), porque revisando su información general encontramos que: “ *El Instituto de Deportes y Recreación de Medellín INDER, es el ente descentralizado de la Alcaldía de Medellín, encargado de fomentar el deporte, la actividad física, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, mediante la oferta de programas, en espacios que contribuyan al mejoramiento de la cultura ciudadana y la calidad de vida de los habitantes del municipio de Medellín. (...)*”¹. Si bien es cierto lo anterior, que buscan fomentar el deporte a través de ofertas al público, necesariamente, necesitan un personal para desarrollar dichas ofertas y consecuentemente una planta de cargos estructurada.

Se observa, a partir de lo anterior, que el INDER si cuenta con una planta de cargos, dentro de la cual se incluye son cargos administrativos, como son direcciones y subdirecciones (ver imagen 1). Pero, dentro de la misma planta de cargos se obvia a los profesionales que desarrollan las ofertas deportivas que presta el INDER.

¹ <https://www.inder.gov.co/es/transparencia/estructura-organica-y-talento-humano/informacion-inder/info>



(GRAFICA 1) Organigrama, Instituto de Recreación y Deportes de Medellín, 2016, tomado de: <https://www.inder.gov.co/es/transparencia/estructura-organica-y-talento-humano/informacion-inder/info>.

Según la ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 3: “*Son contratos de prestación de servicios los que celebren 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.” (subrayado dentro del texto original)², podría decirse, que si bien es cierto que los profesores que desarrollan las ofertas tienen un conocimiento especializado, para el funcionamiento de la entidad es indispensable la contratación de los mismos, específicamente, es necesario que dentro de la planta de cargos se incluya a los profesores que desarrollan las ofertas que presta el INDER, pues como se mencionó anteriormente en lo que es la información general para lo que fue creado el INDER, el deporte, la recreación física y el deporte se prestan a través de ofertas y que es claro que la misma se debe de prestar por medio de personal cualificado que debe hacer parte de la entidad y que debe estar incluido en su planta de cargos.

² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html, artículo 32, numeral 3.

El mayor problema que enfrentan las personas que prestan estas ofertas deportivas y recreativas, y a lo que se refiere el presente trabajo, a partir de la anterior contextualización, es que este personal son contratados por prestación de servicios, y a partir de allí, se obvian normativas de contratación estatal y se vulneran garantías con características laborales, tal como se va a mencionó anteriormente con la ley 80 de 1993 y como se va a hacer referencia a continuación frente a la normativa laboral.

Referente a la normativa laboral, el código sustantivo del trabajo, nos trae unos elementos para identificar en qué evento estamos frente a un contrato que reviste las características laborales, “ARTÍCULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran 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 patrono, 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; 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.”³, para concretar este artículo al tema de la contratación estatal, se puede mencionar que en el sector público es frecuente que los

³ Código sustantivo del trabajo, artículo 23.

municipios y las gobernaciones contraten a una persona por prestación de servicios, cuando es evidente que se presentan los elementos de un contrato laboral, ya que estas personas que cumplen las funciones por prestación de servicios en estas entidades públicas de manera personal, deben de cumplir un horario, tienen personas que les imparten órdenes constantemente, portan uniformes y reciben periódicamente un pago por el desarrollo de sus funciones.

Ahora, para para vislumbrar el problema en el caso específico, en el INDER, los profesores de natación tienen horarios de clases asignados, deben de portar el uniforme de la institución durante la prestación del servicio y tienen una persona a los cuales llaman “gestores”, quienes les imparten órdenes y los vigilan durante el desarrollo de su función, además de que ellos periódicamente reciben su salario.

Tanto en el personal de INDER que presta las ofertas, como en muchas entidades públicas, se presenta que los contratan por periodos de dos o tres meses y al finalizar el año se termina contrato y los llaman de nuevo en el mes de febrero, cuando se reinician las actividades y las personas que prestan las ofertas siguen siendo las mismas personas que pueden dejar en el mismo escenario o los cambien a otros, pero siguen contratando con el mismo personal.

Ahora, uno de los problemas más significativos es frente al contrato de prestación de servicios, encontramos que el empleador se libera del pago de las prestaciones que por ley se deben, el artículo 6 de la ley 1562 de 2015 dice en su inciso segundo: “ (...) El mismo porcentaje del monto de las cotizaciones se aplicará para las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios personales, sin embargo, **su afiliación estará a cargo del contratante y el pago a cargo del contratista**, exceptuándose lo estipulado en el

literal a) numeral 5 del artículo 2o de esta ley.”⁴ (negritas fuera del texto original), se colige de lo anterior que si bien la afiliación la hace quien contrata para la prestación del servicio, el pago de las cotizaciones las debe asumir el contratista, es una de las razones por la que los empleadores por ahorrar dinero contrata por prestación de servicios aunque en realidad se esté en presencia de un contrato que reviste todas las características de laboral, y para los profesores del INDER esta situación no es la excepción, a ellos también les corresponde hacer sus aportes a seguridad social. Todo esto por el hecho de encontrarse regulado en la legislación civil y no laboral, por esto es que el empleador tiene la facultad de emitir las órdenes y directrices para que el contrato se cumpla a cabalidad, se libra de las obligaciones legales que se tienen en el contrato laboral.

⁴ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1562_2012.html, artículo 6.

Justificación:

Con el presente trabajo se pretende hacer un aporte crítico - analítico sobre los conflictos que se presentan en relación con los contratos realizados a los empleados del sector público en Antioquia, particularmente, en relación con los profesores que desarrollan las ofertas del Instituto de Recreación y Deportes de Medellín (INDER).

La presente investigación es de gran relevancia tanto para el mundo jurídico como para el entorno laboral, ya que dentro esta se encuentra implícita una tendencia de carácter mundial, que en los años venideros pretende erradicar con estructuras sofisticadas muchas garantías laborales adquiridas con las vidas de las personas por quienes lucharon por los derechos laborales. Para el curso de la presente investigación pretendemos, en principio, tomar lo que podría considerarse una pequeña muestra de lo que es un gran problema, pero consideramos que en esta muestra está contenida la tendencia global

Justificamos la pertinencia de la presente investigación, partiendo en un inicio, desde la premisa de que las personas desconocen en muchas ocasiones las garantías que les revisten por el hecho de ser trabajador, o que conociendo dichas garantías no las exigen. todos, por ende, se encuentran cubiertos contra los riesgos que su profesión pueda derivar, además, de tener el acceso a un sistema de seguridad y salud. Así las cosas, el nuevo sistema de mercado tiende a crear nuevas estructuras para evitar cumplir con dichas garantías que por ley tienen los trabajadores, en nuestro caso específico, a los profesores del INDER se les indica que ellos tienen la libertad para el desarrollo de su función en los horarios que ellos programen; lo

cual no es cierto. Por el contrario, se logra evidenciar en realidad que si tienen jefes que les imparten órdenes, deben cumplir horarios, además de tener que portar el uniforme de la institución para el desarrollo de la función.

Se están generando nuevas estructuras globales con el fin de suprimir aquellas plantas de cargos que son indispensables para el desarrollo del objeto social y luego mencionan que no son parte esencial de la mismo. Por ende, las empresas comienzan a tercerizar de manera ilegal; ya que la función de las personas no es algo ocasional o para el mantenimiento de algún elemento. Sino, que, por el contrario, estas personas desarrollan labores de manera continua, subordinada y que es parte esencial del objeto social.

Por lo anterior, y sabiendo que el INDER cuenta con las diferentes actividades para las que fue creado necesita realizar contrataciones con profesionales capacitados en las diferentes áreas que este le brinda a la comunidad. No solo en temas deportivos, sino en temas que fomenten y ayuden a los niños y adultos al desarrollo cognitivo y físico, en los diferentes espacios con los que esta cuenta a lo largo de la ciudad de Medellín, por lo que sus profesores deben desplazarse a estos escenarios al desarrollo de sus ofertas.

