

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS				   	
	CARTA DE AUTORIZACIÓN					
CÓDIGO	AP-BIB-FO-06	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA 1 de 1

Neiva, 05 de Junio de 2023.

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El suscrito:

OSCAR JAVIER ESCOBAR BRAVO, con C.C. No. 1120216272 expedida en San Francisco Putumayo, autor de la tesis y/o trabajo de grado titulado **“Formalización laboral como estrategia de dignificación del empleo en las empresas sociales del Estado del departamento del Putumayo”**, presentado y aprobado en el año 2023 como requisito para optar al título de Magister en Derecho Público.

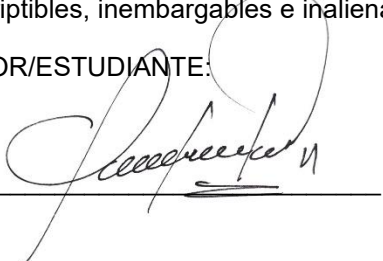
Autorizo al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- 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.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:



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.

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO:

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
Escobar Bravo	Oscar Javier

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
López Daza	German Alfonso
Gómez García	Carlos Fernando

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA O POSGRADO: DERECHO PÚBLICO

CIUDAD: NEIVA - HUILA

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2023

NÚMERO DE PÁGINAS: 137

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 X

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

MATERIAL ANEXO: MATERIAL DE RECAUDO DE INFORMACIÓN

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

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

Español

Inglés

 CÓDIGO	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS					
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO AP-BIB-FO-07	VERSIÓN 1	VIGENCIA 2014	PÁGINA 2 de 3		

1. Formalización Formalization

2. Dignificación Dignification

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

La presente investigación aborda un tema poco desarrollado en Colombia, pero con grandes luchas por el gremio de la salud, que busca el cumplimiento de la política pública de empleo digno y decente para los trabajadores de éste sector que cumplen funciones públicas y desarrollan actividades permanentes en las Empresas Sociales del Estado, no obstante, se encuentran vinculados a través de modalidades que afectan derechos constitucionales, laborales y prestacionales, como los contratos de prestación de servicios, contratos sindicales o a través de cooperativas de trabajo asociado.

Los altos Tribunales de Justicia de Colombia han comulgado en el respeto por las garantías laborales cuando del desarrollo de actividades permanentes o cumplimiento de funciones públicas se trata, como una manifestación de los lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo.

A partir de la revisión normativa y legal sobre la formalización laboral, se encontró que desde el año 1993, la Ley 100 dispuso en calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales a las personas que se encuentren vinculadas a las Empresas Sociales del Estado; sin embargo, casi 20 años después, de los 926 hospitales públicos del país, se registraban para el año 2.020 que hay 136.116 trabajadores, de los cuales 46.715 están vinculados directamente en las plantas de personal y 116.401 de manera indirecta.

En el Departamento del Putumayo cerca de 1.743 trabajadores de la salud del sector público, se encuentran vinculadas bajo la modalidad de prestación de servicios, situación que a la luz del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, se encuentra prohibida, es decir, utilizar modalidades que afectan los derechos constitucionales, laborales y prestacionales para el desarrollo de actividades permanentes o el ejercicio de funciones públicas.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

The present investigation deals with a subject that has not been developed in Colombia, but with great struggles for the health union, which seeks to comply with the public policy of decent and dignified employment for workers in this sector who perform public functions and develop permanent activities in However, the State Social Enterprises are linked through modalities that affect constitutional, labor and benefit rights, such as service provision contracts, union contracts or through associated work cooperatives.

The High Courts of Justice of Colombia have agreed to respect for labor guarantees when the development of permanent activities or fulfillment of public functions is treated as a manifestation of the guidelines of the International Labor Organization.

From the normative and legal review on labor formalization, it was found that since 1993, Law 100 provided as public employees or official workers to people who are linked to the Social Enterprises of the State. However, almost 20 years later, of the 926 public hospitals in the country, it was registered by 2020 that there are 136,116 workers, of which 46,715 are directly linked in the personnel plants and 116,401 indirectly.

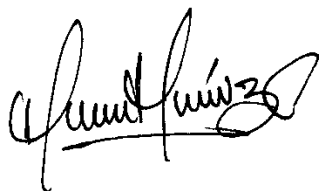
In the Department of Putumayo, about 1,743 public sector health workers are linked under the modality of service provision, a situation that in the light of article 63 of Law 1429 of 2010, is prohibited, that is, using modalities that affect constitutional, labor and benefit rights for the development of permanent activities or the exercise of public functions.

 CÓDIGO	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS					
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO AP-BIB-FO-07	VERSIÓN 1	VIGENCIA 2014	PÁGINA 3 de 3		

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado: **MARIELA MÉNDEZ CUÉLLAR**

Firma:



**Formalización laboral como estrategia de dignificación del empleo en las
empresas sociales del Estado del departamento del Putumayo.**

Oscar Javier Escobar Bravo

Especialista en Derecho Administrativo

Trabajo de grado Magister en Derecho Público

Asesores Metodológicos:

PhD. German Alfonso López Daza

Doctorado y Postdoctorado en Derecho Constitucional U de Paris –

U. Aix-Marseille (Francia)

Carlos Fernando Gómez García

Magister en Derecho Público

Especialista en Derecho Constitucional y Sistema Interamericano de Derechos
Humanos

Universidad Surcolombiana

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Programa Maestría en Derecho Público

Neiva, Huila, Colombia

2022

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo, son responsabilidad exclusiva del autor. Acuerdo No. 0077 del 26 de agosto de 2015 y Acuerdo No. 0225 del 04 de abril de 2019, emanado por el Honorable Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Surcolombiana.

