



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 2

Neiva, 23/SEP/2022

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El (Los) suscrito(s):

ANA VICTORIA TORO ANDRADE, con C.C. No. 1.084.868.033

_____, con C.C. No. _____,

_____, con C.C. No. _____,

_____, con C.C. No. _____,

Autor(es) de la tesis y/o trabajo de grado ANA VICTORIA TORO ANDRADE

Titulado TERCERIZACIÓN LABORAL, SU INCIDENCIA EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL, Y SU EXTENSIÓN MEDIANTE EL CONTRATO SINDICAL.

presentado y aprobado en el año 2022 como requisito para optar al título de ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO;

Autorizo (amos) al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales "open access" y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

2 de 2

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:

ANA VICTORIA TORO ANDRADE

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:



CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 3
---------------	---------------------	----------------	----------	-----------------	-------------	---------------	---------------

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: TERCERIZACION LABORAL, SU INCIDENCIA EN LA INTERMEDIACION LABORAL, Y SU EXTENSIÓN MEDIANTE EL CONTRATO SINDICAL.

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
TORO ANDRADE	ANA VICTORIA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
LOPEZ DAZA	GERMAN ALFONSO

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
LOPEZ DAZA	GERMAN ALFONSO

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA O POSGRADO: ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

CIUDAD: NEIVA - HUILA AÑO DE PRESENTACIÓN: 2022 NÚMERO DE PÁGINAS: 20

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas___ Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general___ Grabados___
Láminas___ Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones___ Tablas
o Cuadros___



CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	2 de 3
---------------	---------------------	----------------	----------	-----------------	-------------	---------------	---------------

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: N/A

MATERIAL ANEXO: N/A

PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria): N/A

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
1. Tercerización	Outsourcing
2. intermediación laboral	Job intermediation
3. contrato realidad	contract reality
4. Contrato sindical	union contract
5. funcionario	official

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

El Estado Colombiano por intermedio de diversas regulaciones de carácter legal y jurisprudencias busca que se evite la tercerización laboral, sobre todo en la prestación del servicio de salud pública, busca por lo tanto evitar que se violen los derechos laborales de los trabajadores del sector salud, el siguiente proyecto de investigación abarca la historia del contrato de tercerización laboral y como se ha masificado, iniciando con el estudio del contrato de tercerización dentro del campo internacional, como se incluyó en la normativa nacional, transformándose y mutando hasta la actualidad que tenemos la subcontratación como la norma dentro de la prestación del servicio de salud aun cuando existen prohibiciones legales al respecto, para lo cual se estudia las modalidades, figuras y normatividad que regula esta actividad.

En el presente proyecto se desarrolla un análisis jurisprudencial del contrato de tercerización, revisando cada una de las modalidades de tercerización que están vigentes en la legislación colombiana, y en que sentido se han referido las altas cortes frente a la tercerización de servicios de salud, como se manejado esta figura de contratación, haciendo un gran énfasis en la salud pública y de quienes manejan recursos públicos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADREES) también se revisara en qué sentido se ha pronunciado la Procuraduría sobre este tipo de contratación.



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	3 de 3
---------------	---------------------	----------------	----------	-----------------	-------------	---------------	---------------

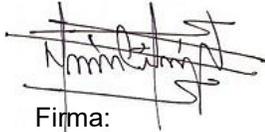
ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

The Colombian State, through various legal regulations and jurisprudence, seeks to avoid labor outsourcing, especially in the provision of public health services, therefore seeks to prevent violations of the labor rights of workers in the health sector, The following research project covers the history of the labor outsourcing contract and how it has become widespread, starting with the study of the outsourcing contract within the international field, as it was included in the national regulations, transforming and mutating until today that we have outsourcing as the norm within the provision of the health service even when there are legal prohibitions in this regard, for which the modalities, figures and regulations that regulate this activity are studied.

In this project, a jurisprudential analysis of the outsourcing contract is developed, reviewing each of the outsourcing modalities that are in force in Colombian legislation, and in what sense the high courts have referred to the outsourcing of health services, how this type of contracting was managed, placing great emphasis on public health and on those who manage public resources of the Resources Administrator of the General System of Social Security in Health (ADREES), it will also be reviewed in what sense the Attorney General's Office has ruled about this type of contract.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado: MARIO CESAR TEJADA GONZALEZ- Coordinador Esp. Derecho Administrativo



Firma:

**TERCERIZACION LABORAL, SU INCIDENCIA EN LA INTERMEDIACION
LABORAL, Y SU EXTENSIÓN MEDIANTE EL CONTRATO SINDICAL,**

ANA VICTORIA TORO ANDRADE

Universidad Surcolombiana

Especialización de Derecho Administrativo.