El INDER, además de contar con diferentes grados jerárquicos de contratación según lo establecido en la **resolución 0084 de 2017**, como son: “*Director, asesor, profesional, técnico y asistencial*”⁵ cumpliendo lo que por ley se plantean las funciones que tienen quienes son contratados por las entidades. Encontrando, que, aunque se estipula el grado de contratación que van a adquirir, se encuentra que no está estipulado el tipo de contrato que se va a tener y

⁵ Manual de funciones, resolución general n- 0084 , del 21 de febrero de 2017

cuáles son las actividades que se van a realizar, sino, que se dan en un nivel muy general, dificultando que se conozca específicamente cuales son las actividades para realizar por cada “contratista”. Se puede afirmar, en principio, que es un contrato de prestación de servicios en el que se supone, la persona, cuenta con la libertad para realizar sus actividades. Pero, la realidad, es que termina siendo un contrato con las características de un contrato laboral, en el que ellos tienen la obligación de cumplir con un horario y órdenes de sus superiores. Además, deben estar disponibles a aquellas actividades que no vayan a ser realizadas dentro de sus funciones y cuando están dentro de sus funciones tener disponibilidad de horarios para dictar sus clases.

En el caso específico, encontramos, que los espacios con los que cuenta el INDER para realizar sus actividades es según la caracterización de los escenarios deportivos, son en total 886 escenarios deportivos, y en el tema específico de natación cuenta con un aproximado de 26, entre las que hay piscina olímpica, semiolímpica, subacuática, nado sincronizado, infantiles y clavados.⁶ Actividad que puede ser desarrollada por personas de las diferentes edades primera y segunda infancia, adolescencia, juventud, adultos y adultos mayores, es decir, el INDER cuenta con actividades para que realice toda la comunidad de Medellín.

⁶ <https://www.inder.gov.co/es/oferta/escenarios-deportivos-y-recreativos>

Pregunta:

¿Cómo se afectan los derechos laborales de los docentes del INDER vinculados mediante el contrato de prestación de servicios?

Objetivos:

General: Analizar las garantías laborales inmersas en el contrato de prestación de servicios de los profesores de natación del Instituto de Recreación y Deportes (INDER).

Específicos:

Primero: Determinar las razones jurídicas por las cuales no se cumplen con los presupuestos fácticos contenidos en la prestación de servicios frente al tema de la contratación de los profesores de natación del INDER

Segundo: Identificar cuáles son las garantías que se les vulneran a los profesores de natación del INDER, contratados por medio de Prestación de Servicios, en relación con las que tendrían en un contrato de origen laboral.

Tercero: Realizar una entrevista previamente diseñada a un profesor de natación del INDER con el fin de evidenciar que en su contrato con el INDER están presentes los elementos de un contrato laboral

CAPÍTULO I

Organización Interna De Los Trabajadores Oficiales:

Antes de comenzar con un marco normativo interno frente al tema en cuestión es importante traer a colación un desarrollo teórico realizado por la Organización Internacional Del trabajo (OIT), ellos se han dado a la tarea de hacer una observación sobre las nuevas modalidades o vinculaciones laborales y lo han denominado bajo el nombre de: *“Formas atípicas de empleo”*, sobre el tema han mencionado en relación con la prestación de servicios: *“Las razones subyacentes a la expansión de las modalidades atípicas de empleo así como los acuerdos contractuales para la realización de trabajos de carácter dependiente que sobrepasan el ámbito de una relación de trabajo son diversas y se asocian tanto a retos económicos, técnicos o de organización como a los cambios políticos y jurídicos que han facilitado su aparición. También han contribuido a dicha expansión la emergencia de nuevas actitudes frente al trabajo. Sea cual sea la razón, el hecho es que muchas personas con empleos atípicos o que no tienen el estatuto de trabajador, no gozan de protección social alguna o ésta es mínima en virtud de la legislación laboral o sobre seguridad social vigentes.”*⁷Es de gran relevancia lo mencionado por la OIT puesto que observa aquellas relaciones dependientes que sobrepasan el carácter de una vinculación laboral en relación con los avances tecnológicos y nuevos modelos económicos. Para nadie es desconocido que actualmente vivimos en un mundo globalizado en donde el factor tecnología está teniendo gran relevancia en el ámbito laboral, las personas en muchas ocasiones se están convirtiendo superfluas para el desarrollo de muchos empleos. También es importante mencionar que las

⁷ Contratos de Trabajo, <https://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/themes/ce.htm>.

nuevas economías a nivel mundial no son tan estáticas como lo eran hace un siglo, los modelos proteccionistas arcaicos de los estados han sido suplidos por un modelo de intercambio capitalista salvaje, el trabajo de las personas se ha convertido en un producto más dentro del mercado y ahora no hay una relación tan directa entre quien contrata y quien presta un servicio dentro de una empresa, tal es el punto de esta situación que entre el que contrata y el que desarrolla un trabajo hay muchos intermediarios, por ende la persona que en teoría debería ser un trabajador se convierte en un contratista para un tercero que puede o no contratar directamente con el que paga para una labor propia de su objeto social, así mismo la persona que solicita al “trabajador” dice no ser su empleador directo porque como se mencionó este se contrata es por medio de un intermediario. La OIT ha dicho que es una “*relación triangular*” porque en la práctica no se vinculan directamente empleador - trabajador, sino que la persona que necesita una labor para el desarrollo propio de su objeto social contrata a otra persona, puede ser natural o jurídica, para la prestación de un servicio y está a su vez esta persona contrata con otra persona para que desarrolle la función en cuestión, esta última persona dentro de esta relación puede desarrollar por mucho tiempo labores para la empresa inicial, bajo constante subordinación de quien solicita el servicio y con el cumplimiento de horarios determinados, es importante anotar que esta persona debe repartir utilidades con el intermediario y que la misma está a cargo del pago de sus propias prestaciones sociales.

Para el caso planteado los profesores del INDER no tienen intermediarios, se vincula a través del contrato de prestación de servicios directamente con el INDER, llama la atención que muchos profesores de esta entidad les atrae mucho la idea de trabajar bajo la modalidad de prestación de servicios contenida en la ley 80 de 1993, pues estos creen que de esta manera es posible manejar su propio tiempo y trabajar de manera autónoma, únicamente con las directivas definidas por el INDER dentro de su contrato, pero esta premisa suele estar muy

apartada de la realidad porque cierto es que entidad les define horarios para el desarrollo de sus clases y una constante supervisión.

A nivel nacional se observa como las funciones que deben ser realizadas en las entidades públicas en su mayoría lo hacen personas naturales, quienes son denominados servidores públicos o trabajadores oficiales, existiendo entonces dos partes dentro del contrato el empleador y el trabajador. Cuando el Estado es quien se encuentre en esa relación contractual se le conoce como empleador o patrono.

En Colombia ha surgido entonces un acuerdo el pasado 24 de mayo del 2019, el cual regirá hasta el 31 de diciembre del 2020, en este se plasma una serie de pactos entre el sindicato de empleados públicos a nivel nacional y el gobierno nacional.

Para el desarrollo del presente trabajo interesa lo pactado en el primer capítulo, numeral primero, inciso tercero. Allí, se acordó, que se hará una inclusión en el decreto 1083 del 2015, el cual desarrolla todo lo pertinente a la función pública, se dice que: “ (...)se creará una mesa de trabajo por el empleo público, la actualización/ ampliación de las plantas de empleo, **la reducción de los contratos de prestación de servicios** y garantizando un trabajo digno y decente(...)”⁸(*Negrillas fuera del texto original*). En base a lo anterior, a partir de una lectura negativa del enunciado, quiere ello decir que la administración pública reconoce que existen empleos dentro de la misma que hacen parte natural del desarrollo de la función pública pero que no están incluidos dentro de las plantas de cargos. Así mismo, indica este acuerdo, que la administración pública de alguna forma está reconociendo que al contratar

⁸https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/negociacion_colectiva_docs/Acuerdo-Nacional-Estatal-2019.pdf

por prestación de servicios está vulnerando garantías laborales al omitir dentro de su planta de cargos empleos que en esencia son parte de la función pública.