Nota de aceptación:

Jurado

Jurado

Asesor de Trabajo de Grado

Asesor de Trabajo de Grado

Neiva, Huila, Colombia, Julio de 2022

AGRADECIMIENTO

Agradezco a los trabajadores de la salud en Colombia, quienes inspiraron realizar esta investigación, a mis padres, hermano, esposa e hijos, quien me motivaron a cumplir un sueño más en mi formación académica; a mis asesores metodológicos y maestros en Derecho por brindarme su conocimiento y permitir que el presente trabajo de grado sea satisfactorio.

DEDICATORIA

A los trabajadores de la salud, como reconocimiento por su labor de salvar vidas en medio de la Pandemia generada por el Coronavirus SARS-CoV2 y que aún padecen del flagelo de la informalidad.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
1. RESUMEN	10
2. ABSTRACT	11
3. INTRODUCCIÓN	12
4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	23
4.1 Descripción del problema.....	24
4.2 Formulación del problema.....	26
4.3 Objetivos	27
4.3.1 Objetivo general.....	27
4.3.2 Objetivos específicos.	27
4.4 Justificación.....	27
5. ANTECEDENTES	34
6. MARCO REFERENCIAL.....	41
6.1 Marco Teórico	41
6.2 Marco Legal	43
7. Marco metodológico.....	45
8. CAPITULO I	46
8.1 Conceptos generales de la formalización laboral de las empresas sociales del Estado en Colombia.	46
8.1.1 El trabajo decente como herramienta de una mejor vida laboral	47
8.1.2 El trabajo como principio del Estado Social de Derecho en Colombia.....	50
8.1.3 Tercerización e intermediación laboral en Colombia.....	52
8.1.4 Acuerdos de formalización laboral y plantas de personal de carácter temporal como estrategia de dignificación del empleo en las Empresas Sociales del Estado en Colombia.	56
8.1.5 Antecedentes de estudios frente a la formalización e informalidad laboral en Colombia.....	61
8.1.6 Corte Constitucional y órganos de control como actores de dignificación del empleo en Colombia.	65
9. CAPITULO II	71

9.1	Ministerio de trabajo como principal actor en la Formalización Laboral en las Empresas Sociales del Estado en el Departamento del Putumayo	71
9.2	Diagnóstico de las condiciones administrativas y financieras de las E.S.E., del departamento del Putumayo, durante las vigencias 2016 a 2021.....	77
9.2.1	E.S.E. Hospital Pio XII de Colón.....	77
9.2.2	E.S.E Hospital José María Hernández.....	80
9.2.3	E.S.E Hospital San Gabriel Arcángel.....	87
9.2.4	E.S.E Hospital Jorge Julio Guzmán	87
9.2.5	E.S.E Hospital Alcides Jiménez	88
9.2.6	E.S.E Hospital Local	93
9.2.7	E.S.E Hospital de Orito	94
9.2.8	E.S.E Hospital Sagrado Corazón de Jesús	94
9.2.9	E.S.E Hospital Fronterizo la Dorada	95
9.2.10	E.S.E Hospital María Angelines	96
10.	CAPITULO III.....	97
10.1	Riesgos y responsabilidades de la informalidad laboral en las Empresas Sociales del Estado.....	97
10.2	Utilización antijurídica del contrato de prestación de servicios como riesgo administrativo	98
10.3	Responsabilidad disciplinaria del servidor público que utiliza el contrato de prestación de servicios para desarrollar actividades permanentes y cumplir funciones públicas que generan relación laboral.	104
10.4	Responsabilidad administrativa de las Empresas Sociales del Estado que utilizan el contrato de prestación de servicios que generan relación laboral.....	111
10.5	Responsabilidad fiscal por hallazgos administrativos.	114
10.6	Tipos penales ajustables en la celebración de contratos de prestación de servicios que generan relación laboral por parte de gerentes de Empresas Sociales del Estado.	116
11.	CONCLUSIONES	122
12.	Bibliografía.....	134

LISTADO DE FIGURAS

Figure 1. Objetivos Desarrollo Sostenible, 2019.....	42
Figure 2. Modelo de nivel salarial mensual empleado de planta.	59
Figure 3. Indicadores de inclusión productiva Colombia 2010 – 2018.....	72
Figure 4. Ingresos por venta de servicios.....	90
Figure 5. Acuerdo Junta Directiva E.S.E Alcides Jiménez.	91
Figure 6. Manual de Funciones – Planta Temporal E.S.E Alcides Jiménez.....	92
Figure 7. Información del Sistema de Información Hospitalaria.....	102
Figure 8. Explicación de la subordinación laboral.....	104

LISTADO DE TABLAS

Tabla 1. Situación financiera, administrativa y sancionatoria administrativa de las Empresas Sociales del Estado Departamento del Putumayo.....	75
Tabla 2. Trabajadores sin formalizar actualmente.	89

1. RESUMEN

La presente investigación aborda un tema poco desarrollado en Colombia, pero con grandes luchas por el gremio de la salud, que busca el cumplimiento de la política pública de empleo digno y decente para los trabajadores de éste sector que cumplen funciones públicas y desarrollan actividades permanentes en las Empresas Sociales del Estado, no obstante, se encuentran vinculados a través de modalidades que afectan derechos constitucionales, laborales y prestacionales, como los contratos de prestación de servicios, contratos sindicales o a través de cooperativas de trabajo asociado.

Los altos Tribunales de Justicia de Colombia han comulgado en el respeto por las garantías laborales cuando del desarrollo de actividades permanentes o cumplimiento de funciones públicas se trata, como una manifestación de los lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo.

