

**La Encrucijada Jurídica De Las Relaciones Laborales Encubiertas
Generadas Por La Prolija Contratación Por OPS Para Disminuir Costos De
Operación En Las ESE.**

Amanda de Jesús Buitrago Valderrama¹

Introducción

Uno de los logros más importantes en cuanto a la garantía de los derechos humanos se refiere, se obtuvo con la promulgación de la carta suprema, pues desde su preámbulo se protege la vida, la justicia, el trabajo, y la igualdad, Según la Constitución Política de Colombia (1991)

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. (pp. 3-5)

Sin embargo, en materia laboral, históricamente, incluso desde antes de la Constitución del 91, se han regulado las relaciones entre empleado y trabajador o entre el Estado y los empleados, en donde se establecen características y condiciones según formas de contratación y /o tipo de vinculaciones, en este sentido Colombia incluso ha

¹ Abogada, especialista en gerencia de instituciones de salud, especialista en administración control y finanzas públicas, candidata a magister en derecho administrativo

formado parte de convenciones en donde se ha comprometido a generar relaciones laborales equitativas y justas, es así que hizo parte de la convención Americana de derechos humanos donde se han suscritos pactos como el protocolo de San Salvador en 1988, mediante el cual se generó el compromiso de otorgar garantías que efectivicen los derechos de los trabajadores, sin embargo, en la realidad se encuentra un constante menoscabo de la ley, la constitución y los pactos de los cuales Colombia hace parte.

Ahora bien el art 122 Constitucional determina el empleo público, dejando cerrada la posibilidad de estructurar contratación por orden de prestación de servicios para trabajadores que desarrollan funciones propias y permanentes de la entidad, orden supremo que se contraviene constantemente por el mismo Estado, porque es precisamente en las entidades públicas del orden nacional departamental y descentralizado, que se han masificado las ordenes de prestación de servicios para desarrollar actividades permanentes , adelantadas con horarios impuestos, en las sedes de las instituciones con la tecnología de la organización y con el componente de una alta dependencia, elementos que se configuran como relaciones laborales encubiertas, habida cuenta que quienes ejecutan las obligaciones lo hacen de manera permanente mediante contrato sin solución de continuidad, que se van renovando con el mismo objeto y funciones.

Las Empresas Sociales del Estado no se escapan de esta situación, toda vez que estas entidades por ser regidas por el derecho privado, tener patrimonio propio, personería jurídica y ser descentralizadas, la norma les provee para su operación la contratación para la ejecución de procesos a través de temporales y operadores externos que desdibujan la condición jurídica del empleo público.

A continuación, se hace un análisis de la problemática generada por la proliferación de OPS y de diversas formas de vinculación, a la luz del ordenamiento legal y jurisprudencial.

Objetivos

General

Determinar la existencia de relaciones laborales encubiertas, mediante el análisis normativo y jurisprudencial de la contratación por orden de prestación de servicios, y otras formas de vinculación, en un Empresa Social del Estado y la factibilidad de creación de cargos en planta para evitar responsabilidad por daño antijurídico.

Específicos

1. Realizar estudio normativo y jurisprudencial de la modalidad de contratación por orden de prestación de servicios
2. Determinar la existencia de relaciones laborales encubiertas
3. Realizar un análisis de factibilidad en una Empresa Social del Estado, para incluir todos los empleos con funciones permanentes a la planta de personal de la institución.

Antecedentes Normativos Del Contrato Estatal De Prestación De Servicios

Antes de Hablar del contrato de Prestación de servicios profesionales es necesario primero abordar algunos antecedentes normativos, que son atinentes para el caso en estudio, puesto que la regulación actual en materia laboral no inicia con la constitución política colombiana de 1991, habida cuenta que desde 1.945 mediante el decreto 2127 proferido por el Presidente de la República, se empieza a establecer los tres elementos que configuran el contrato realidad, advirtiéndose desde entonces, que estando presentes estos presupuestos, no importa la denominación que se le dé, la relación se configura en un contrato de trabajo, en este sentido el decreto 2127 (1945) determina:

Artículo 2º En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y
- c) El salario como retribución del servicio.

Artículo 3º Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera. (p.1)

Ahora bien, el código sustantivo del trabajo reafirma los conceptos de contrato de trabajo y los presupuestos que los componen, siendo los mismos que se determinaron en

la norma antes relacionada, y que en este código se encuentran enlistados en los artículos 22 y 23, ratificándose la primacía de la realidad sobre las formas.