si bien, el decreto anteriormente referido no tiene aplicación para los trabajadores del caso en cuestión, ya que los sujetos definidos en el anterior decreto son aquellos que sus funciones vienen definidas por la ley, de igual manera se trae a colación, toda vez que, se evidencia la omisión de la administración pública de vincular de manera correcta a sus funcionarios, con todas las garantías que ello conlleva, y opta mejor por contratarlos por medio de una figura de carácter civil que no implica una vinculación directa con la administración pública; sino que se rigen por unas directrices del contrato. Pero, surge la inquietud de: **¿si realmente los contratistas están o no subordinados a alguna persona vinculado directo de la administración pública?** o **¿si realmente los contratistas trabajan sin subordinación y únicamente con el cumplimiento de las directrices iniciales?**, estas dos preguntas, aplicando el principio del paralelismo de las formas, podría ser un indicio claro de que sí a nivel nacional o departamental está sucediendo que los funcionarios públicos son vinculados por prestación de servicios, conociendo que su función viene definida por ley y así mismo deben ser nombrados como funcionarios directos de la administración pública, podría ello indicar que aquellos que se deben vincular por contrato laboral, como son los trabajadores oficiales, también se les están vulnerando garantías como consecuencia de la incorrecta vinculación. Además, de que aquellas personas que en esencia también deberían considerarse como un trabajador, al contratar por prestación de servicios, puede ocurrir que también esté subordinado a una persona vinculada de la entidad contratante, que para el caso en concreto que se está tratando, el INDER tiene contratistas que cumplen directrices y además están subordinados a un superior.

Según lo establecido en el **decreto 1364 de 2012** de Medellín, se decretó que las entidades de la administración pública se denominan dependencias, en las que se cumple con unas determinadas funciones partiendo de los principios que rigen la administración.

según el artículo 244. del decreto en mención, dice: *“Objeto del Instituto de Deportes Y Recreación – INDER. El Instituto de Deportes y Recreación – INDER, establecimiento público, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y financiera, adscrito a la Secretaría Vicealcaldía de Educación, Cultura y Participación, tiene como objeto planear, programar, ejecutar, hacer seguimiento y control a las actividades físicas, deportivas y recreativas, así como aquellas sobre el uso del tiempo libre, conforme con las necesidades detectadas. Fomentar la práctica del deporte y su difusión, coordinar el desarrollo de programas y proyectos con los diferentes organismos deportivos. Asimismo, apoyar el deporte escolar, social comunitario y asociado. Tendrá a su cargo la administración, mantenimiento, construcción y adecuación de los escenarios deportivos y recreativos públicos del municipio de Medellín.”*⁹ Con base en lo anterior, teniendo en cuenta el objeto del INDER descrito en el artículo anterior, cuando se menciona que el INDER debe desarrollar *programas y proyectos con los diferentes organismos deportivos*, implícitamente ello indica que necesitan de un personal dentro de su planta de cargos para desarrollar dicha función, en el entendido de que no solo es personal administrativo sino que también necesitan personal operativo para el desarrollo de dichas actividades, acá es donde deberían estar ubicados los profesores de natación del INDER los cuales se vislumbra que son profesionales que desarrollan el objeto social de este.

Por lo anterior, podemos observar que al hablar de una relación laboral encontramos que la constitución de 1991 trajo consigo una protección importante en materia laboral, en aquello

⁹ DECRETO NÚMERO 1364 DE 2012, Artículo 244.

descrito como una *“actividad libre, consciente y noble, necesaria para la vida, la cual genera capital y aumento de labores...”*¹⁰ Es por ello por lo que la relación laboral en Colombia se convirtió en uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad, el cual ayuda al estado a lograr cada uno de sus fines esenciales.

La relación laboral en la que se encuentran las entidades que hacen parte de la organización administrativa se puede dar mediante diferentes vinculaciones, a través de las cuales, la persona realiza la actividad para la que fue contratada de manera personal, subordinada y coordinada por los entes del estado y como consecuencia de ello la persona va a recibir un salario. Al ser contratado por una entidad estatal se observa la conversión de una relación en la que ambas partes son titulares de derechos y obligaciones; es por ello que dentro de los contratos de prestación de servicios en los que se encuentra una entidad pública, como en el caso en específico el INDER, al realizar diferentes tipos de contratación se podría entonces predicar que el contratista se encuentra es dentro de una relación laboral, toda vez que dentro de las funciones a realizar por los contratistas del INDER se deben dar de manera permanente, esta es una de las prohibiciones expresas que se encuentra en el Decreto 2400 de 1968, en relación con el Decreto 1950 de 1973, toda vez que si ello llegare a ocurrir se podría predicar una relación laboral.

Por ende, los contratos que se realicen con las entidades públicas se deben celebrar de manera escrita, aunque no se tiene la obligación de elevarlo a escritura pública.

¹⁰ <https://www.colectivodeabogados.org/Derecho-al-trabajo>, 61, 2.1 Definición

CAPITULO II

Razones Jurídicas Del Contrato De Prestación De Servicios:

La prestación de servicios dentro de la ley 80 de 1993 se encuentra definida dentro del artículo 32 numeral 3, el cual reza: “(...) *Son contratos de prestación de servicios los que celebren 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. (...)*” (subrayado dentro del texto original). A partir del anterior artículo se debe tener presente que la prestación de servicios, figura traída de la legislación civil, dentro del sector público únicamente se debe usar cuando la actividad que se deba prestar no pueda ser desarrollada por el personal de planta o cuando se requiera un conocimiento especializado. Si bien, los profesores de natación del INDER son profesionales universitarios en la labor que desarrollan, nada obsta para que no estén los mismos incluidos dentro de la planta de cargos de dicha entidad, pues ellos son quienes desarrollan su objeto social y preparan las actividades físicas propias de la oferta que el INDER ofrece a la ciudadanía en general.

Cuando una entidad pública planea contratar por prestación de servicios con una persona natural lo hace de manera directa según lo establecido en la ley 1550 de 2007, artículo 2, numeral 4, literal h¹¹; el cual reza lo siguiente: **Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:

¹¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

(...) h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;(...). con base en lo anterior, ello implica que cuando una entidad pública necesita contratar este tipo de profesionales no deberá dar apertura a una convocatoria pública, con todos los requisitos que la misma implica, sino, que sencillamente podrán contratar a cualquier profesional que sea idóneo para el cargo. No obstante, lo anterior, el objeto de dichos contratos de prestación de servicios según las consideraciones de la Sentencia de Unificación Jurisprudencial, fallo 41719 de 2013 del Consejo de Estado (ver cuadro 1), de la Sala de lo Contencioso Administrativo, dice en las especies contractuales acerca de la modalidad de contrato de prestación de servicios profesionales: *“Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectual cualificado: el saber profesional.*

*Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.”*¹² Así las cosas, el Consejo De Estado ha dejado claro el tema de prestación de servicios profesionales dentro de las entidades públicas. Llama la atención cuando se menciona que el servicio que prestan estos profesionales es de carácter asistencial, pues dice que los mismos *bien sea acompañándolas,*

¹² <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=68116>

apoyándolas o soportándolas, ayudan a las necesidades de la entidad pública, tal premisa parece ser que en el caso del INDER no se cumple a cabalidad, pues en dicha entidad estos profesionales no solo están con carácter de acompañamiento o apoyo, sino, que por el contrario, estos profesionales desarrollan plenamente el objeto social de esta entidad. Se desconoce completamente el fin del contrato de prestación de servicios desarrollado por la jurisprudencia porque se logra observar que los profesionales que desarrollan las funciones en el INDER deberían hacer parte de la planta de cargos de la entidad en cuestión. Además, se les debería reconocer una relación contractual de origen laboral y no de una prestación de servicios profesionales, en donde tengan todas las garantías que la ley laboral reconoce a cualquier trabajador.