A partir de la revisión normativa y legal sobre la formalización laboral, se encontró que desde el año 1993, la Ley 100 dispuso en calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales a las personas que se encuentren vinculadas a las Empresas Sociales del Estado; sin embargo, casi 20 años después, de los 926 hospitales públicos del país, se registraban para el año 2.020 que hay 136.116 trabajadores, de los cuales 46.715 están vinculados directamente en las plantas de personal y 116.401 de manera indirecta.

En el Departamento del Putumayo cerca de 1.743 trabajadores de la salud del sector público, se encuentran vinculadas bajo la modalidad de prestación de servicios, situación que a la luz del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, se encuentra prohibida, es decir, utilizar modalidades que afectan los derechos constitucionales, laborales y prestacionales para el desarrollo de actividades permanentes o el ejercicio de funciones públicas.

Palabras clave: Formalización, dignificación.

2. ABSTRACT

The present investigation deals with a subject that has not been developed in Colombia, but with great struggles for the health union, which seeks to comply with the public policy of decent and dignified employment for workers in this sector who perform public functions and develop permanent activities in. However, the State Social Enterprises are linked through modalities that affect constitutional, labor and benefit rights, such as service provision contracts, union contracts or through associated work cooperatives.

The High Courts of Justice of Colombia have agreed to respect for labor guarantees when the development of permanent activities or fulfillment of public functions is treated as a manifestation of the guidelines of the International Labor Organization.

From the normative and legal review on labor formalization, it was found that since 1993, Law 100 provided as public employees or official workers to people who are linked to the Social Enterprises of the State. However, almost 20 years later, of the 926 public hospitals in the country, it was registered by 2020 that there are 136,116 workers, of which 46,715 are directly linked in the personnel plants and 116,401 indirectly.

In the Department of Putumayo, about 1,743 public sector health workers are linked under the modality of service provision, a situation that in the light of article 63 of Law 1429 of 2010, is prohibited, that is, using modalities that affect constitutional, labor and benefit rights for the development of permanent activities or the exercise of public functions.

Keywords: Formalization, dignification.

3. INTRODUCCIÓN

Colombia cuenta con uno de los sistemas democráticos más sólidos del mundo, en dónde el Estado gira en torno al ser humano como principal sujeto de derechos y obligaciones, significa entonces, que la estructura del Estado está diseñada para operar de tal manera que se garanticen los fines esenciales establecidos en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia.

Sin embargo, al encontrarnos con las cifras más altas de desigualdad en América Latina, nos llama a una gran reflexión en donde la ética y la moral pasan a un segundo plano cuando los intereses personales en la administración pública están por encima del bienestar de los administrados.

Son innumerables los casos en los que la corrupción en sus diferentes expresiones ha permeado los espacios de la administración pública, desde el abuso de posiciones de poder hasta la ejecución de actos de corrupción a gran escala.

La Constitución Política de Colombia, establece en el artículo 13, el principio de igualdad que impone al Estado, la obligación de ofrecer un mismo trato y protección a todas las personas, sin importar sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Este principio democrático se expresa con mayor precisión en que mientras no existan razones legítimas para dispensar un trato diferente, el trato desigual está prohibido; lo cual, de entrada, anuncia la salvedad de que el principio de igualdad no proscribire el trato diferenciado, sino que obliga a justificarlo de manera suficiente. Tal como lo reconocen la jurisprudencia y la doctrina internacionales, el principio de igualdad constitucional no es el de plena identidad. En estos términos se refirió la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-314 de 2.004 con ponencia del Magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA.

De ahí que las múltiples luchas sociales y sindicalistas han logrado obtener lo que corresponde a cada sector, por ejemplo: el sistema de salud diseñado mediante la Ley 100 de 1.993 cuenta con las garantías necesarias para que la prestación esencial

del servicio de salud se surta de conformidad, es decir que se trata de un sistema eficiente para prevenir enfermedades y promover una mejor vida.

Existen también quienes creen que Colombia cuenta con unos de los sistemas de salud más obsoletos y diseñados para que opera el flagelo de la corrupción en sus diferentes expresiones como la intermediación indebida de las antiguas Empresas Promotoras de Salud EPS, hoy Empresas Administradoras de Planes de Beneficios EAPB.

Prueba de lo anterior, son las constantes liquidaciones de EPS quienes dejaron pasivos millonarios a las Instituciones Prestadoras de Salud IPS, especialmente a las Empresas Sociales del Estado.

Una situación realmente crítica, que durante los últimos años ha tenido que padecer el sector salud público, toda vez que servicios se prestaron de conformidad, sin embargo, se presenta un enriquecimiento sin causa en favor de las EPS y un empobrecimiento en la misma medida de las Empresas Sociales del Estado. Ese es el caso de la antigua Selvasalud, empresa de salud el Departamento del Putumayo que terminó liquidada y con millonarias deudas, sin que a la fecha exista responsables.

A pesar de las dificultades que atraviesa Colombia al constituirse como el país con la más alta desigualdad de ingresos entre los países miembros y el segundo en América Latina, según el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, denominado “Hacia la construcción de una sociedad equitativa en Colombia” (OCDE, 2021); existe esperanza cuando del respeto por las garantías laborales se trata, especialmente en aquellos sectores que cuentan con precarias condiciones ocupacionales y tienen a su cargo salvar el recurso más valioso de la humanidad, la vida.

La dignificación laboral hace parte del octavo Objetivo del Desarrollo Sostenible ODS “Trabajo decente y crecimiento económico” que permite a la población (trabajadores) tener acceso a un trabajo digno y así disminuir las brechas y la desigualdad social y que más importante poder cooperar al logro de este objetivo hacia

el año 2030 con el sector de la salud quienes son los responsables de salvar y mantener nuestras vidas.