Mediante el decreto 3074 de 1968, por el cual se reforma el decreto 2400 de ese mismo año, se advierte que los trabajadores vinculados para desarrollar funciones que sean permanentes y propias de la función pública, se deben crear plantas de personal, es decir empleos públicos, por tanto, se prohíbe que se contrate por prestación de servicios la ejecución de dichas actividades. Tal directriz se encuentra en el decreto 3074 (1968) “ARTICULO 2. Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones” (p.1). A su turno el decreto 1042 de año 1978, nuevamente reafirma el concepto que el empleo público esta creado para desarrollar funciones de carácter permanente.

De igual manera el decreto 1737 de 1998 modificado por el decreto 2209 de esta misma anualidad y compilado en el decreto 1068 de 2015 en el capítulo 4 , menciona que los contratos por servicios personales solo serán pertinente cuando no exista personal de planta que ejecute la labor requerida por la administración para alcanzar sus cometidos, es decir cuando dentro de la planta no hay profesionales con las competencias adecuadas para desarrollar determinada labor que es necesaria para el órgano o entidad del estado, o cuando para suplir la necesidad se requiere de un alto grado de especialización y conocimiento, o si aun existiendo personal, este no sea suficiente para la cantidad de actividades a implementar; sin embargo la norma trae una antítesis, al decir que no se debe contratar varios sujetos con el mismo objeto contractual. Al respecto se encuentra una modulación en el art 2.8.4.4.5 del decreto 1068 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

ART 2.8.4.4.5 Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar. (p.312)

No cabe duda que el contrato estatal se estructuro dentro de la norma como un instrumento para lograr los fines del estado y satisfacer sus necesidades, sin embargo al paso del tiempo se ha convertido en la forma predilecta al punto de masificarse como una vía de contratación en las entidades públicas, sin tener en cuenta el riesgo legal que esta modalidad de vinculación implica, dadas las condiciones de vulneración a los preceptos constitucionales y legales, empero, su origen tiene fundamento legal, lo que se ha desviado es la realidad en la ejecución de este tipo de contratos, pues la administración abusa, en el afán de suplir las necesidades continuas de gestión, dentro de las normas que lo enmarcan está el art 32 de la ley 80 de 1993

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 celebran por el termino estrictamente necesario.** (p.19) subrayado fuera de texto.

En consecuencia los hospitales públicos o Empresas Sociales del Estado han venido exacerbando la modalidad de contratación por orden de prestación de servicios, por lo expedita que resulta al ser, al celebrarse de forma directa, y constituirse en una solución para suplir las carencias que existen en la planta de personal, las cuales son de vital importancia para cumplir con la misión de la Entidad, siendo precisamente en este contexto en donde OPS se desvirtúa su condición legal de temporalidad, pues las obligaciones de estos contratos resultan ser funciones continuas y permanentes del giro normal de la institución que enmarcados en la connotación que tiene la oferta de servicios de salud son permanentes en su inmensa mayoría.

Así entonces, no se puede ocultar que esta modalidad de contratación resulta ser una medida práctica para satisfacer las necesidades de las ESE, pero inapropiada e

inconstitucional, si tenemos en cuenta que tanto el ordenamiento legal y la jurisprudencia han reiterado que la opción de esta modalidad es adecuada cuando si y solo si, la labor es transitoria de apoyo a la administración y la misma no es misional.

Contrario sensu, en los hospitales son pocas las actividades que se consideran transitorias, pues el personal de salud involucrado en la labor de asistencia al paciente como son los especialistas o quienes los coordinan, efectúan funciones continuas, de igual forma sucede con quienes ejecutan labores profesionales o de liderazgo de procesos sine qua non la institución no podría generar los resultados que le permiten permanecer en el mercado o cumplir con la misión.

Al respecto el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación con radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) sienta como características del contrato realidad las siguientes:

Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».25

El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales.

A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de

recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.

En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia. (p.16)

Aunque en la nota antes citada el Consejo de estado advierte que el contrato público de Prestación de servicios, goza de un alto grado de autonomía, no es menos cierto que deja un mínimo margen a la subordinación pues por ser de OPS no puede confundirse con una absoluta autonomía e independencia, habida cuenta que el contratista debe seguir políticas y directrices generales del contratante, como también ejecutar las obligaciones dentro del contexto de los horarios en que la entidad desarrolla su objeto misional en favor de población objeto.