Tipo contractual	Especies contractuales y características.
<p>Contrato de prestación de servicios.</p> <p>Definición legal. Ley 80 de 1993. Artículo 32, numeral 3°.</p> <p>Son contratos de prestación de servicios los que celebren 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.</p>	<p>Contrato de prestación de servicios profesionales.</p> <p>Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectual cualificado: el saber profesional.</p> <p>Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.</p> <p>Contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.</p> <p>Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.</p> <p>Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectual, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.</p> <p>Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades</p>

	operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.
	<p>Contrato de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.</p> <p>Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocidas como realizador o productor de arte o trabajos artísticos.</p>
<p>Contrato de Consultoría</p>	<p>Su objeto contractual está centrado hacia el desarrollo de actividades que implican el despliegue de actividades de carácter eminentemente intelectual, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos están dirigidos, específicamente, al cumplimiento de ciertos cometidos expresamente definidos por el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; esto es, para la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control o supervisión. Se incluyen dentro de este tipo aquellos contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programas y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.</p> <p>Además de estos objetos contractuales, se incluyen allí aquellos que las demás disposiciones legales especiales (y reglamentarias) establezcan.</p>

¹³(Cuadro 1)

¹³ DEMANDANTE JUAN CARLOS CASTAÑO POSADA DEMANDADO: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS, Radicación: 110010326000201100039 00 (41719), CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 2013/12/02, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Aquello que es importante para demostrar la relación con el empleador, la posición de la Corte Suprema de Justicia establece que más que demostrar la subordinación es importante demostrar frente a quien se piden permisos, recibir llamados de atención, esto no implica que no se le pueda reclamar al contratista por incumplimiento en la labor establecida. En este sentido, es importante aclarar que el desarrollo de la actividad se desprende del cumplimiento de la actividad, por ello puede enviar a alguien más para realizar la actividad contratada.¹⁴

De manera que se infiere que en el caso en específico el Instituto de Recreación y Deportes (INDER) se encuentra ligado de manera directa a la administración pública dentro de la ley 80 de 1993 y el decreto 1364 de 2012, es por ello que vemos que dentro de la administración se está contratando mayormente por prestación de servicios que por contrato laboral, siendo entonces la administración quien debería garantizar los derechos laborales de sus empleados e indirectamente es quien los está vulnerando al contratarlos por prestación de servicios. Es por lo tanto importante que en el momento en que se llegue a un proceso judicial, se reconozca que la relación no es civil sino laboral.

En la sentencia referida anteriormente el Consejo de Estado hace una aclaración en uno de sus pie de página, dice que la figura de prestación de servicios es tomada de la legislación civil e incorporada en la contratación estatal, lo aclara de la siguiente manera: *“f) En el marco de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebran las entidades públicas –incluyendo los de prestación de servicios- se rigen por las disposiciones civiles y comerciales que disciplinan el tipo negocial utilizado por la administración y las especiales previstas en dicho estatuto público contractual (artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993).”*¹⁵ Lo anterior nos indica que frente a la prestación de servicios incorporada en la ley 80 de 1993 también le son aplicables las normas sustantivas contenidas en el Código civil y

¹⁴ https://www.gerencie.com/contrato-de-servicios.html#Caracteristicas_del_contrato_de_servicios

¹⁵ DEMANDANTE JUAN CARLOS CASTAÑO POSADA DEMANDADO: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS, Radicación: 110010326000201100039 00 (41719), CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 2013/12/02, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Página 46, Pie De Página 87, Literal f

en el Código de Comercio, ya que de estas dos normativas se fundamenta la prestación de servicios en el sector público.

Partiendo de lo anterior se observa que el contrato de prestación de servicios dentro de la normativa colombiana está ligado directamente a la normatividad civil. Ahora, se encuentra frente al caso en cuestión aquí tratado que en algunos casos esta tipología contractual encubre los elementos esenciales de un contrato laboral, encontrándose que en esta manera de contratación la persona que va a darle la ejecución al contrato tiene la necesidad de cumplir horarios, además de presentar continuidad y subordinación. Según la corte constitucional la persona tiene la autonomía para realizar las actividades para las cuales ha sido contratada, pues este es el espíritu de la norma traída de la legislación civil e incorporada en la ley 80 de 1993.

En el caso de los profesores del instituto de recreación y deportes (INDER), tienen la obligación de rendirle cuentas a su supervisor, quien es la persona encargada de vigilar las actividades para las cuales han sido contratados, así como también, tienen que darle cumplimiento a unos horarios y lugares establecidos para dictar las clases de natación, toda vez que son estos los que el INDER les brinda a los usuarios para tomar sus respectivas clases.

Se sabe, que para que un contrato que inicialmente fue conocido como de prestación de servicios y que indirectamente es un contrato laboral se necesita la declaración de juez al que se le deberán demostrar aquellos requisitos que tiene el contrato laboral, específicamente con los que cumple el contrato con el cual se encubre una verdadera relación laboral. Sin importar el nombre que se le a un contrato el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo establece que si se cumple con aquellos requisitos que hacen parte del contrato laboral esta relación siempre debe ser reconocida como laboral.

Es por ello por lo que este tipo de contrato debería ser reconocido por los empleadores como verdaderamente se vislumbra en el Código Civil, como aquel en el que una persona realiza determinada actividad sin que medie una subordinación o dependencia frente a quien realiza la contratación, ya que esta persona fue contratada en razón de las capacidades y experiencia que presenta en el manejo de esa actividad. Así mismo, se conoce que en esta relación a quien se contrata no tiene la obligación de cumplir con determinadas características que tiene el contrato laboral, en este caso la persona tiene independencia, su contrato es limitado en el tiempo, así como también, tiene la obligación de realizar los pagos a prestaciones sociales y su remuneración no es reconocida como salario sino como el pago de unos honorarios por la labor realizada. Esto último, es hace una gran diferencia en relación con el contrato laboral, el cual, si tiene subordinación, el empleador debe pagar prestaciones sociales, puede o no estar limitado en el tiempo y la remuneración se conoce como salario. Además, aquí las actividades se deben de presentar de manera personal según lo establecido en el artículo 38 de C.S.T y de la seguridad social; Es por ello que los empleadores deciden últimamente contratar a sus trabajadores por medio de la prestación de servicios.

Con base en lo anterior la jurisprudencia dio a conocer el nombre de una figura dentro de la cual encaja el marco normativo de aquella relación, que en un principio, fue concebida como una prestación de servicios y que luego cuando se le quiso dar cumplimiento al contrato se avizoró en la realidad una relación laboral, para el reconocimiento de esta figura se deben cumplir estos requisitos: El servicio debe ser prestado personalmente por el mismo trabajador (prestación personal del servicio), En la ejecución del servicio debe presentarse una continuada subordinación del trabajador frente al empleador; Recibir una remuneración por la prestación personal del servicio. En el caso de los profesores del INDER, encontramos que estos cumplen con aquel elemento esencial que es "*Exista subordinación*", toda vez que este se da de manera continua e ininterrumpida, además del cumplimiento de órdenes por parte

del supervisor y el cumplimiento de unos horarios estipulados, eliminando de manera indirecta aquella independencia y autonomía con la que cuentan “los contratistas” de aquella modalidad, eso sí sin dejar de lado que quien es contratado por parte de esta modalidad, puede tener el cumplimiento de órdenes y horarios, pero sin perder la autonomía con la que cuentan para el cumplimiento de las actividades para las que ha sido contratado.

A la luz del principio de transparencia el INDER como entidad pública estaría vulnerando la garantía de los profesores de estar en iguales condiciones que el resto de los empleados de la misma entidad, aunque la sentencia C-154 de 1997¹⁶ diga que no se vulnera el principio constitucional de la igualdad en los contratos de prestación de servicios en el sector público, para el caso de los profesores de natación el evento de tratar igual lo que materialmente es igual no se cumple, porque si bien ellos tienen un conocimiento especializado tal como lo dice la ley 80 de 1993 para contratar por prestación de servicios, no es cierto, que lo hagan de forma autónoma e independiente, por estos motivos los profesores de natación aunque siendo profesionales en el área que desarrollan no se les debe diferenciar de aquellas personas que tienen un vínculo contractual de carácter laboral con la entidad en mención. Los profesores del INDER realmente si tienen un jefe que verifica el cumplimiento del desarrollo de la función y que además le imparte órdenes para el desarrollo de estas, incluso, se puede evidenciar que los profesores de natación tienen un horario definido para las clases y que deben de usar el uniforme de la entidad para cumplimiento de estas.