En Colombia, con la Ley 100 de 1993, en su artículo 194, las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Generalmente, su recaudo económico depende de la venta de servicios de primer y segundo nivel de complejidad y la máxima autoridad la ejerce una junta directiva, integrada por representantes del estamento científico, usuarios y delgados de los entes territoriales, encargados de aprobar mediante acuerdos iniciativas de relevancia para la entidad como los acuerdos de formalización laboral, aprobaciones o adiciones al presupuesto.

En estas empresas, se vienen vinculando a los trabajadores de la salud a través de modalidades que afectan derechos laborales, constitucionales y prestacionales, conducta que se encuentra prohibida mediante el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, sin embargo, una misión importante viene cumpliendo el Ministerio del Trabajo para impulsar la política de empleo digno y decente en éste sector a través de la suscripción de acuerdo de formalización laboral como se evidencia en el Departamento de Nariño y la ciudad de Bogotá como se explicará más adelante y que para el autor puede constituir una herramienta para la dignificación del empleo.

El derecho fundamental a la salud, por ejemplo, cuenta con un amplio margen de operatividad en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, persisten dificultades que algunos actores del Sistema Integral de Seguridad Social han generado por razones de ineficiencia administrativa, impertinencia médica, entre otras; situaciones que obligan a los usuarios del sistema recurrir a las acciones Constitucionales para hacer efectivo sus derechos, que en la mayoría de los casos terminan accediendo a sus pretensiones y dejando en evidencia la fragilidad funcional de nuestro sistema de salud.

Estas dificultades, ponen en riesgo la prestación del servicio, aunado a las irregulares formas de vinculación del talento humano de carácter asistencial en el sector público que terminan afectando derechos laborales y prestacionales como vacaciones, cesantías, primas, entre otras que no son reconocidas en los más de 116.401 contratos

de prestación de servicios que actualmente operan en aproximadamente 926 hospitales públicos de Colombia, contrariando lo establecido en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Es importante aclarar que las Empresas Sociales del Estado para que sean autosostenibles, dependen de una venta de servicios de salud que permita mantener no solo una planta de personal adecuada a las necesidades de la Entidad, sino también garantizar una eficiente prestación del servicio de salud, en dónde los usuarios del sistema eviten recurrir a las instancias judiciales para reclamar sus derechos.

Si bien es cierto, la tecnología para la atención de los usuarios del sistema de salud avanza a pasos gigantescos gracias a la implementación de protocolos médicos, equipos médicos y biomédicos; también lo es que frente a los derechos laborales del personal de la salud existe un estancamiento alarmante, toda vez que en pleno siglo XXI y con el inicio de la IV revolución industrial el recurso más valioso en las actividades de producción como el humano, no es reconocido como lo exige la Organización Internacional del Trabajo y las normas Colombianas.

El éxito en el cumplimiento de las políticas públicas de empleo digno y decente que ha liderado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), depende del comportamiento y de las más altas calidades gerenciales en las Empresas Sociales del Estado frente a la vinculación legal y reglamentaria del personal de salud, como lo fija el numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, el reto de avanzar en los aspectos realmente prioritarios como el mejoramiento de las condiciones laborales y ocupacionales del talento humano en el sector salud, está ligado al compromiso institucional de las autoridades administrativas en materia laboral (Ministerio del Trabajo) y los órganos de control que de acuerdo a sus competencias regulen las conductas de los responsables de garantizar los derechos laborales del personal que desarrolla actividades misionales de carácter permanentes como la de los médicos, auxiliares de enfermería, auxiliares de laboratorio y enfermeras profesionales en los hospitales públicos del país.

De esta manera, encontramos que en el Departamento de Nariño y en la ciudad de Bogotá se suscribieron acuerdos de formalización laboral en los años 2017 y 2020 respectivamente que beneficiaron a 864 trabajadores de salud que se encontraban vinculados a través de figuras prohibidas por las normas legales como se advierte en la presente investigación. Actuación que contó con el acompañamiento del Ministerio del Trabajo y que constituye una herramienta de dignificación del empleo en el sector salud como desarrollo del objetivo general de éste documento, toda vez que se garantiza los derechos laborales, constitucionales y prestacionales de los trabajadores de la salud. Es decir que pasan de percibir honorarios a un salario digno, de trabajar jornadas exhaustivas a tener derecho a vacaciones, primas, cesantías entre otras prestaciones.

Es de aclarar que las Empresas de Salud en las que se llevó a cabo la vinculación del personal a las respectivas nóminas, son de altos niveles de complejidad en la prestación del servicio. Lo que sugiere que los requisitos para ser gerente a la luz del Decreto 785 de 2005 son diferentes a los del primer nivel de complejidad.

El documento contiene un marco legal bastante nutrido que orienta al trabajador de la salud a conocer sus derechos laborales y sobre todo a la alta dirección para adoptar medidas administrativas cuando se advierta del incumplimiento de la norma laboral contenida en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que prohíbe la utilización de figuras irregulares cuando se trata del desarrollo de actividades permanentes como las que ejerce el personal de la salud.

La investigación está organizada en tres capítulos, el primero desarrolla objetivos específicos relacionados con conceptos generales de formalización laboral que son en realidad necesarias, útiles y pertinentes para el cumplimiento tanto de los fines esenciales del Estado Colombiano como también, las directrices impartidas por la Organización Internacional del Trabajo cuando de empleo digno y decente se trata. Es decir que los conceptos generales relacionados con el trabajo como herramienta de una mejor vida laboral y como principio fundamente del Estado Social de Derecho, constituyen una guía para que los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado comprendan la importancia de mejorar las condiciones laborales de sus colaboradores.