Abogada. Email: nanistoro.07@hotmail.com

RESUMEN: El Estado Colombiano por intermedio de diversas regulaciones de carácter legal y jurisprudencias busca que se evite la tercerización laboral, sobre todo en la prestación del servicio de salud pública, busca por lo tanto evitar que se violen los derechos laborales de los trabajadores del sector salud, el siguiente proyecto de investigación abarca la historia del contrato de tercerización laboral y como se ha masificado, iniciando con el estudio del contrato de tercerización dentro del campo internacional, como se incluyó en la normativa nacional, transformándose y mutando hasta la actualidad que tenemos la subcontratación como la norma dentro de la prestación del servicio de salud aun cuando existen prohibiciones legales al respecto, para lo cual se estudia las modalidades, figuras y normatividad que regula esta actividad.

En el presente proyecto se desarrolla un análisis jurisprudencial del contrato de tercerización, revisando cada una de las modalidades de tercerización que están vigentes en la legislación colombiana, y en que sentido se han referido las altas cortes frente a la tercerización de servicios de salud, como se manejado esta figura de contratación, haciendo un gran énfasis en la salud pública y de quienes manejan recursos públicos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de

Seguridad Social en Salud (ADREES) también se revisara en qué sentido se ha pronunciado la Procuraduría sobre este tipo de contratación.

ABSTRACT: The Colombian State, through various legal regulations and jurisprudence, seeks to avoid labor outsourcing, especially in the provision of public health services, therefore seeks to prevent violations of the labor rights of workers in the health sector, The following research project covers the history of the labor outsourcing contract and how it has become widespread, starting with the study of the outsourcing contract within the international field, as it was included in the national regulations, transforming and mutating until today that we have outsourcing as the norm within the provision of the health service even when there are legal prohibitions in this regard, for which the modalities, figures and regulations that regulate this activity are studied.

In this project, a jurisprudential analysis of the outsourcing contract is developed, reviewing each of the outsourcing modalities that are in force in Colombian legislation, and in what sense the high courts have referred to the outsourcing of health services, how this type of contracting was managed, placing great emphasis on public health and on those who manage public resources of the Resources Administrator of the General System of Social Security in Health (ADREES), it will also be reviewed in what sense the Attorney General's Office has ruled about this type of contract.

PALABRAS CLAVE: Tercerización, Outsourcing, contrato realidad, Contrato sindical, funcionario, intermediación laboral.

INTRODUCCIÓN: El presente trabajo hace referencia al tema de los contratos de tercerización en el sector salud, como medio para comprender su deformación en contrato realidad, haciendo un especial énfasis en el contrato sindical, como mayor exponente del riesgo jurídico y financiero de los Hospitales públicos, sin demonizar

los contratos de tercerización per se, pues estos desarrollan perspectivas y negocios para las entidades públicas y privadas prestadoras de salud, interesantes dentro de la mejora de la prestación del servicio, además de la productividad, con las reglas de libre competencia ajustadas al mercado, que deben ser evaluadas para ser competitivos.

Por lo cual la presente investigación tiene como objeto evidenciar que figuras como el Outsourcing permiten ingeniosos modelos de negocios en el sector salud, con la participación de privados, pero que sin lugar a dudas deben presentarse de manera adecuada, para no configurar el abuso del derecho, que se presenta actualmente con la vinculación y contratación del personal en el sector salud en Colombia, mediante el ocultamiento de verdaderos contratos laborales mediante distintas formas de vinculación, entre ellas se analizara más precisamente, la del contrato sindical, como una figura que acompleja la situación laboral del personal de la salud, con distintas alarmas, y denuncias que se realizan a la prensa, y los entes de control, frente a esta forma de vinculación, y como compromete los derechos laborales de los trabajadores del sector salud, así como un riesgo jurídico de las entidades públicas que realizan esta contratación, por la declaratoria de contrato realidad.