Ahora, teniendo en cuenta el principio de planeación, el cual debe regir toda actividad de la administración pública en general y de las entidades públicas en particular, el INDER, teniendo presente su objeto social y que uno de sus fines es desarrollar actividades físicas al

¹⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-154_1997.html#1

aire libre, tendría necesariamente que organizar dentro de su estructura organizacional una escala en donde se encuentren los profesionales que desarrollan dicha actividad. Además, si se parte del principio de planeación mencionado, la administración pública no debería dejar indefinida las situaciones jurídicas de ninguna persona que desarrolla cualquier función para esta. Pero, en el caso de profesores de natación ello no ocurre puesto que el INDER los contrata por periodos de dos o tres meses en un mismo año, esta situación no es algo que ocurre desde hace un par de años, ha ocurrido la misma situación durante todos los años de existencia que lleva funcionando dicha entidad. Se evidencia, teniendo presente lo anterior que su función de dictar clases de natación no es tan asistencial o apoyo para la entidad, sino, que, por el contrario, hace parte indispensable para el desarrollo de los fines de esta.

Según lo planteado en el presente capítulo se puede llegar a colegir que el contrato de prestación de servicios en el sector público tiene un carácter meramente asistencial, esto en el sentido de que el mismo debe ser usado cuando se requiere de un conocimiento especializado o se necesita el desarrollo de una actividad la cual no se encuentra dentro de la planta de cargos de una entidad pública en particular.

Si bien, como se mencionó anteriormente, los profesores el INDER tienen un conocimiento especializado en la función que desarrollan, la misma hace parte de su objeto social, quiere ello decir que los profesores en realidad no están cumpliendo una función asistencial o de apoyo dentro de la entidad en cuestión. En el CAPÍTULO III de la presente investigación se darán a conocer datos reales acerca de profesores que trabajan para el INDER a los cuales se les hace una entrevista con la pretensión de buscar elementos de la esencia en una vinculación de carácter laboral, elementos como la subordinación y la prestación personal del servicio son el punto clave para determinar si existe una efectiva vulneración de garantías en el sector público en general y en el INDER en particular.

Otro aspecto importante por resaltar del presente capítulo es el desconocimiento o impago de las prestaciones sociales por parte del INDER a sus profesores vinculados a través de la prestación de servicios, esta figura de carácter civil incorporada en la ley 80 de 1993 obliga a los profesores del INDER pagar ellos mismos sus prestaciones sociales, so pena de que si no se están pagadas no pueden desarrollar funciones para la entidad.

Capítulo III

Formulación De La Encuesta, Recolección De Datos Y Análisis De La Información

Se decide como parte de la presente investigación la realización de una encuesta con los profesores del INDER con el fin de verificar los planteamientos aquí contenidos. Así mismo, se pretende observar a través de la misma atender a si se presentan a cabalidad los elementos contenidos en el artículo 23 del Código Sustantivo Del Trabajo frente a la vinculación actual de los profesores del INDER.

Para una mejor realización de la encuesta y un fácil análisis de los datos esta se realizó a través de un formulario de Google.

La encuesta para desarrollar es la siguiente:

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA APLICACIÓN DE ENCUESTA¹⁷

¹⁷ <https://forms.gle/XQn3bE7CHiK7zszy9>, Encuestas

Trabajo de Grado: "El contrato de prestación de servicios una falacia laboral"

Cordial saludo;

Le damos las gracias por participar de manera voluntaria en la presente entrevista que nos será gran ayuda a nuestra investigación.

Para comenzar, somos estudiantes de derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana que como parte de nuestro proyecto de grado estamos en la elaboración de unas entrevistas con el objetivo de identificar el respeto de las garantías laborales mínimas por parte de los empleadores cuando contratan personal bajo la modalidad de prestación de servicios en el sector público del nivel municipal.

La entrevista cuenta con diez preguntas, se garantiza plena reserva de la información personal de los participantes, se les informa que la entrevista será de manera escrita por medio de entrevistas de Google. Las preguntas que allí se contienen no tocan aspectos subjetivos del participante. Lo que se busca con ellas es identificar unos criterios objetivos desde la legislación colombiana para verificar si el participante que fue contratado por prestación de servicios debió ser contratado por medio de un contrato laboral en cualquiera de sus modalidades. Todo lo anterior, en base a los criterios traídos por la norma laboral para identificar un contrato de trabajo como son: prestación personal del servicio, subordinación patronal y un salario periódico.

En caso de que la presente investigación sea ganadora de algún tipo de concurso o premio, no se reconocerá públicamente a los participantes de la entrevista. Igualmente, si el premio consiste en dinero o cualquier otra cosa material o inmaterial, no se reconocerá parte del premio a los participantes de la entrevista.

Se informa que esta entrevista posee un riesgo mínimo, ya que la información aquí contenida se hará con fines meramente académicos.

El participante de la entrevista puede desistir de la misma en cualquier momento.

Dirección de correo electrónico *

Tu dirección de correo electrónico

¿DONDE PRESTA USTED SUS SERVICIOS? *

- En instalaciones de propiedad del Municipio de Medellín
- En instalaciones de propiedad del INDER
- En un lugar escogido por usted
- Otro: _____

¿HACE CUANTO TIEMPO PRESTA USTED ESE SERVICIO? *

Tu respuesta

¿Cómo se denomina la contratación que usted celebra con el INDER? *

Tu respuesta

¿Sabe usted que su contratación no es de carácter laboral? *

- SI
 NO

¿Debe usted cumplir con un horario de trabajo? *

- SI
 No

¿Quién le paga los honorarios por la prestación del servicio? *

Tu respuesta _____

¿Cada cuánto le son pagados los honorarios? *

Tu respuesta _____

¿Le hacen descuentos del pago de los honorarios? *

- SI
 NO

¿Además de los honorarios, le es reconocida algún otro valor? *

Tu respuesta _____

¿Cuántos meses por año presta usted sus servicio al INDER? *

- 1 A 3 MESES
 4 A 6 MESES
 6 A 12 MESES
 Otro: _____

¿CUÁNTOS CONTRATOS LE HACEN EN UN AÑO? *

1 a 2 CONTRATOS

2 a 3 CONTRATOS

3 o más

¿QUE PASA SI USTED NO CUMPLE CON LOS HORARIOS ESTABLECIDOS PARA REALIZAR LA LABOR PARA LO QUE FUE CONTRATADO? *

Le hacen un llamado de atención

Lo suspenden

Dejan que alguien más lo reemplace

¿A usted le hacen llamados de atención? *

SI

NO

Si la respuesta anterior fue si, indique quién le ha hecho los llamados de atención.

Tu respuesta _____

¿Usted ha sido llamado a descargos? *

Tu respuesta _____

Si la anterior la respuesta fue sí, indique ¿Quién lo ha llamado a descargos?

Tu respuesta _____

AUTORIZO Y ACEPTO PARTICIPAR EN SIGUIENTE ENTREVISTA Y QUE LOS RESULTADOS DE LA MISMA SEAN INCLUIDOS EN LA TESIS DE GRADO "El contrato de prestación de servicios una falacia laboral" *

Por favor escriba su nombre completo y cédula, se le recuerdan los datos acá manifestados son completamente confidenciales.

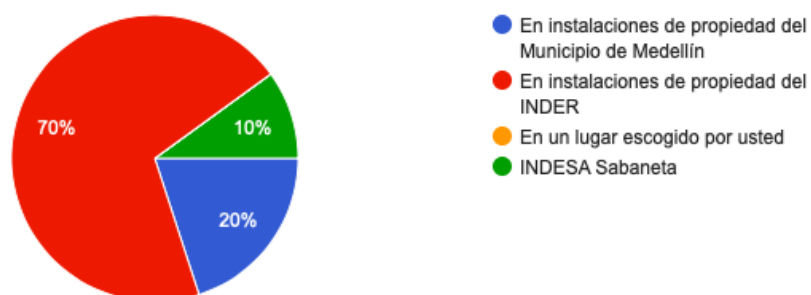
Tu respuesta _____

A partir de la anterior encuesta se han recolectado datos muy pertinentes con el presente trabajo, frente a algunas respuestas de la encuesta desarrollada se han encontrado graves violaciones a garantías laborales, cabe resaltar que de todos los profesores entrevistados ninguno manifestó tener una vinculación laboral con el INDER.