Ahora bien, ese margen mínimo de subordinación y máximo de autonomía, conforman un límite dividido por una línea muy delgada e intangible, que unida al principio de la in dubio pro operario, crea un escenario jurídico de riesgo en cuanto a la atribución de la responsabilidad se refiere, resulta entonces muy utópico, pensar que el contratante dentro del debate jurídico logre probar que no existió subordinación y el desarrollo objeto del contrato gozo de total autonomía, pues una mera coordinación se puede confundir con la invasión de esa independencia, máxime en una relación contractual sin solución de continuidad que contenga el mismo objeto e iguales obligaciones, con contratos que renovaron durante años.

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios si bien está llamado a celebrarse para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, y de manera excepcional para cumplir funciones misionales cuando se justifique la necesidad por falta o insuficiente talento humano en la planta de personal o si el servicio que se requiere, siendo misional es especializado, no puede confundirse, que por esa condición sea dable jurídicamente que este tipo de contratos se renueven indefinidamente en el tiempo, pues si la necesidad persiste lo que debe hacer el ejecutivo es crear esos cargos dentro de la planta de personal.

Aun siendo así, la excepcionalidad no justifica que se efectúen contratos con la misma persona y objeto con término definido para su ejecución, si los mismos se terminan y se inician al día siguiente, pues la necesidad del servicio no permite que haya solución de continuidad, es de advertir que según lo analizado por las altas cortes al mencionar que se debe hacer por un término estrictamente necesario se reduce a la temporalidad inicial del contrato y a las eventuales prorrogas que de este contrato se deriven, con el fin de cumplir a cabalidad con las obligaciones, mas no es atinente afirmar que por esta necesidad quede plenamente justificadas las irracionales renovaciones de estos contratos. En torno a la declaración de contrato realidad el Consejo de Estado enumera otros elementos como es que las obligaciones se adelanten en los espacios físicos y con medios de producción destinados por la entidad contratante, por la misma esencia de los servicios de salud, el servicio no es posible suspenderlos, al respecto el Consejo de Estado en sentencia de unificación de septiembre 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) de 2021 expuso:

La autorización prevista en el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para celebrar contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, es esencialmente temporal; por lo tanto, este tipo de contratos, cuando se suscriben con personas naturales, no pueden concatenarse indefinidamente en el tiempo.
(p.25)

De igual manera el consejo de estado insiste en la temporalidad de la necesidad y de las obligaciones lo que se debe tener en cuenta al momento de estructurar el estudio previo justificación técnica de la pertinencia de adelantar ese tipo de contrato, aun siendo labores misionales, en este sentido el Consejo de estado en sentencia de unificación, 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) efectuó un recuento normativo como a continuación se puede verificar:

En esa misma línea, el artículo 3.4.2.5.1 del Decreto 734 del 2012,⁴³ reiterando el contenido del artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, permite celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la misma

limitación de emplearlos para ejercer actividades permanentes. De igual modo, el artículo 81 del Decreto 1510 de 2013 (con idéntico contenido que el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008) señala que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para la ejecución de trabajos artísticos, solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. No obstante, el artículo 73 ejusdem precisa que en la modalidad de contratación directa no es necesario el acto administrativo de justificación (de la modalidad) cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Por último, cabe mencionar que el contenido resaltado de los artículos 81 y 73 del Decreto 1510 de 2013 se reproduce en los artículos 2.2.1.2.1.4.9. y 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015. (p.22)

Formas De Contratación Del Talento Humano En La Operación De Las ESE

En el año 2002 el sector salud emprende la reestructuración de las plantas de personal en las empresas sociales del estado, con el modelo del trabajo asociado a través de las cooperativas, creadas de acuerdo a la ley 79 de 1988, que posteriormente fueron reglamentadas mediante decreto 4588 de 2006, y dieron vida jurídica a una forma de trabajo que de alguna manera desnaturaliza el empleo público desfavoreciendo al trabajador, es así que hoy por hoy encontramos un abanico de formas de contratación que favorecen intereses particulares, generándose relaciones laborales encubiertas que generan responsabilidad solidarias y contratos realidad cuando el origen ha sido un contrato por OPS.

Si bien el Consejo de Estado, no prohíbe que se suscriban contratos por OPS, si establece la pertinencia de la solución de continuidad, para lo que es necesario tener un interregno de tiempo entre uno y otro contrato, de al menos 30 días hábiles de interrupción; en tal sentido, lo que si se prohíbe es efectuar contratos así sea con más de 30 días hábiles de interrupción en los casos en que el contratista va a desarrollar actividades que se derivan de su misión, es decir que se constituyen de ejecución permanente, pues aun así la Administración puede optar por interrumpir por más de 30

días hábiles al contratista , y sustituirlo , esta acción no le quita la esencia de permanente a la labor contratada.