JUSTIFICACIÓN: Las entidades estatales que pueden contratar bajo la modalidad de prestación de servicios ha hecho uso de estos contratos de tercerización inclusive para la prestación de servicios misionales de las entidades estatales prestadoras del servicio de salud, muchas veces constituyendo incluso verdaderas nominas paralelas a los cargos de planta de estas entidades públicas, degenerando los contratos de tercerización y las distintas modalidades que se han implementado a lo largo de los años en contratos realidad y no de prestación de servicios, por lo cual en aquellas entidades públicas en las que los representantes legales son escogidos mediante el libre nombramiento y remoción por alcaldes, gobernadores y presidentes de la república, después de los cuatro años de administración, empiezan estas personas a demandar por la vía ordinaria o por la vía contencioso

administrativa, este tipo de contratos por tratarse de contratos realidad, lo cual genera muchas veces en un déficit para las entidades prestadoras de salud, además que el pago se realiza con dineros públicos destinados a la salud, inclusive alguna revisión a aquellas sentencias donde hace alusión a la declaración de funcionarios públicos de hecho, que contravía la carrera administrativas, y evidencia el nivel de malas prácticas en contratación en el servicio de salud a nivel departamental.

Por lo anterior se hace ineludible e imperativa necesidad de hacer un análisis y evaluación de este tipo de contratación en el sector salud, se requiere un análisis de Jurisprudencia, frente a la contratación y tercerización de servicios en el sector salud.

CAPITULO 1. CONCEPTOS BASICOS PARA DETERMINAR LA TERCERIZACIÓN LABORAL

1.1 Contrato Realidad

La Tercerización en la prestación del servicio de la salud, se ha convertido en la regla general de contratación, poniendo en riesgo financiero a las entidades públicas que prestan ese servicio de salud en cuanto a la configuración de contratos realidad, esta no es una institución jurídica positiva como tal, pues existe por el concepto originario de contrato laboral bajo el principio de primacía de a la realidad sobre las formas como *“un instrumento legítimo de reconocimiento, amparo y restauración de las relaciones laborales que surgen entre quienes prestan un servicio y quienes lo demandan”* (Mendoza & Chica, 2020), lo que implica un desvelo de lo que otrora fuere un tipo contractual distinta a la laboral y se configuro en realidad en un contrato de trabajo propiamente dicho *“(...) logrando demostrar la actividad personal, la remuneración y la continuada subordinación del contratista frente a la entidad contratante, o dicho de otra manera, del trabajador frente al empleador, es posible*

que un trabajador obtenga los beneficios de las leyes laborales (Ochoa, D., Silvia, A., & Sarmiento, J., 2015 Citado en Cuesta & Zota, 2016).

La configuración del contrato realidad, no es más que la consecuencia de que el principio de la realidad sobre las formas, develen una relación laboral y es verdaderamente un empleado, *“teniendo en cuenta sus obligaciones con la organización y la rutina laboral que desempeña en el cumplimiento de las funciones por las cuales fue contratado”* (Cuesta & Zota, Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo, 2016, p. 14).

1.2 Funcionario Público de Hecho

Frente a estos requisitos ha dicho la corte bajo el principio de realidad sobre las formas, este funcionario público de hecho solo puede configurarse sin romper el esquema constitucional del funcionario público cuando, dice el Consejo de Estado, también tiene una protección a través del artículo 53 constitucional sobre el principio de realidad sobre las formas *“Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente”* (Consejo de Estado, expediente 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08) Sentencia del 9 de junio, 2011).

1.3. Flexibilización Laboral

La flexibilidad laboral es la eliminación, creación o modificación de regulaciones que permiten establecer la forma de vinculación distinta a la contemplada clásicamente del contrato laboral propiamente dicho, con sus distintas características dentro del mundo de los contratos, la idea de flexibilidad laboral permite que las empresas se sientan más seguras de realizar una o varias contrataciones, promoviendo que el mercado laboral sea más dinámico.

Ha venido desarrollándose a partir desde un inicio con las reformas que se realizaron a la ley 50 de 1990, con el fin de realizar la apertura a nuevos empleos, y como no mediante la inclusión del Outsourcing a través de las Uniones Temporales *“dándole la facilidad al empleador de contratar personal indirecto en la figura de “prestación de servicios” con la empresa de servicios temporales, la cual en últimas es la responsable de cumplir con las obligaciones laborales de los trabajadores”* (Castañeda, 2016).

Según la sentencia de la Corte Constitucional C-593 de 2014 sobre la flexibilización laboral la ha determinado como aquella forma en que se espera se amplíen la creación de empleo, de la percepción casi de un estándar económico, y movimiento económico, son figuras que no deben desconocer derechos laborales modificándose y mutando en contratos laborales, para desconocer las protecciones que brinda sobre los mismo la ley colombiana, implica la intervención del estado:

“(…)en el caso que las figuras sean utilizadas fuera de los objetivos para los que fueron creadas, las autoridades de control deben tomar los correctivos pertinentes y además, habrá una responsabilidad de aquél patrono que ha utilizado estos instrumentos de forma irregular (Corte Constitucional, 2014).