Inicialmente debemos mencionar que se presentaron algunos inconvenientes para la realización de las encuestas, en relación a que varias de las personas que les enviamos las encuestas presentaban un poco de renuencia a responderlas por temor a ser despedidas por el INDER, algunos profesores nos manifestaron que les tienen prohibido hablar del asunto. Por ende, aunque en principio la idea central era realizar el presente trabajo sólo sobre los profesores de natación del INDER y así acotar la realización de las encuestas al máximo, nos vimos en la necesidad de tomar la decisión de ampliar el enfoque del trabajo a los profesores del INDER en general y no a los de natación en particular como estaba planteado inicialmente, todo esto para lograr una mejor muestra del problema en cuestión. De esta manera logramos obtener una mayor muestra de profesores que desarrollan labores dentro de la institución, sean directos o indirectos, ya que algunos no solo están contratados por la alcaldía de Medellín, sino por las alcaldías de los demás municipios del área metropolitana. (véase imagen 1.)

¿DONDE PRESTA USTED SUS SERVICIOS?

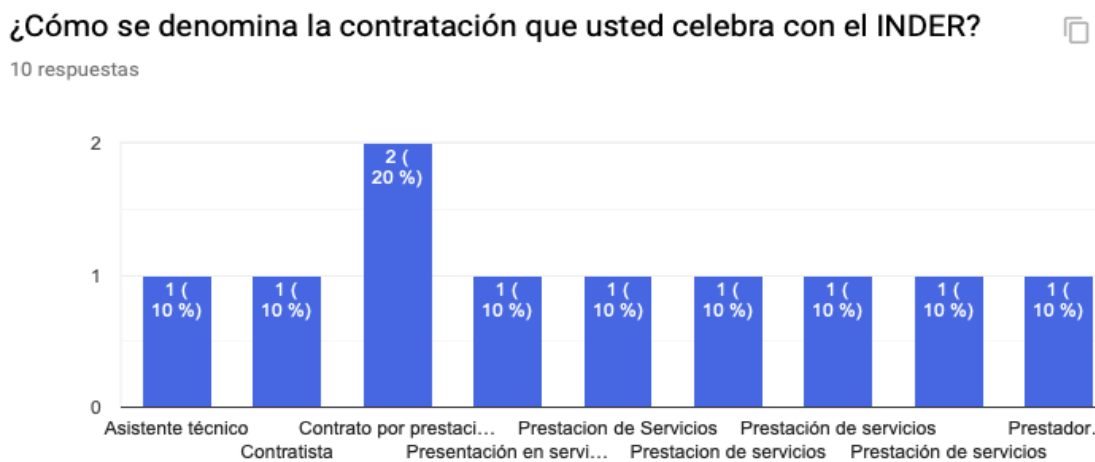
10 respuestas



gráfica 1

En el momento en que realizamos las entrevistas todos los profesores manifestaron desarrollar labores dentro de instalaciones del INDER, ninguno desarrolla funciones en un lugar escogido por él. Todos los entrevistados resultan estar vinculados a través del contrato de prestación de servicios, se encuentra que hay personas con contratos entre 5 meses y hasta 17 años todo este tiempo bajo la misma modalidad. Un acercamiento preliminar a este capítulo nos muestra que todos los profesores trabajan entre 6 y 12 meses para el INDER y que a la mayoría les hacen entre 2 y 3 contratos de prestación de servicios en el transcurso de esos periodos que desarrollan funciones en la entidad.

Se realiza un análisis detallado de cada una de las respuestas brindadas por los profesores, en relación a lo anterior, se evidencia que la vinculación que tienen estas personas con el INDER era por prestación de servicios, aunque su denominación cambiaba en cuanto al lugar en donde se prestaba el servicio; así se puede observar en la **Gráfica 2** en la que todos los empleados que realizaron la encuesta se encuentran bajo la misma vinculación.

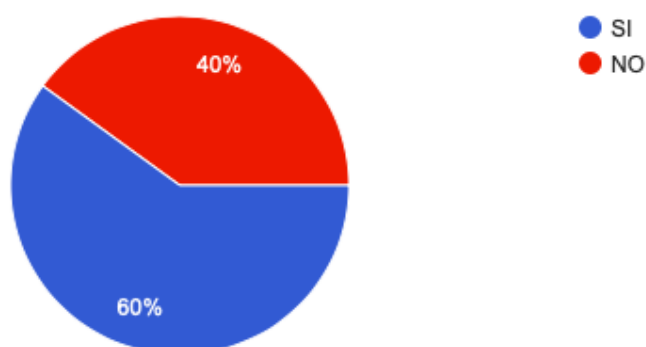


gráfica 2

En el mismo sentido, se puede observar que un 40% de las personas entrevistadas desconocen que el origen de su contrato no es una vinculación dentro de la normativa laboral. Por el contrario, el otro 60% sabe del carácter que tenía su contrato y conocen que su vinculación con la entidad es por una mera prestación de servicios. (véase gráfica 3)

¿Sabe usted que su contratación no es de carácter laboral?

10 respuestas



Gráfica 3

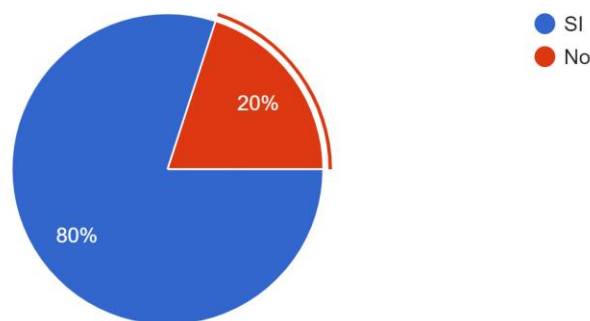
Respecto al cumplimiento de horarios por parte de los profesores del INDER se puede observar que el 80% de los entrevistados debe cumplir un horario dentro de las instalaciones de la entidad, tan solo el 20% manifestó que no debe cumplirlo para el desarrollo de las actividades dentro de esta. (ver gráfica 4)

En teoría las personas bajo la modalidad de prestación de servicios son autónomas para el manejo de su tiempo, deben desarrollar la función encargada dentro del horario que ellos

determinen siempre que cumplan con las horas pactadas en el contrato. Es así como lo establecen reiteradas sentencia del Consejo de Estado, en las que se establecen las diferencias que existen entre ambos contratos que los hacen únicos como lo establece la sentencia 0079 de 2018 la cual menciona: “(...)la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consiste en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio se tipifica el contrato de trabajo”¹⁸

¿Debe usted cumplir con un horario de trabajo?

10 respuestas



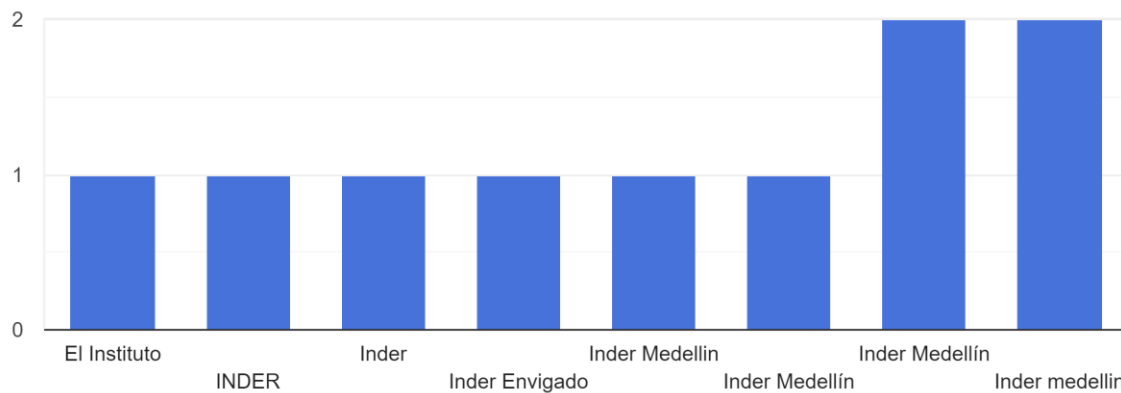
gráfica 4

En cuanto al análisis de los resultados relacionados con los pagos que reciben las personas que prestan servicios para el INDER se puede observar que este es quien mes a mes de forma directa cumple con los honorarios pactados con las personas que dictan las clases dentro de esta entidad, no se encontró que exista un intermediario u otra persona que se encargue de pagar los honorarios a los profesores que allí dictan clases. Cabe resaltar, según lo mencionado anteriormente, que el INDER está cumpliendo periódicamente con el pago de los honorarios, paga por instalamentos como sucede en una relación de carácter laboral. (ver gráfica 5 y 6)

¹⁸ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89540>

¿Quién le paga los honorarios por la prestación del servicio?