La práctica de renovar los contratos sin solución de continuidad ,en sí solo no determina que el contrato realidad este configurado, pues los 30 días de que trata la sentencia tiene el efecto jurídico en la prescripción de los derechos laborales, pero no será así en cuanto al tema del contrato realidad, pues para que se configure en una relación laboral encubierta son otros los presupuestos que determina el código sustantivo del trabajo, entre ellos están: la prestación personal del servicios, la remuneración o salario, y la subordinación ; sin embargo si es indicio en contra que las actividades adelantadas sean del giro normal de la entidad pública, incluso es un aprueba en contra cuando los contratos de OPS obedecen a la necesidad de disminuir sobrecargas laborales es decir que la prestación de servicios se adelantan en razón a que los asignados en la planta de personal para determinada labor no alcanzan a evacuar todas las responsabilidades de su cargo, siendo estas misionales y del giro normal de la entidad.

Desde 1993, con la sanción de la ley 100, Colombia cambia el Sistema de Salud, iniciándose la reingeniería de un nuevo modelo que migra del subsidio a la oferta al aseguramiento, de tal manera que antes de proferirse la ya mencionada ley, el Estado asignaba y trasfería recursos económicos a la red pública de hospitales según fuera la ejecución del presupuesto del año inmediatamente anterior, por lo que los hospitales llamados de “caridad” se preocupaban por gastar los recursos en inversiones muchas veces improcedentes sin medir el grado de eficiencia y efectividad, y sosteniendo plantas de personal sobredimensionadas, mientras que las coberturas, y calidad en salud eran mínimas, siendo el acceso a los servicios de salud un privilegio de unos pocos, por lo que lo convertía en un sistema inequitativo, y limitado.

De tal manera que quienes tenía afiliación a seguridad social en salud eran tan solo los trabajadores vinculados mediante contratos laborales, y quienes no la tenían que era la inmensa mayoría pues no contaban con esa condición debían pagar las atenciones en salud que no se consideraban urgentes o básicas.

En este contexto y dentro del marco de la reestructuración del sistema, se crea un modelo de mercado, en donde existen unas empresas aseguradoras de carácter público y

privado y unas instituciones prestadoras de servicios de salud también de carácter público privado o mixto, siendo los primeros encargados de garantizar un plan de beneficios con una unidad de pago por capitación, es decir el valor que por cada persona afiliada a su entidad reciben ya sea del régimen subsidiado o contributivo, con el fin de garantizar el plan de beneficios que es actualizado cada dos años, misión que la deben materializar a través de la organización de una red de prestadores de servicios de salud en los diferentes niveles de complejidad mediante contratos para compra de los servicios de salud.

Desde la otra orilla los prestadores de servicios de salud tienen la responsabilidad de estructurar la oferta de servicios según el nivel de complejidad y cumpliendo con extensos, específicos y exigentes requisitos normativos contemplados en la resolución 2003 de 2014 derogada por la resolución 3100 de 2019, que contienen condiciones, técnicas, administrativas y financieras bajo las cuales se debe habilitar las atenciones a ofertar, la ley 100 le otorga un plazo de 3 años partir de su promulgación, plazo que fue prorrogado en su momento.

Así las cosas, se hacía necesario que las entidades del estado antes hospitales públicos, se transformaran en empresas que se autogestionaran, que fueran sostenibles financieramente, eficientes y eficaces en la prestación de servicios de salud a la población objeto, pues al cambiar el modelo y pasar de subsidiar la oferta en donde el Estado anualmente les transfería los recursos que necesitaran según la ejecución presupuestal del año anterior, a subsidiar la demanda es decir las personas titulares del derecho a la salud, las IPS dependen de la venta y no solo de ese factor, sino de que un tercero particular le pague por las atenciones garantizadas a sus afiliados, así entonces la sostenibilidad depende de las unidades de valor relativo producidas y del flujo de recursos que dicho sea de paso no llega al 40% del total de la venta.

Luego siendo los Hospitales del Estado en ese entonces regidos por las leyes generales, con el nuevo modelo del Sistema General de Seguridad en Salud, era necesario dotarlas de condiciones legales particulares que les permitieran competir con la empresa privada sin dejar su carácter público, es por esta razón técnica que se ajusta el andamiaje normativo partiendo desde la ley 100 de 1993, específicamente en el artículo 194 y ss,

creándolas como entidades públicas descentralizadas, concebidos con un objeto específico dirigido a la prestación directa de servicios de salud, regidas por una normatividad especial, diferentes a las empresas sociales y comerciales del estado y establecimientos públicos, en materia contractual, regidas por el derecho privado permitiéndose que de manera discrecional se utilicen las cláusulas exorbitantes contempladas en la ley 80.