1.4 Intermediación laboral ilegal

Respecto de la intermediación laboral el Consejo de Estado, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 6 de julio de 2017 en el proceso radicado con el número 11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16) y con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, explicó *“La intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte*

de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante (Consejo de Estado, 2017)”.

Respecto a la intermediación laboral a través de uniones temporales el Consejo de Estado en sentencia proferida el 27 de noviembre de 2017 en el proceso radicado con el número 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-13) y con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve, la Subsección “B” expuso: “(...)restringen la posibilidad de la administración pública para contratar el desarrollo de funciones permanentes o inherentes al objeto social de la entidad, pues en caso tal, se estarían desconociendo derechos de los servidores públicos, el derecho al trabajo” (Consejo de Estado, 2014).

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-774-11, sostuvo que:

(...)los procesos de "deslaborización de las relaciones de trabajo", desarrollados por las Empresas Sociales del Estado para "disfrazar" u "ocultar" la verdadera relación laboral que subyace entre la entidad y el tercero que desempeña la labor subordinada, permanente y propia de la entidad, son inconstitucionales (Corte Constitucional, 2011).

Conforme al extracto jurisprudencial, no se puede utilizar la figura de Uniones Temporales en las Empresas Sociales del Estado:

- Cuando se trate de actividades permanentes
- Actividades propias de la entidad
- Cuando sean actividades que pueda realizar la planta de personal de la entidad

Y se puede llevar a cabo cuando:

- Cuando se trate de trabajos especializados, por ejemplo, predicados de su responsabilidad.

CAPITULO 2. El Outsourcing y la Tercerizacion Laboral en Colombia

El Outsourcing, dentro de la literalidad de la palabra significa externalizar o subcontratar, que en ingles puede definirse como “*obtain (goods or a service) from an outside or foreign supplier, especially in place of an internal source*”, [obtener (bienes o servicios) de un proveedor externo o extranjero, especialmente en lugar de una fuente interna] (Lexico, s.f.).

La globalización, la geopolítica Capitalista y el génesis del neoliberalismo, que llevan desde 1975 con la denominada apertura económica el Expresidente de Colombia López Michelsen, hasta nuestros días hemos visto como el país se han venido desarrollando como un comprador dentro de lo que es la gran industria internacional, es entonces que se acuña los modelos de negocios internacionales en la prestación de diversos tipos de servicios, entre ellos el *Outsourcing*, para tratar de ser mínimamente competentes de cara a la industria internacional “*la tercerización encuentra sus límites en la libertad de empresas para configurar las relaciones ínter empresariales. Así, se aprecian supuestos de tercerización en los contratos de obra o servicio, colaboración empresarial, transporte de mercaderías, factoring, marketing (promociones), gerencia, asesoría legal o contable-tributaria, operación y mantenimiento*” (Miyagusuku, 2004)

El modelo es muy sencillo, el mercado brinda la posibilidad a una determinada empresa para que se delimite y enfoque sus esfuerzos en lo que realmente le interesa brindar, vender, ofrecer, al mercado, en el entendido de que si bien los que integran determinada empresa son los que realizan las actividades que se requieren, esa empresa está jugando en las reglas de mercado de oferta y demanda, lo que implica una competencia de terceros, por lo cual el resultado de su actividad debe ser optimo, si yo tengo una empresa que se encarga de producir un vino de alta calidad, dentro del proceso industrial me tengo que centrar en

mantenerme en el mercado, con precios justos y asequibles a los clientes, promocionándolo, cultivándolo, procesándolo, embotellándolo y vendiéndolo, estas etapas de producción, implican que se aúnen esfuerzos que implica a su vez el desarrollo de otro tipo de actividades que son ajenas a esa cadena de producción, pero son necesarias para las condiciones de llegar a ese fin, por ejemplo si la empresa posee una infraestructura física para brindar sus servicios, se requiere por ejemplo personal de mantenimiento de dicha infraestructura, ellos no hacen parte de la cadena de producción del producto, pero ayudan a que se logren los fines de la empresa manteniendo la infraestructura, a esto se le conoce entonces como Tercerizar la prestación de un servicios, es entonces que de esa externalización de esa necesidad se crea una Tercerización o descentralización productiva. *“La prevención en cuanto a la limitación conceptual de las actividades se explica por la preocupación en cuanto a que la tercerización sea utilizada para encubrir una intermediación ilícita”* (Uriarte & Colotuzzo, 2009).