Cabe resaltar que dentro del desarrollo de los conceptos generales de formalización laboral se encuentran algunos antecedentes de estudio de la informalidad laboral en los que se hace alusión a datos estadísticos de éste flagelo, a las condiciones de cómo puede constituirse un contrato realidad cuando comulgan los elementos propios de la primacía de la realidad sobre las formas, estudios importantes de investigación del trabajo decente para los informales y consideraciones de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, ANDI, DANE, entre otros.

Para la investigación, un insumo importante es el pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional que se hiciera mediante Sentencia C-614 de 2009 (Corte Constitucional Referencia: expediente D-7615) con Ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la que expresó que la prohibición de utilizar el contrato de prestación de servicios para el ejercicio de funciones permanentes se ajusta a la Constitución Política de Colombia, con el fin de disminuir el abuso en su utilización, como una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, tal y como ocurren en la mayoría de las Empresas Sociales del Estado del país. Otras figuras utilizadas de manera abusiva e irregular, son los contratos sindicales o través cooperativas de trabajo asociado. Lo que sugiere que desde hace más 13 años el alto tribunal ha comulgado con la idea de brindar garantías laborales a los trabajadores de la salud que hoy padecen de una real precarización laboral. De esta manera se desarrolla uno de los objetivos de la investigación.

Un talento humano con garantías y estabilidad laboral, es un trabajador que permite tener mayor productividad y eficacia en la realización de sus actividades diarias, teniendo en cuenta que se enfrentan permanentemente a situaciones y ambientes de crisis, donde el equilibrio emocional y mental toman el control de las situaciones, de esto depende la garantía de una atención de calidad y segura hacia los usuarios de las Empresas Sociales del Estado. Un trabajador sin motivación, es un trabajador que no rinde y no ofrece los mejores servicios, aún más, esto toma relevancia teniendo en cuenta la denominada “Política de Humanización de los Servicios de Salud” que desde la Organización Mundial de Salud OMS se han impartido los criterios y estrategias para

tener una atención en salud más humana, siendo los principales responsables los profesionales de la salud.

Algunos eventos adversos en salud se han visto ocasionados por la falta de concentración por parte de los profesionales, que podría ser ocasionada por desmotivación e interés por parte de los operadores de los procesos asistenciales, esto a su vez se relaciona con su estabilidad emocional y mental dado por dificultades económicas personales, los cuales no se han logrado mejorar a causa de sus condiciones laborales.

Por su parte, la investigación presenta alternativas legales para que la dignificación del empleo sea una realidad en las Empresas Sociales del Estado, especialmente en el Departamento del Putumayo a través de la suscripción de Acuerdos de Formalización Laboral que permitan mejorar las condiciones ocupacionales del talento humano encargado de la misionalidad en la prestación eficiente del servicio de salud. Estas alternativas se traducen en la creación de plantas de empleos de carácter temporal producto de las justificaciones técnicas propias de cada Entidad, las cuales deben surtir un trámite administrativo ante las Juntas Directivas.

El segundo capítulo plantea las distinciones entre los conceptos de tercerización e intermediación laboral en Colombia, como también los efectos que genera la suscripción de acuerdos de formalización laboral al momento de crear plantas de empleo de carácter temporal en las Empresas Sociales del Estado y la importancia del Ministerio del Trabajo en estos procesos de dignificación del empleo.

Este capítulo contempla además la problemática de las diez Empresas Sociales del Estado del Departamento del Putumayo con relación a la informalidad laboral, sus antecedentes, sanciones y avances en los procesos de formalización.

De esta manera, considera el autor que es importante diseñar una ruta administrativa, jurídica y legislativa para que los hospitales públicos del país que continúan desarrollando prácticas irregulares en la forma de vinculación del personal de

salud, adelanten los respectivos estudios y justificaciones técnicas que determinen o no la viabilidad de la suscripción de acuerdos de formalización laboral y posterior creación de plantas de personal temporales.

Por su parte, en el Congreso de la República cursan el proyecto de Ley Nro. 331 de 2020 “Por medio del cual se fomenta el trabajo digno del talento humano en salud”, y el proyecto de Ley Nro. 334 de 2020 “Por la cual se promueve el respeto a la dignidad del Talento Humano en salud”, que buscan contribuir al fortalecimiento y a la dignificación del talento humano en salud, con las condiciones de oportunidad y garantía en condiciones justas acorde con la Ley 1751 de 2015, sin embargo, para el autor no resuelven de fondo la problemática de la informalidad laboral en el sector salud, es decir que estos proyectos de Ley no atacan las formas de vinculación irregular del personal de salud que operan en las Empresas Sociales del Estado en Colombia, por lo que se hace necesario pensar en una iniciativa legislativa que permita que el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público destine los recursos necesarios para que las E.S.E’s de Colombia puedan contratar los estudios técnicos necesarios que determinen la viabilidad de iniciar procesos de formalización laboral con la creación de plantas de empleo temporal, toda vez que en la mayoría de los casos.

A pesar de los preceptos administrativos generados por el Ministerio del Trabajo en la imposición de sanciones consistentes en multa a algunos hospitales públicos del Departamento del Putumayo, que ascienden aproximadamente a quinientos millones de pesos (\$500.000.000) mcte por tercerización laboral indebida; la alta dirección de algunos hospitales han elaborado justificaciones técnicas para determinar la viabilidad de crear plantas de empleo temporal para el personal contratado por prestación de servicios o bajo otras modalidades, como se explicará.