En efecto antes de la reforma del sistema de salud a partir del cual se cambia el subsidio a la oferta por el subsidio a la demanda, existían hospitales paquidérmicos, y sobredimensionados en sus estructuras administrativas, centralizados, en donde la caridad solo era un sofisma de distracción en muchos casos, pues la atenciones que requería el usuario y que demandaban un costo alto, las debían pagar de su bolsillo o dejar que su enfermedad avanzara hasta su complicación y muerte, era urgente reestructurar estas empresas se debían cumplir con unos índices financieros, se debían modernizar, y para lograrlo era atinente que de manera paulatina se desmontara y rediseñar la estructura de gastos, pues el sostenimiento de las plantas de personal que se tenían resultaban insostenibles al no contar con el subsidio que el Estado le estaba garantizando, puesto que ahora dependía de lo que le contrataran las Empresas Administradoras de planes de beneficios y de la venta efectiva y el recaudo de cartera derivada de esa facturación de servicios.

En esta carrera por cumplir el plazo de la transformación y lograr seguir en el mercado de la salud se abre entonces el abanico de formas de contratación de talento humano, habida cuenta que la salud es un servicio que demanda en un alto porcentaje de mano de obra calificada y con competencias específicas o especializadas, por lo que es el recurso que representa el mayor costo que debe asumir una entidad prestadora de servicios de salud, que unida a la exigencia de índices de sostenibilidad financiera basados en políticas de reducción del costo, control del gasto y aumento de la producción parámetros determinados en el decreto 2193 de 2004, generan una flexibilización, en las diversas alternativas de contratación de personal, apartadas de la vinculación como empleado público.

En la modelo económico de la salud ha traído cambios en la estructuración del sistema organizacional, transformándose de un modelo fordista taylorista a uno neo-fordista donde surge la oferta de servicios a través de la tercerización o externalización, empresas que se convierten en aliados estratégicos que ejecutan procesos especializados con autogobierno, autogestión e independencia administrativa y financiera, regidas por el derecho privado, lo que sin duda les permite tener mayor libertad y mejores estrategias competitivas con estructuras de costos controlados, aunque este andamiaje le permite a la entidad enfocarse al logro de resultados, sacrifica al talento humano al desvirtuarse la vinculación al empleo público.

Es indudable que la tercerización u outsourcing es una estrategia que en las empresas desde el año 2004 ha venido tomando fuerza, como mecanismo para escalar el alcance de la productividad de tal manera que se mira más desde los resultados que desde el proceso llevado para lógralos, requiriéndose de un alto nivel de especialización con tecnología o medios de producción que deben garantizar quien ocupa el rol de contratista.

Otra tendencia para mitigar el costo de la nómina y tener mayor manejo de la rotación de personal, fue la incursión de la contratación por intermedio de cooperativas y precooperativas de trabajo asociado constituidas por sindicatos o trabajadores y/o extrabajadores de los hospitales, sustentadas en la ley 79 de 1988, decreto 4588 de 2006, lo que género que se desvincularan personas que venían con contrato de trabajo como empleado público, y pasaran a realizar la mismas labor en la misma entidad pero esta vez a través de una cooperativa, de empresas temporales regidas por la ley 50 de 1990 art 71 y ss.

Esta flexibilización laboral que trajo la libre competencia en el mercado de la salud, ha venido favoreciendo a los cazadores de fortunas, que con poca inversión y baja responsabilidad generan utilidades a gran escala mediante el cobro de una intermediación que porcentualmente oscila entre el 9 y el 12 por ciento del salario de cada trabajador vinculado, porcentaje que supuestamente no se le descuenta al operario, sin embargo para pagar esa intermediación sin que la empresa contratante se le afecte mucho en su costo se debe reducir los salarios y los beneficio al trabajador en misión.

Si bien es cierto que esta forma de contratación es legal, no es menos cierto que frente a una vinculación directa con la entidad, existen desventajas para el trabajador bajo esta figura de contrato de trabajo, puesto que tanto las cooperativas de trabajo asociado como las temporales que se proliferaron desde el año 2008, contratan fuerza de trabajo para realizar actividades misionales con las empresas sociales del Estado, es decir acciones permanentes de resorte diario y continuo de la prestación de servicios de salud, sin embargo estas temporales realizan contratos laborales por obra o labor a corto plazo menor de un año, que se renuevan sin dar solución de continuidad, lo que deriva una inestabilidad laboral, sumado al pago de liquidaciones de periodos cortos de tiempo que cierran la posibilidad de que el trabajador haga efectivo por ejemplo el derecho del periodo mínimo de descanso, transgrediéndose el art 53 constitucional en cuanto al descanso se refiere, entre otros derechos que dignifican el trabajo