Sin embargo, dada su naturaleza, ha habido a mi modo de ver un fuerte de choque, ya que el contexto global distinto a las formas convencionales en que se han reunidos las personas para realizar alguna actividad económica en países latinoamericanos de que antes de la apertura poseían sistemas fuertemente proteccionistas, siendo el Estado el ente regulador y principal creador de empleo, era consecuente que la estabilidad laboral del obrero promedio latinoamericano se iba a resentir por la apertura que permite la tercerización.

Pues no son todas bondades cuando se trata de contratar un tercero para que preste determinados servicios, siempre existen peligros como el incumplimiento del contrato, y el pago de derechos laborales justos, y la característica principal la supresión de empleos mediante la subcontratación, y en Colombia debido a esta situación global, ha legislado al respecto, por ejemplo el Outsourcing dentro del Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 34, establece que no hay distinción dentro de su fin , que es buscar un contratista que realice unas actividades, que ya puede ser una persona natural o jurídica que contrae una obligación, por recibir una

contraprestación del mismo contratante, pero con una prerrogativa para su ejecución, esto es “asumir todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva” (Bermudez, 2005).

Actualmente en nuestro país, esta figura en mi opinión se ha abusado y malinterpretado a gran escala su uso, pues ya no solo se practica para la prestación de un servicio accesorio a la actividad de la empresa, si no que se ha usado ampliamente en las actividades misionales de las empresas, o lo que es peor, encontrando Outsourcing en la prestación de servicios esenciales por parte del Estado, por ejemplo, encontrando Outsourcing en el servicio de salud y hospitalario, situación que ha sido objeto de legislación, decisiones jurisprudenciales importantes en el país para fortalecer los derechos fundamentales de los trabajadores del sector salud.

2.1 Modalidades de Tercerización

En Colombia no existen la tercerización como tal no está plenamente identificada, concepto que ahondare cuando explique el tema del contrato realidad, pues existe más un tercerización circunstancial, e ilegal, que se instalado mediante el colectivismo, entendido desde el punto de vista por Emile Durkheim, “*una sociedad no es una colección de individuos a los que una maquina monstruosa y enorme mantiene unidos unos contra los otros por medio de la fuerza. No: la solidaridad viene de adentro y no de afuera. Los hombres están unidos entre si tan naturalmente como los átomos de un mineral o las células de un organismo (...)*” (Los Estudios de Ciencia Social, 1886 Citado en Inda, 2009)”.

Ese Colectivismo e se ha visto plasmada en parte por la lucha sindical en el territorio latinoamericano, y la libertad de asociación de corte liberal.

Dentro de ese espectro, ahora si podemos identificar algunas asociaciones colectivas que expresan ese sentir de asociación, y por el cual se presta un

determinado servicio por una compensación, con mano de obra exógena a la empresa.

2.2 Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA)

Las CTA, se encuentra definida en el Decreto 1072 de 2015 Artículo 2.2.8.1.3, esencialmente sin ánimo de lucro, aquí las asociaciones las determinan como gestoras, que además de aportar su la mano de obra ponen a disposición capital económico.

Antes del decreto 4588 de 2006, las disposiciones del código sustantivo del trabajo, pues se le otorgó una naturaleza asociativa de la cual no puede predicarse un vínculo laboral por lo cual excluían el pago de prestaciones sociales, cuestión que fue aprovechado por las entidades que mediante este tipo de contratación vulneraban los derechos de los afiliados, pues los enviaban igualmente a realizar actividades misionales.

Actualmente se encuentra regulado, y como siempre ha ocurrido en el territorio colombiano, la regulación de este tipo de vinculaciones resulta en que quede obsoleta la figura, porque como veremos en los siguientes modelos, en si el factor fundamental es evitar a toda costa la vinculación de carácter laboral.

2.3 Empresas de Servicios Temporales (EST)

Se encuentra definida en el artículo 74 de la ley 80 de 1990, y es efectivamente una actividad que se realiza de manera temporal, el personal son personas naturales, que se vincula a esa EST, también se encuentra regulada 1072 de 2015, pues indica expresamente quienes pueden contratar por intermedio de esta en su artículo 2.2.6.5.6, así como también regular la prolongación del contrato siendo este máximo por 12 meses, porque el espíritu de este tipo de asociación es la temporalidad de la colaboración, por lo cual si se prolonga tiene consecuencias muy graves.