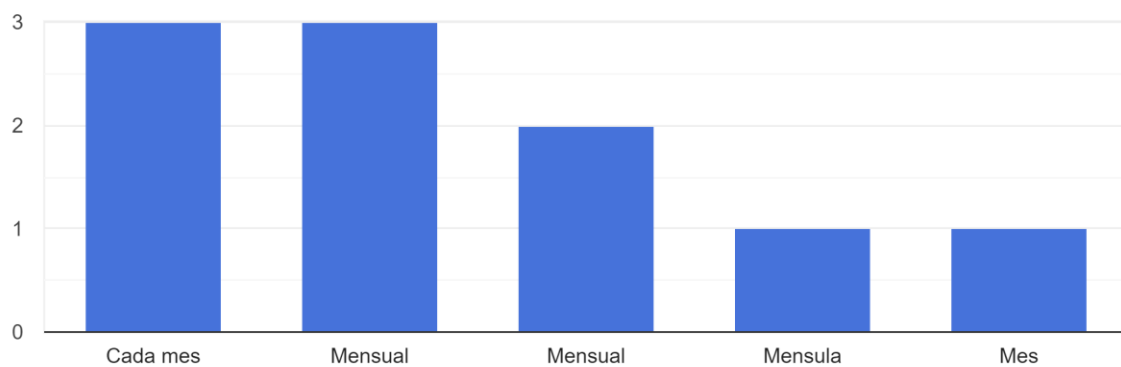
10 respuestas



gráfica 5

¿Cada cuánto le son pagados los honorarios?

10 respuestas

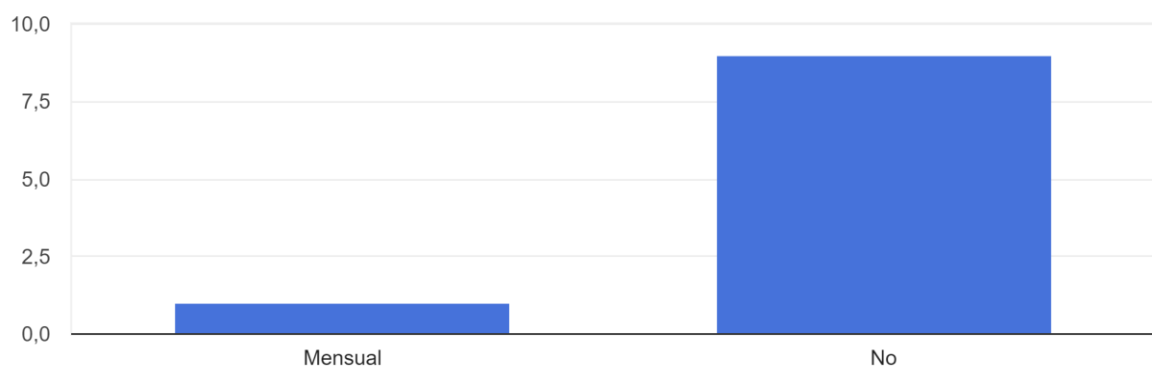


gráfica 6

Las personas que se encuentran vinculadas mediante un contrato laboral se les realiza unas deducciones de ley en relación con la seguridad social, el empleador se encarga de retener un porcentaje del salario de los empleados para ser consignados a entidades que la misma norma indica, este porcentaje debe ser sufragado en una parte por los empleados y en otra parte por los empleadores. Por el contrario, las personas que se encuentran desarrollando funciones mediante un contrato de prestación de servicios el empleador no les debe realizar deducciones de prestaciones sociales como lo son: vacaciones, prima y cesantías. Porque, los mismos contratistas según la norma se hacen responsables de la consignación de dichos valores a la seguridad social, prueba de ello se evidencia en las entrevistas realizadas, el empleador no tiene obligación de cubrir porcentaje de dicha obligación. Así mismo, se observa que a los encuestados no le es reconocido un valor adicional por la prestación del servicio realizada dentro de las instalaciones del INDER.

¿Además de los honorarios, le es reconocida algún otro valor?

10 respuestas

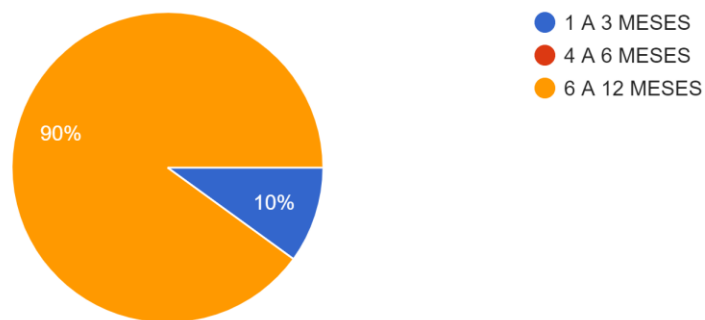


gráfica 7

Al analizar la cantidad de tiempo que los profesores realizan actividades de prestación de sus servicios en el INDER, se pudo observar que el 90% de ellos realizan su trabajo entre 6 y 12 meses y solamente el 10% restante lo ha realizado por un tiempo inferior.

¿Cuántos meses por año presta usted sus servicio al INDER?

10 respuestas



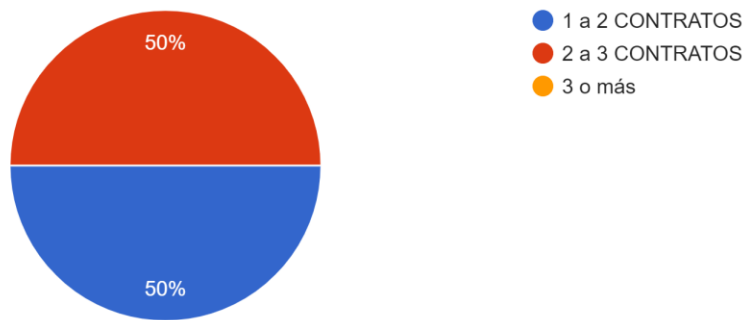
gráfica 8

Según la ley 80 de 1993 en su Artículo 32, numeral 3, último inciso este reza respecto a los contratos de prestación de servicios: (...) En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable” (subrayado dentro del texto original)¹⁹. A diferencia de lo que reza la norma citada, en la pregunta anterior podemos observar que se realizan contratos de prestación de servicios a los profesores del INDER en un rango entre 1 y 3 contratos en el año, lo cual va en contravía del espíritu norma de la verdadera función que debería cumplir este tipo de contrato, toda vez que este se debe dar de manera esporádica u ocasional y se han dado en la mayoría de los entrevistados de manera continua durante meses y muchos años. (ver gráfica 8 y 9)

¹⁹ Ley 80 de 1993, Artículo 32.

¿CUÁNTOS CONTRATOS LE HACEN EN UN AÑO?