Con esta modalidad de contratación si bien se mitiga el riesgo frente a los efectos jurídicos que puede tener un contrato de prestación de servicios profesionales, pues es una modalidad de contrato laboral en donde están reconocidas las prestaciones sociales y económica en favor del trabajador, no es menos cierto que cualquier daño antijurídico ocasionado por el actuar con culpa o dolo del trabajador en misión será la empresa usuaria en este caso la ESE la que debe responder, de igual forma ante un proceso laboral y vía solidaridad es la entidad la llamada a responder vía solidaridad, por daños y perjuicios ocasionados o por indemnizaciones en el caso de debates laborales, luego la contratación por esta vía resulta ser un riesgo alto para la entidad del Estado, máxime cuando la ley 50 del año 1990, en su artículo 77 determina que actividades pueden contratar las empresas usuario con estos temporales:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación

de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más. (p.39)

Condiciones estas que no se cumplen en el caso de las ESEs pues como se puntualizó anteriormente. las actividades son misionales por tanto son permanentes ininterrumpidas, empero las Empresas sociales del estado se encuentran en una encrucijada jurídica pues si no se deciden por esta modalidad de contratación lo deben efectuar por órdenes de prestación de servicios, que por el tipo de actividad que se desarrolla se configuran en relaciones laborales encubiertas, encontrándose los involucrados en el proceso de contratación en un alto riesgo de responsabilidad disciplinaria máxime cuando con la reforma al código disciplinario próximo a entrar en vigencia se endurecen las sanciones por celebrar este tipo de contratos sin cumplirse en la realidad con los elementos de temporalidad o por tiempo indispensable, o cuando el objeto a desarrollar sea el de cumplir con actividades propias de la misión o del giro ordinario de la entidad pública, dentro del ordenamiento disciplinario el artículo 54 de la ley 1952 (2019) reglamenta que “Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”(p. 18).

Tanto la solución de asociarse en cooperativas de trabajo asociado como una modalidad de empleo adecuada y favorable dentro del sistema de salud como la contratación mediante temporales y por outsourcing ha generado la precariedad salarial, la perdida de la estabilidad laboral y debilitamiento de la materialización del derecho colectivo.

Ahora bien, las Empresas Sociales Del Estado dentro de su mixtura de contratación del talento humano han recurrido al contrato por prestación de servicios que lo regula la ley 80 de 1993, forma de contratación que la jurisprudencia ha reiterado no es procedente en aquellas labores que son permanentes o misionales, sin embargo y pese a esta advertencia y al riesgo por daño antijuridico, sigue siendo la modalidad predilecta por las entidades del Estado la cual se ha masificado, como una forma de vinculación contrario sensu a lo que recomienda la OIT que cataloga como fraudulenta y poco

protectora de los derechos de los trabajadores. Al respecto en este sentido la sentencia T723 de 2016 expone:

El uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado (p.15).

E.S.E Hospital Regional De Chiquinquirá Su Origen Y Su Operación Por Contratos De OPS

Como se mencionó en el capítulo anterior las Empresas Sociales del Estado (ESE) tiene su origen jurídico en la ley 100 del 93, específicamente en los artículos 194

ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo. (p.358)

Es indudable que el modelo del SGSSS, que se dio a partir de la ley, obliga a los antes llamados hospitales públicos o de caridad a transformarse para enfrentar un mercado emergente, donde la competencia se basa en la eficiencia eficacia y efectividad medida mediante indicadores financieros, de calidad, y de morbilidad, determinados en el decreto 2193 de 2004, estos estándares conducen a que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cambien la lógica hacia lo empresarial con una economía de mercado basados en la sostenibilidad, competitividad y rentabilidad en el contexto de un sistema de salud con principios de universalidad, eficiencia, integralidad, solidaridad,

equidad, dirigido por el estado como garante del goce y ejercicio al derecho fundamental a la salud que ostentan los Colombianos.

El objeto con el que fueron concebidas las Empresas Sociales del Estado, no es otro que la prestación de servicios de salud como un servicio público que el Estado debe garantizar, a estas empresas se les concede una categoría diferente, con una normatividad especial, son organizaciones descentralizadas, creadas desde el nivel nacional o territorial por autoridad legislativa competente, además de la ley 100 de 1993 , la regulación de estas entidades está basada en las reglas de la ley 344 de 1996 y 489 de 1998, DECRETO 1876 de 2004, en materia contractual se rigen por el derecho privado pero pueden discrecionalmente utilizar cláusulas exorbitantes contenidas en el estatuto de contratación nacional , por otra parte los trabajadores de las ESE tienen carácter de empleados públicos u oficiales según clasificación establecida en la ley 10 del año 90.