En caso de que, de nuevo, mediante esta forma de colaboración disfrace o encubra lo que es una relación laboral propiamente dicha se atienen a las consecuencias de

la declaración de un contrato realidad, y lo que ello implica, además en forma solidaria entre la EST y sobre quien recaía el servicio por el simple hecho de ser intermediaria“(...)aceptarse expresamente que esta actuó como simple intermediaria y, por lo tanto, solidariamente responsable con la empresa usuaria, ello implica, aún ante una obligación de reubicación, que la parte actora puede reclamar a cualquiera o a ambas el cumplimiento”. (Cortes Suprema de Justicia, Sala Laboral, Radicado No.69297, 2018).

2.4 Contrato Sindical.

El contrato sindical contrario a los otros nace de un derecho previamente establecido en las luchas por derechos laborales, esto es la constitución de Sindicatos, mediante el ejercicio del derecho de asociación, mediante esta afiliación es el Sindicato quien mediante una afiliación dispone a una entidad o empresa la mano de obra para realizar determinada entidad, esto obviando requisitos que previamente ya hemos preestablecido con las anteriores formas de asociación, esto es que no se presenten servicios de carácter misional de la institución, y que no se predique del contrato una relación laboral.

Este contrato se encuentra definido mediante Decreto 1429 de 2010, en su artículo 1, es un contrato que nace de la comunión de las voluntades de un proceso sindical completo, radicado en su naturaleza colectiva, esto es la complementación de los sindicatos mediante su autogestión, realizan ofertas de empleo, se comprometen a realizar determinadas actividades y ejecutar contratos mediante sus propios afiliados “(...)realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo” (Artículo 1, 2010).

Debe cumplir con los requisitos del artículo 2.2.2.1.21 de la Decreto 1072 de 2015:

- La existencia previa del sindicato con al menos seis meses de constitución antes de la firma del contrato sindical.

- La afiliación de trabajadores vinculados a la empresa con la cual se celebra el contrato sindical.
- La aprobación en asamblea de afiliados de la suscripción del contrato sindical.
- La estructura y capacidad administrativa y financiera para prestar los servicios, ejecutar las obras contratadas y cumplir con las obligaciones legales (Decreto 1072, 2015).

Por su parte el Código Sustantivo del Trabajo también regula lo propio mediante los artículos 482, 483, 484, está al igual que las otros tipos de asociación, son objeto de debate jurídico, respecto en cómo se ha definido un tema crucial para definir el criterio con el cual se valora la asociación, para que no se configure el contrato realidad, pues dentro de la tercerización aunque exista tal prejuicio, de la intermediación ilegal, es una situación casi que enteramente de origen público en el sector salud, por lo cual cuando nos referimos a que para que se configure el contrato realidad se hace necesario ver la actividad y ver que es una actividad misional, o por el contrario es de apoyo y obedece al curso normal de los negocios dentro de esta gama amplia de Outsourcing , por eso me gusta verlo y diferenciar las actividades que pueden presentarse a debate, mediante un criterio microeconómico *“La teoría microeconómica que subyace a los procesos de tercerización ha ido enfocada, especialmente, a responder por qué tercerizar y qué actividades Tercerizar”* (Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), 2019, p. 34).

Actualmente esta es la modalidad mediante el cual se están tercerizando la prestación del servicio de salud en Colombia, utilizado sobre todo en E.S.E e I.P.S públicas *“Actualmente dentro de las Empresas Sociales del Estado se ha convertido en el adolecimiento de la precarización del sector salud, pues siempre existe la forma de deformar esta relación y derive en lo que es un contrato realidad”* (Bedoya, Gutierrez, Ocampo, & Beltran, 2020)

Es que no es ajena esta situación, al diario vivir de los médicos, los ejercicios de sus funciones son demandantes, jornadas agotadoras, y de resultados precisos, pues el servicio médico no da espera, que derivado del planteamiento de ley 100 de 1993 respecto del sistema de salud, aumenta las incompatibilidades, para desmarcar una Ejecucion contractual de una laboral, y que después de la prohibición que trae el Decreto 1429 de 2010, para vincular a los trabajadores de la salud mediante cooperativas, era evidente que la forma en que mutaría la deformación seria mediante el contrato sindical, pues el contrato sindical lo único que hace es aumentar:

El sector público concentra la amplia mayoría de los contratos sindicales suscritos entre 2010 y 2019 con un 93,4 %, mientras que en las empresas privadas se concentra el 6,6 % de los contratos sindicales suscritos en ese mismo periodo De estos nueve mil setecientos seis contratos sindicales, inscritos ante el Ministerio del Trabajo, se encontró que la rama económica de la salud estatal concentra el 93 % de los mismos con nueve mil veintiséis contratos, mientras que el sector privado solo ha celebrado un 7 %, lo que revela que el sector de los prestadores del servicio de salud está usando intermediación ilegal para su mano de obra. (Bedoya, Gutierrez, Ocampo, & Beltran, 2020, p. 169).