10 respuestas

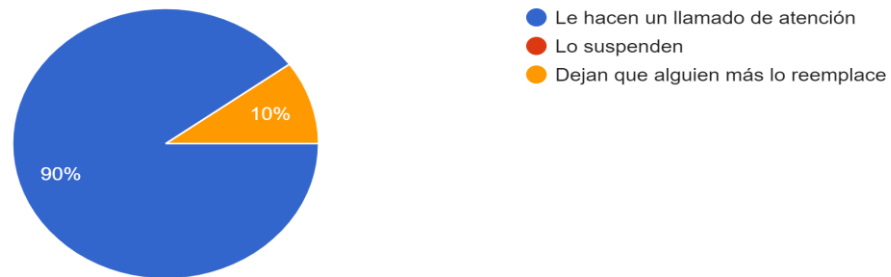


gráfica 9

Uno de los elementos que se encuentran ligados al contrato de origen laboral se presenta frente a aquellas consecuencias que se relacionan con la subordinación que tiene el trabajador frente al empleador, aquellas que se pueden dar por el no cumplimiento de las actividades para las que fueron contratados o por el incumplimiento de los horarios establecidos para el desarrollo de funciones. En el caso desarrollado en específico se debe mencionar que, si bien los entrevistados fueron contratados por medio de la prestación de servicios, no obstante, al 90 % de los encuestados se les ha hecho llamados de atención, e incluso un 10 % ha sido suspendido de sus actividades, las situaciones mencionadas se debe aclarar que son propias de un contrato laboral y no del de prestación de servicios. (ver gráfica 10)

¿QUE PASA SI USTED NO CUMPLE CON LOS HORARIOS ESTABLECIDOS PARA REALIZAR LA LABOR PARA LO QUE FUE CONTRATADO?

10 respuestas

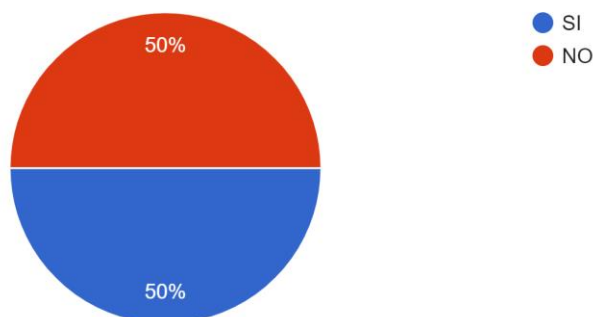


gráfica 10

Se puede evidenciar, según lo mencionado en el párrafo anterior, que se cumple con los requisitos establecidos en la ley para la declaración de un contrato realidad, en razón a que las personas encuestadas se les ha realizado llamados de atención, los cuales hacen parte de la subordinación del contrato de trabajo y no de un contrato como la prestación de servicios. (ver graficas 10 y 11)

¿A usted le hacen llamados de atención?

10 respuestas



gráfica 11

En ese orden de ideas, observamos entonces que quienes realizan estos llamados de atención son las personas que directamente son los superiores jerárquicos de quien realiza la

presentación del servicio, en razón a que lo hace el supervisor de contrato o los líderes de estrategia, los cuales si se encuentran vinculados al INDER mediante un contrato laboral.

Si la respuesta anterior fue sí, indique quién le ha hecho los llamados de atención.

5 respuestas

Líderes de estrategia o supervisor de contrato
El gerente
Son requerimientos. Y lo hacen la persona encargada de la supervisión del contrato
Coordinadora o supervisora del contrato
Los líderes de estrategia

gráfica 12

Luego de revisar el tema de los llamados de atención pudimos observar que cinco de las personas entrevistadas han recibido llamados de atención por parte de un superior, sin importar con la denominación que se les quiera poner por parte del INDER, por alguna falta que ellos consideren durante el desarrollo las funciones por parte de los profesores de la entidad en mención. Incluso se puede observar que en dos casos de las personas encuestadas estas fueron llamadas a descargos por parte de su superior jerárquico. (ver gráfica 12 y 13)

Si la anterior la respuesta fue sí, indique ¿Quién lo ha llamado a descargos?

2 respuestas

Líder de estrategia
Líderes de estrategia

gráfica 13

Para concluir, estas encuestas nos llevaron a verificar las deficiencias que se tienen en relación a la forma como se contrata dentro de la administración, además de los vacíos normativos que hay en cuanto a este tipo de contratos, toda vez que le sirven a la administración y a los empleadores para vulnerar de manera indirecta las garantías laborales de las que son acreedores los trabajadores. Así mismo, se evidencio también que muchos de los profesores encuestados conocen que se les están vulnerando garantías laborales pero no hacen nada al respecto por temor de represalias por parte del INDER, incluso puede decirse que sienten temor de no ser contratados nuevamente por una entidad publica en el evento donde quieran exigir sus garantías laborales.

CONCLUSIONES

Como lo ha mencionado la Corte Constitucional el contrato por prestación de servicios esconde los elementos esenciales de un contrato laboral, si bien existen algunos casos en los que verdaderamente se cumple el fin de este contrato, no es de desconocerse que se ha tomado de manera continua por muchos empleadores del sector público y privado para desnaturalizando y ocultar la vinculación real que se tiene con las personas. Se están obviando derechos y garantías laborales de las cuales debe gozar todo trabajador, sea del sector público o privado, dentro del estado colombiano.

Como se dijo el contrato por prestación de servicios se debe dar de manera esporádica u ocasional, pero en la actualidad entidades tanto públicas como privadas se están dando a la tarea de realizar las vinculaciones mediante este tipo de contratos por periodos prolongados hasta con tres contratos distintos en un año para encubrir esta situación. Entonces, se está induciendo en muchos casos a un error a sus empleados, puesto que muchos desconocen el tipo de contratación por la que están siendo vinculados y que los periodos por los que son vinculados son una violación a sus garantías laborales.

Se puede concluir que a los profesores del INDER en particular y a los trabajadores del sector publico en general se les están vulnerado garantías y derechos laborales, se presenta en la mayoría de los casos lo que el Código Sustantivo Del Trabajo denomina como los contrato realidad, pues si bien en su forma se contrata a personas mediante el contrato de prestación de servicios en la realidad ocurre que se presentan todos los elementos de un contrato de carácter laboral. Para el presente trabajo fue muy importante la información recolectada con las encuestas, pues en estas se logra evidenciar que realmente entre los encuestados y sus empleadores verdaderamente existe una subordinación, tanto es así que estos deben cumplir un horario definido por el INDER y que para la prestación del servicio esta se debe hacer dentro de instalaciones designadas por esta entidad; así mismo, se puede verificar una verdadera subordinación por parte de los profesores ya que estos reciben llamados de atención por sus superiores jerárquicos, independiente de la denominación que se les asigne,

e incluso algunos son llamados a descargos, situación que no debe ocurrir si se esta en una verdadera prestación de servicios.

Trabajos Citados

<https://www.inder.gov.co/es/transparencia/estructura-organica-y-talento-humano/informacion-inder/info>

² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html , artículo 32, numeral 3.

³ Código sustantivo del trabajo, artículo 23.

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1562_2012.html , artículo 6.

⁵ Manual de funciones, resolución general n- 0084, del 21 de febrero de 2017.

⁶<https://www.inder.gov.co/es/oferta/escenarios-deportivos-y-recreativos>

⁷ Contratos de Trabajo, <https://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/themes/ce.htm>

⁸ https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/negociacion_colectiva_docs/Acuerdo-Nacional-Estatal-2019.pdf

⁹ DECRETO NÚMERO 1364 DE 2012, Artículo 244.

¹⁰ <https://www.colectivodeabogados.org/Derecho-al-trabajo> , 61, 2.1 Definición

¹¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

¹² <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=68116>

¹³ DEMANDANTE: JUAN CARLOS CASTAÑO POSADA DEMANDADO: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS, Radicación: 110010326000201100039 00 (41719), CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SUBSECCION C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA 2013/12/02.

¹⁴ https://www.gerencie.com/contrato-de-servicios.html#Caracteristicas_del_contrato_de_servicios

¹⁵ DEMANDANTE JUAN CARLOS CASTAÑO POSADA DEMANDADO: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS, Radicación: 110010326000201100039 00 (41719), CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SUBSECCION C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA 2013/12/02, Página 46, Pie De Página 87, Literal f.

¹⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-154_1997.html#1

¹⁷ <https://forms.gle/XQn3bE7CHiK7zszy9> , Encuestas

¹⁸ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89540>

¹⁹ Ley 80 de 1993, Artículo 32.