No cabe duda que las Empresas Sociales del estado fueron creadas como prestadoras de servicios de Salud como único objeto comercial, y en este contexto deben tener la capacidad de competir en el libre mercado, regulado por las entidades de control y vigilancia del sistema de salud, como por las leyes generales del mercado en donde confluyen tanto IPS públicas como privadas , así su competencia de limita a lograr mayor eficiencia eficacia, efectividad e impacto en la administración de los recursos para generar mejores niveles calidad en la atención y en el servicio de salud, razón por la cual estas entidades se rigen por normas especiales que le permitan moverse con mayor libertad dentro del giro normal de sus operaciones, en razón a la connotación que implica la prestación del servicios de salud, al respecto de la creación de estas empresas, la corte constitucional en sentencia de unificación 171 de 2012 menciona:

Referido a la amplia libertad de configuración del Legislador para la regulación de las ESE, materia en la cual ha concluido que el Legislador puede determinar, con amplia discrecionalidad, la forma como se organizarán y funcionarán las Empresas Sociales del Estado, de manera que puede fijar los requisitos para su creación, estructura, órganos de dirección, ejecución y control, transformación, régimen contractual y disciplinario, categorización y causales de disolución y liquidación. (p.20)

La Empresa Social del Estado Hospital de Chiquinquirá, se crea mediante ordenanza 004 de 2004 de la asamblea de Boyacá, como una institución de segundo nivel especializado del orden departamental, pública, descentralizada, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio, direccionada por la Junta Directiva y por un representante legal nombrado por el gobernador, una planta de personal mínima que inicialmente la conformaba el gerente, y un jefe del departamento administrativo y financiero, planta que en los 17 años de operación que lleva hasta el 2021, ha tenido una tórpida evolución como se puede ver a continuación, en los acuerdos de la junta directiva de la ESE en lo que tiene que con la planta de personal.

Tabla 1.

Acuerdos Junta Directiva De La ESE Hospital regional De Chiquinquirá Planta De Personal

Numero De Acuerdo	Fecha Del Acuerdo	Planta De Personal
3	2004	Gerente, jefe de departamento administrativo y financiero
9	2005	Gerente, Subgerente, Asesor, Tesorero
2	2010	Gerente, Subgerente, Asesor, Tesorero, subdirector científico, y 4 Profesionales del SSO
9	2013	Gerente, Subgerente, Asesor, Tesorero, subdirector científico, y 4 Profesionales del SSO

Numero De Acuerdo	Fecha Del Acuerdo	Planta De Personal
13	2015	Gerente, Subgerente, Asesor, Tesorero, subdirector científico, 9 médicos, 5 enfermeras 1 odontólogo
6	2017	Gerente, Subgerente, Asesor, Tesorero, subdirector científico, y 4 Profesionales del SSO
11	2019	Gerente, Subgerente, Asesor, Tesorero, subdirector científico, y 6 Profesionales del SSO, 9 coordinaciones
10	2020	Gerente, Subgerente administrativo y financiero, Asesor de Control Interno, Tesorero, subdirector científico, y 4 médicos SSO, 3 Enfermeras SSO, 1 Odontólogo SSO y 9 coordinaciones

Nota. Datos tomados de archivos Gerencia ESE Hospital Regional De Chiquinquirá (2021).

En la actualidad la ESE cuenta con una planta de tan solo 22 empleados públicos incluyendo el Gerente, de los cuales solo están nombrados 12, en efecto, si comparamos con la totalidad de personas que se tienen contratado por las diversas modalidades que asciende 582 empleados, los empleos públicos nombrados solo representan el tan solo representa tan solo el 2% frente al total de trabajadores.