Los entes de control han percibido esta situación, mediante la Procuraduría General de la Nación, sin embargo, poco se ha hecho para regular la asociación, que, por el contrario, como lo veremos en la parte de jurisprudencia, es cuestión de tiempo de que aparezcan los riesgos financieros, por la cantidad de demandas que se presentan por contratos realidad mediante esta vinculación en el sector salud, por su parte la Procuraduría advirtió mediante circular 007 de 2020:

Los contratos tercerizados constituyen así el 71.37% de los puestos de trabajo en el sector y los servidores que están vinculados a las

plantas de personal de las entidades del sector de la salud pública solo constituyen el 28.63%, lo que contradice a todas luces el mandato legal que determina que la regla general de la administración pública es, que todos sus trabajadores sean vinculados de manera directa y excepcionalmente, por situaciones casi fortuitas, por contratos de prestación de servicios o tercerizados (Circular 007 ,Procuraduría General de la Nación de Colombia, 2020, p 2).

Por lo cual no es desconocida la situación, para los entes de control sobre la actividad contractual que llevan ESE e IPS del Estado, pero entonces no existe ninguna acción relevante que se preocupe por esta situación de los trabajadores de la salud, pues el poder coercitivo de los entes de control y jueces que fallan a favor de las personas que se someten a este tipo de prácticas, parece ser un daño colateral que están dispuestos a soportar, por lo cual solo serían efectivas medidas estructurales, que remodelen el sector salud de ley 100 de 1993, en protección de los trabajadores de la salud, y sus derechos laborales.

CONCLUSIONES

Dentro de la vinculación de las entidades prestadoras de salud en el sector público supone son regidas por el estatuto general de contratación de la administración pública se ciñen a unos principios de transparencia y responsabilidad pública, por lo cual resulta preocupante que mediante entidades públicas que prestan servicios de salud, exista actualmente una masificación y adopción de la tercerización de servicios en salud, en el sector público, para evadir los costos que implica la laboralización del sector salud, desembocado de que muchas veces se abuse de la figura del contrato sindical por el cual se vinculan a estos trabajadores de la salud y se traten en realidad de verdaderos contratos laborales encubiertos, a los cuales se les han denegado sus derechos laborales irrenunciables.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, existen diferentes circunstancias que las modalidades de tercerización de los contratos sindicales en función de la prestación de servicios de salud podrían estar gestándose en verdadero contrato de trabajo según los requisitos del código sustantivo del trabajo, y por el contrario no se ciñen a lo dispuesto para los contratos laborales, que implica que dentro de los contratos de intermediación laboral la existencia de nómina paralela laboral.

Pues una vez un contrato que se ejecuta mediante el contrato sindical elucubra los requisitos del código sustantivo del trabajo, prestación personal del servicio, una continuada subordinación y una retribución o remuneración del servicio, se constituye el contrato realidad, no importa que medie otra modalidad pues no resulta atenuante, que se firmara un contrato sindical o cualquier otra modalidad, por lo cual se constituyen en derechos irrenunciables y a los que tiene derecho a reclamar, en este caso de forma gravosa al ser las condenas entidades públicas que con recursos públicos además de brindar la satisfacción de un servicio de salud, también deben destinar sus recursos por el mal empleo en la contratación y malas prácticas contractuales en desmejoro de las calidades y derechos laborales de los trabajadores del sector salud, que sobre todo va en contra del principio del interés general sobre el particular, pues el cumulo de demandas por las malas prácticas contractuales, genera que estos mismos trabajadores después reclamen sus derechos laborales, que se pagan con recursos públicos.

A partir de lo analizado si bien la tercerización como modelo de negocios permite el cubrimiento de necesidades de las entidades públicas y privadas, no debe crearse un prejuicio alrededor de sus defectos frente al ocultamiento contrato realidad, pero si debe el legislador Colombiano pronunciarse frente a esta problemática, pues con las reformas a la ley 100 de 1993, haciendo parte también de la agenda de apertura económica, los resultados no han sido los mejores en términos de estabilidad laboral

en el sector salud, siendo probablemente de los más subcontratados, dentro de los servicios que presta el estado.