Más adelante, el capítulo tercero, contempla los riesgos y responsabilidades que genera la informalidad laboral en una Empresa Social del Estado cuando se omite el cumplimiento de las normas laborales al momento de la vinculación del personal asistencial.

Son varias las conductas de tipo penal, disciplinario, fiscal y administrativa que

pueden desplegar los Gerentes de estas empresas relacionadas con la vinculación irregular del personal de salud y las posibles sanciones a las que están expuestas como las que impuso el Ministerio de Trabajo a los hospitales públicos José María Hernández de Mocoa y Pio XII de Colón en el Departamento del Putumayo por tercerización laboral indebida e intermediación laboral ilegal,

Esos recursos producto de las sanciones, se suman a posibles fallos condenatorios por autoridades judiciales cuando se declare el contrato realidad en lugar de los contratos de prestación de servicios que muy seguramente ponen en riesgo el patrimonio público de estas empresas. Es aquí donde actúa la Contraloría General de la República, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar.

Frente a las responsabilidades disciplinarias, se tiene que el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, artículo 54 de la Ley 1952 de 2019 y numeral 1 del artículo 54 de la Ley 2094 de 2021, normas que regulan las conductas y sus posibles sanciones de los servidores públicos en Colombia, por ejemplo las mencionadas establecen la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trate del cumplimiento de funciones públicas o administrativas que generan relación laboral.

La metodología por la cual se direccionó la presente investigación, desde el paradigma interpretativo y desde el enfoque cualitativo y la técnica de revisión documental permitió describir las situaciones presentada en los hospitales públicos en el departamento del Putumayo, lo que nos llevará a determinar sus condiciones jurídicas, financieras, presupuestales y laborales, para efectos de contar con una radiografía administrativa, en la que se determina la necesidad de realizar los estudios y justificaciones técnicas que determinen la viabilidad o no de iniciar procesos de formalización laboral.

Se concluye entonces, sobre la importancia, efectos y aportes que genera la investigación para el Departamento del Putumayo en materia laboral para el sector salud; es decir, que la formalización laboral en las Empresas Sociales del Estado, constituye una de las estrategias de dignificación del empleo a cargo del Ministerio del

Trabajo, a quien le asiste la función de mejorar la calidad de vida de los trabajadores y la garantía de sus derechos, especialmente en situaciones extremas como las presentadas en el año 2020 y 2021 cuando el mundo se enfrentó al temible virus del Sars CoV2, dejando en evidencian la vulnerabilidad y la falta de preparación del sistema para proteger a sus trabajadores, porque son en estas circunstancias los trabajadores de la salud, anteponen su propia vida para salvar otras; incluso se someten a tratos discriminatorios y violencia tanto física como verbal.

Se concluye también que uno de los indicadores para confirmar la terrible desigualdad en la que se encuentra Colombia en todos los sectores, especialmente el de la salud, se da, cuando de los 1761 trabajadores de la salud que prestan sus servicios en el Departamento del Putumayo, el 85% del personal del nivel asistencial se encuentra vinculado a través de contratos de prestación de servicios, constituyendo un alto índice de informalidad laboral en Empresas Sociales del Estado de éste Departamento.

Concluye la investigación que así como se ha marcado precedentes en materia sancionatoria, también se presentan iniciativas tendientes a garantizar derechos laborales de los trabajadores de salud del Departamento del Putumayo como el caso de la E.S.E. Sagrado Corazón de Jesús del municipio del Valle del Guamuez y la E.S.E. Alcides Jiménez del municipio de Puerto Caicedo quienes adelantaron los años 2019 y 2021 las justificaciones técnicas que permitieron conocer estabilidad en su mercado por venta de servicios, equilibrio y viabilidad financiera para adoptar medidas administrativas tendientes a la vinculación en empleos temporales del personal que desarrolla actividades permanentes; con lo que se da cumplimiento en cierta manera a los tratados internacionales de la Organización Internacional del Trabajo OIT ratificados por Colombia.

De esta manera, se considera que la informalidad laboral de los trabajadores de la salud en Colombia, debe ser combatida con verdaderas políticas públicas de empleo digno y decente impulsadas por el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo como orientador de la misma y todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que garanticen el derecho fundamental al trabajo de manera integral,

al reconocimiento y pago de prestaciones sociales propias de los servidores públicos y dejar de considerar al trabajador de la salud como un mero instrumento para proveer los servicios de salud o fomentar la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores con la utilización indebida de figuras como el contrato de prestación de servicios.

Finalmente, mencionar que en el Departamento del Putumayo, las Empresas Sociales del Estado han librado batallas importantes para evitar por parte del Ministerio de Salud y Protección Social el riesgo financiero que cada año se convierte en un “verdugo” para la alta dirección, toda vez que el manejo inadecuado del presupuesto, puede generar retraso en el pago de salarios del personal de planta y acreencias de proveedores; prácticas ilegales al momento de la suscripción de contratos como altos precios de insumos, elementos y materiales para la Entidad, utilización de recursos para resolver situaciones no prioritarias, hechos cumplidos, entre otros aspectos que afectan el normal funcionamiento de la Entidad.