Ahora bien siguiendo el análisis normativo y jurisprudencial antes puesto en evidencia, todos los 582 empleados, realizan actividades que son del giro normal de la entidad, es decir que no son eventuales, sino que son permanentes no existe la condición de temporalidad, en este sentido la entidad estará en la obligación de pasarlos a la planta de personal con el fin de no continuar con una relación laboral encubierta como la ha catalogado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, máxime cuando esta contratación se renueva sin solución de continuidad por la necesidad de servicio, dejando desprovista a la administración de argumentos jurídicos en una litis con fines de obtener la declaración del contrato realidad, al respecto al Corte Constitucional ha sostenido

... la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública. (p.26)

Ahora bien, para el caso de la ESE de Chiquinquirá, incluir a la totalidad de trabajadores en la planta como lo ordena la corte el consejo de estado y la ley, implica una destinación presupuestal por encima del 42% de lo que actualmente se está gastando de los rubros remuneración por servicios, y honorarios profesionales por los 560 trabajadores que no están en planta según la siguiente distribución:

Tabla 2.*Trabajadores Por Tipo De Contrato Ese Hospital Regional De Chiquinquirá*

Empresa	Número
Planta	12
OPS Asistenciales	43
OPS Administrativos	17
Laboramos	360
Comprolab	13
Aljure	11
Oriental	21
Rem Equipos	3
Americana	27
Servintegrales	75
Total	582

Nota. Datos tomados de talento humano ESE Hospital Regional De Chiquinquirá

En consecuencia para el caso en concreto, y a efectos de materializar la creación de los cargos en la planta de personal, es imperativo analizar si el presupuesto proyectado por anualidades alcanza para sostener la planta donde se incluyen todos aquellos contratos de personal que sin tener contratos laborales realizan acciones permanentes y continuas en la institución, es necesario analizar desde el punto de vista financiero cuanto podría costarle a la entidad esa planta de personal, teniendo en cuenta que al pasar a ser empleados públicos se hacen detentadores de prerrogativas que no las tiene el trabajador en misión o el trabajador regido por el derecho privado y menos aún el contratado por OPS, lo que compromete sustancialmente el presupuesto de la entidad.

Dentro de las erogaciones financieras que habría que sumarle al actual costo de personal estarán el componente de las prestaciones económicas, de seguridad social, que indica la ley como son salud, pensión, riesgos profesionales, aportes al Instituto colombiano de Bienestar Familiar, SENA, bonificación por recreación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones prima de navidad, cesantías, e intereses de cesantías, prestaciones que al sumarlas, incrementan el costo de

personal en un 42 %, en este escenario actualmente la entidad destina de su presupuesto un valor aproximado a los 25 mil millones de pesos al año, que sumándole el 42% incrementaría a la suma de 35 mil millones de pesos año.

Como se anotó anteriormente las Empresas Sociales del Estado deben ser autosostenibles es decir que los costos de producción se deben cubrir con los ingresos fruto de la venta de servicios, luego la viabilidad financiera depende de la producción, facturación que efectúe por los servicios que presta, así entonces para determinarse el presupuesto se cuantifican estos factores junto la cartera exigible del año anterior, directriz que anualmente emite la Gobernación del departamento de Boyacá, así el año que transcurre el presupuesto inicial de la de la entidad estuvo por el orden de los 52 mil millones, menos el costo de la nómina tan solo quedarían para la operación con gastos generales de 17 mil millones, situación que resultaría insostenible, pues el costo de operación para este mismo año supera los 25 mil millones de pesos, análisis global que permite concluir que incluir a todos los trabajadores de la empresa a la planta generaría un camino a la insostenibilidad financiera con la consecuente liquidación de la entidad.

En este contexto existe una encrucijada para la ESE, entre el componente legal-jurisprudencial y el componente financiero, constituyéndose en un conflicto incluir en la planta, todos los cargos que demanden actividades del resorte continuo de la entidad que son la inmensa mayoría, toda vez que con la actual realidad financiera de las Empresas Sociales del Estado, estas entidades no podría responder, así las cosas y como es evidente la vulneración del derecho al trabajo digno, se requiere de la reestructuración del sistema de salud, de tal manera que se incluya un subsidio a la oferta, que se podría generar en proporción a los resultados en eficiencia, efectividad, e impacto en la gestión, para cumplir con la orden jurisprudencial y evitar el detrimento de los recursos y el menoscabo de la institución.

Referencias bibliográficas

Constitución política de Colombia [Const.]. (1991)

Concejo de estado. (9 de septiembre de 2021) Sentencia de unificación 05001-23-33-000- 2013-01143-01 (1317-2016) de 2021.

Congreso de Colombia. (28 de diciembre de 1990). Ley 50 de 1990.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993.

Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley 100 de 1993.

Corte Constitucional de Colombia. (7 de marzo de 2012). Sentencia de unificación 171 D-8666 de 2012.

Presidente de la República de Colombia. (28 de agosto de 1945). Artículo 2-3. Decreto 2127 de 1945.

Presidente de la República de Colombia. (17 de diciembre de 1968). Decreto 3074 de 1968.

Presidente de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). Decreto 1068 de 2015.