Debe implementarse los contratos de Outsourcing, para lo que fueron creados, y dejar de crear plantas realmente paralelas, que constituyen intermediación laboral ilegal, la jurisprudencia es firme y fuerte a la hora de establecer los criterios del contrato realidad, e igual de severas son sus condenas frente a los derechos laborales, si hay una unificación dentro de los jueces en cuanto a la protección de las personas que fueron vinculados mediante alguna de las formas de asociación, y actualmente mediante el contrato sindical, porque o actúan con igual de contundencia los entes de control, falta mayor intervención por las entidades de control, ya que el legislativo pareciera no importarle interferir dentro de estos problema del sector salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI). (2019). *Tercerización e Intermediación Laboral*. Obtenido de <http://www.andi.com.co/Uploads/Tercerizacio%CC%81n%20e%20intermediacio%CC%81n%20laboral%20balance%20y%20retos%20Colombia%20CESLA.pdf>
- Bedoya, M., Gutierrez, D., Ocampo, B., & Beltran, J. (2020). *El contrato sindical en Colombia: usos, efectos y ganadores*. Obtenido de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3615/3385>

- Bermudez, K. (2005). Outsourcing y Derecho Laboral. (U. E.-D. Laboral, Ed.) *Discurso Laboral*. Obtenido de <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/DiscursoLab2.pdf>
- Castañeda, C. A. (2016). *La flexibilización Laboral en Colombia*.
<https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/11113>
- Cuesta, H., & Zota, E. (2016). *Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos*. Obtenido de
<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/752/Contrato%20realidad%20%20factor%20de%20vulneraci%C3%B3n%20de%20acceso%20a%20los%20elementos%20del%20derecho%20fundamental%20al%20trabajo%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Inda, G. (2009). *La sociología política de Emile Durkheim entre 1892 1897: El estado como apéndice de la morfología social y la futilidad de la acción política*. Obtenido de <file:///C:/Users/JUAN%20TORO/Downloads/Dialnet-LaSociologiaPoliticaDeEmileDurkheimEntre1892Y1897-2936004.pdf>
- Mendoza, D., & Chica, J. (2020). *PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS EN LOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACION PUBLICA*. Obtenido de
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/32494/2021JackelineChicaDurlysMendoza.pdf?sequence=5&isAllowed=y#:~:text=de%20los%20trabajadores,-.El%20principio%20de%20primac%C3%ADa%20de%20la%20realidad%20sobre%20las%20formas,o%20no%20de%20una%20re>
- Miyagusuku, J. T. (2004). *La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del outsourcing*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16051>

Uriarte, O., & Colotuzzo, N. (2009). *DESCENTRALIZACIÓN, TERCERIZACIÓN, SUBCONTRATACION*. Lima, Peru: Oficina Internacional del Trabajo (OIT).
<http://www.relats.org/documentos/HOMENAJES.ERMIDA.Textossindicales.pdf>

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-285*. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-285-15.htm>

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-774*. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-774-11.htm>

Corte Constitucional. (2014). *C-593*. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-593-14.htm>

Consejo de Estado. (2011). *Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08)*. Obtenido de
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/85001-23-31-000-2005-00571-01\(1457-08\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).pdf)

Consejo de Estado. (2014). *Expediente 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-13)*. Obtenido de
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/S2/05001-23-33-000-2012-00275-01%20\(3222-2013\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/S2/05001-23-33-000-2012-00275-01%20(3222-2013).pdf)

Consejo de Estado. (2017). *expediente 11001-03-25-000-2016-00485-00 (2218-16)*. Obtenido de

https://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/17-03-2017_11001032500020160048500.pdf

Cortes Suprema de Justicia, Sala Laboral. (2018). *Sentencia No.69297*. Obtenido de <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bnov2018/SL3521-2018.pdf>

Normativa

El presidente de la Republica de Colombia. (2010). *Decreto 1429*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41060>

El Presidente de la Republica de Colombia. (2015). *Ley 1072 Decreto Unico Reglamentario del Sector Trabajo*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=72173>

Procuraduria General de la Nacion de Colombia. (2021). *Procurador pidió vincular al personal de la salud en condiciones dignas, decentes y de estabilidad laboral*. Obtenido de https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procurador-pidio-vincular-al-personal-de-la-salud-en-condiciones-dignas_-decentes-y-de-estabilidad-laboral.news

Procuraduria Genreal de la Nacion de Colombia. (2020). *Circular 007* <https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.NormatividadPageFactory>