El caso más conocido en la región, es el proceso de saneamiento fiscal y financiero que atraviesa el Hospital José María Hernández de la capital del Departamento, que lleva varios años impulsando una matriz de medidas para salir del proceso de saneamientos ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que fue objeto de innumerables denuncias penales, demandas y sanciones administrativas, laborales, fiscales entre otros.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Son múltiples las causas tanto directas como indirectas que generan la problemática planteada y sus efectos primarios y secundarios, entre ellas se encuentran las siguientes:

Causas directas:

- a) Altos índices de informalidad laboral en las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Putumayo que superan las cifras nacionales. Por ejemplo: de 1.761 trabajadores asistenciales, 1.499 se encuentran vinculados mediante contratos de prestación de servicios, es decir el 85%.
- b) Riesgos financieros en los que se encuentran las Empresas Sociales del Estado según el Ministerio de Salud y Protección Social.
- c) Ausencia de estudios y justificaciones técnicas para determinar la viabilidad de suscribir acuerdos de formalización laboral para crear plantas de empleo temporal en las Empresas Sociales del Estado.
- d) Desconocimiento de la prohibición legal contemplada en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 de utilizar formas de vinculación que afectan derechos laborales, constitucionales y prestacionales como el contrato de prestación de servicios para el desarrollo de actividades permanentes.
- e) Deficiente ejecución de políticas públicas relacionadas con empleo digno y decente.

Efectos Primarios:

- a) Proliferación de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de actividades permanentes en el sector salud.

- b) Afectación de Derechos laborales, constitucionales y prestacionales de los trabajadores de la salud.
- c) Responsabilidades penales, disciplinarias, administrativas y fiscales.
- d) Aumento de informalidad laboral en el sector salud.

Causas indirectas:

- a) Limitantes en la exigencia de requisitos y experiencia para el cargo de Gerente de Empresa Social del Estado de I nivel de complejidad según artículo 22 de la Ley 785 de 2005. Es decir que la norma solo aplica para profesionales del área de la salud.
- b) Falta de conocimientos y experiencia administrativa en la alta dirección de las Empresas Sociales del Estado respecto de la garantía de derechos laborales.

Efectos secundarios:

- a) Obstrucción al acceso del empleo público del nivel directivo en el sector salud de perfiles profesionales de las áreas del conocimiento en ciencias jurídicas, económicas o administrativas, especialmente en los hospitales de I nivel de complejidad.
- b) Violación a la normatividad laboral.

4.1 Descripción del problema

La precarización del empleo en el sector salud se hace cada vez más notoria, especialmente en época de emergencia sanitaria, económica, social y ambiental, como la ocurrida en el año 2020 y 2021 a causa del Sars CoV-2. Es decir que a pesar del invaluable trabajo que realiza el personal de la salud, reconociendo su actuación en su

misión de salvar vidas humanas, y que merece ser recompensado al menos con mejores condiciones laborales.

En Colombia, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, en los hospitales públicos del país se vienen vinculando a los trabajadores de la salud a través de modalidades que afectan derechos laborales, constitucionales y prestacionales como lo determina el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, sin embargo, una misión importante viene cumpliendo el Ministerio del Trabajo para impulsar la política de empleo digno y decente en éste sector a través de la suscripción de acuerdo de formalización laboral como se evidencia en el Departamento de Nariño y la ciudad de Bogotá que constituye una herramienta para la dignificación del empleo.

A nivel nacional, en una encuesta realizada por el DANE, reporta que para el año 2019 en total hay 978.001 médicos y enfermeros trabajando, de los cuales 363.069 están contratados formalmente a término indefinido; 219.487 contratados formalmente a término definido; 57.946 asalariados informales y 337.500 independientes, es decir que la informalidad entre médicos y enfermeros es del 38.4%.

En el Departamento del Putumayo, según la información recaudada a través de la Secretaría de Salud Departamental y la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, se tiene que en las Empresas Sociales del Estado en promedio hay 1.761 trabajadores de la salud del nivel asistencial, de los cuales 262 se encuentran vinculados a las plantas de personal y 1.499 a través de contratos de prestación de servicios, lo que muestra que el 85% de los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado del nivel asistencial de éste Departamento, permanecen en la informalidad laboral y el 15%, perciben un salario con derecho a todas sus prestaciones sociales fijadas por la Ley.

Igualmente, la información registra que a la fecha no se ha suscrito acuerdos de formalización laboral. Sin embargo, se conoce que en algunos hospitales públicos de ésta región como la E.S.E. Alcides Jiménez y Sagrado Corazón de Jesús han iniciado procesos de modernización institucional para la creación de plantas de empleos temporales que permitan disminuir la contratación a través de prestación de servicios y garantizar los derechos laborales de los trabajadores de la salud cuando desarrollan

actividades permanentes.

Por otra parte, es claro, que el abuso en la utilización del contrato de prestación de servicios para el desarrollo de actividades de carácter permanente en las Empresas Sociales del Estado, genera una manifiesta vulneración de los derechos constitucionales, laborales y prestacionales de los trabajadores de la salud, sean éstos auxiliares de enfermería, laboratorio, odontología, enfermeras profesionales, bacteriólogos, odontólogos o médicos, a la luz del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, que prohíbe a las empresas públicas realizar intermediación y tercerización laboral cuando se recurra a modalidades de contratación que oculten verdaderas relaciones laborales.

En el Departamento del Putumayo, se cuenta con un precedente administrativo en material laboral, toda vez que el Ministerio del Trabajo sancionó a varias Empresas Sociales del Estado, entre ellas la E.S.E Hospital José María Hernández de Mocoa, con una multa de más de doscientos millones pesos (\$200.000.000), por contratar a través del sindicato de profesionales de la salud SINPROSALUD las actividades misionales de carácter permanente durante los años anteriores al 2.016 y una segunda sanción en el año 2021 con multa similar por continuar con esa práctica indebida e ilegal, que lo único que genera además del detrimento patrimonial de la entidad, es una precarización del empleo.

Lo mismo ocurrió en el año 2.020, con la E.S.E Hospital Pio XII del municipio de Colón cuando el Ministerio del Trabajo sancionó con multa de por más de ciento treinta millones de pesos (\$130.000.000) por utilizar el contrato de prestación de servicios para el desarrollo de actividades permanentes del personal asistencial de la entidad.

4.2 Formulación del problema

A partir de esa problemática se planteó la pregunta que orientó la presente investigación.

¿La formalización laboral en las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Putumayo, constituye una herramienta de dignificación del empleo

del personal que desarrolla actividades permanentes que se encuentran vinculadas a través de contratos de prestación de servicios?

4.3Objetivos

4.3.1 Objetivo general.

Establecer si la formalización laboral en las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Putumayo constituye una herramienta de dignificación del empleo, cuando las personas que desarrollan actividades permanentes se encuentran vinculadas a través de contratos de prestación de servicios

4.3.2 Objetivos específicos.

Identificar los conceptos generales que rodean la formalización laboral en las Empresas Sociales del Estado en Colombia.

Analizar si la actuación administrativa del Ministerio del Trabajo en las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Putumayo, constituye una garantía del empleo digno y decente, cuando se vincula a las personas que desarrollan actividades permanentes a través de contratos de prestación de servicios

Determinar los riesgos y responsabilidades de la informalidad laboral en las Empresas Sociales del Estado.

4.4Justificación

Ante las estadísticas que muestran los documentos prueba que reposan en los entes de control fiscal, vale recordar lo que estableció la Honorable Corte Constitucional, cuando en la Sentencia C-614 de 2.009, prohibió la celebración de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de actividades permanentes o funciones públicas, como una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, tal y como ocurren en la mayoría de las Empresas Sociales del Estado del país y en la Sentencia C-171 de 2.012, se reafirma la protección del derecho

fundamental al trabajo y vínculo laboral con el Estado.

Otras figuras utilizadas de manera incorrecta, son los contratos sindicales o través cooperativas de trabajo asociado.

Tanto así que el máximo tribunal constitucional en Colombia, ha fijado unos parámetros para que el contrato de prestación de servicios descrito en el artículo 32 de la Ley 80 de 1.993, sea utilizado en debida forma y no se abuse de esta figura para ocultar relaciones laborales y precarizar el empleo. Sin embargo, aún persiste la informalidad laboral en el sector salud en el país y con mayor incidencia en las regiones de la Colombia profunda como el departamento del Putumayo.

Por ejemplo, desde el año 2019 se han suscrito 3 acuerdos de formalización laboral, que mejoró las condiciones laborales de 10 trabajadores de la salud del sector privado, en las empresas IPS AIMEDIC, Unidad De Servicios Especializados S.A.S., y PRISMHA S.A.S. Imágenes Diagnósticas; de lo que se deduce que, en el sector público, es decir de las 10 Empresas Sociales del Estado del departamento, no existe acuerdos de formalización laboral suscritos (Ministerio del Trabajo Colombia, 2021).

A nivel nacional, el Ministerio del Trabajo ha realizado con cierto éxito su labor de inspección vigilancia y control al momento de regular las relaciones laborales entre gerentes de hospitales públicos, privados, clínicas y trabajadores de la salud, vinculados a través de contratos de prestación de servicios o bajo cualquier otra modalidad, por ejemplo; desde el año 2012, se han suscrito 52 acuerdos de formalización laboral en el sector salud en el país, que han permitido dignificar el empleo de 14.215 trabajadores de la salud, así lo dio a conocer el documento radicado bajo el número 05EE2021330000000031619 del 16 de abril de 2021 en sobre los acuerdos de formalización laboral del sector salud en Colombia. (Mintrabajo, 2021).

Sin embargo, ha sido mínimo el avance en la implementación y puesta en marcha de políticas públicas de empleo digno y decente impulsadas por el Gobierno Nacional de Colombia, en este caso, a través del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 - “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, que buscaba alcanzar la inclusión

social y productiva, a través del emprendimiento y la legalidad.

Este Plan plantea expandir las oportunidades de los colombianos a través de la formalización del trabajo; pero transcurridos aproximadamente tres años de gobierno, las cifras arriba mencionadas reflejan otra realidad.

Por lo tanto, es urgente brindar herramientas que busquen disminuir los riesgos a los cuales se encuentran expuestos los representantes de las Empresas Sociales del Estado cuando deben enfrentar investigaciones de tipo administrativo por parte del Ministerio del Trabajo por violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, quienes para el desarrollo de actividades permanentes utilizan modalidades que afectan derechos constitucionales, laborales y prestacionales.

Estas herramientas se pueden traducir en la promoción del empleo digno y decente del cual habla la OIT a través de los acuerdos de formalización laboral como instrumentos de apoyo a las labores de inspección, vigilancia y control del Ministerio del Trabajo dirigidos a combatir la tercerización indebida y la intermediación ilegal de mano de obra. Estos acuerdos de formalización laboral tienen origen legal en la resolución 2272 de octubre de 2.012, y Ley 1610 de 2.013.

Para el sector público en salud, los acuerdos de formalización laboral se encuentran sujetos a la creación de empleos de carácter temporal y las condiciones están dadas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 2.2.1.1.1 al 2.2.1.1.4 del decreto 1083 de 2015, previo la elaboración de una justificación técnica y financiera que así lo demuestre.

Conocer los conceptos generales que rodean la formalización laboral en las Empresas Sociales del Estado, se torna importante, toda vez que en Colombia, si bien se ha establecido el respeto por los derechos laborales y la prohibición de utilizar modalidades de contratación que los afecten o ubiquen en un estado de vulnerabilidad, se ha omitido por parte de la alta dirección de ésta categoría especial de entidades públicas, reconocer la obligatoriedad en el cumplimiento de las políticas de empleo digno y decente que ha liderado la Organización Internacional del Trabajo desde junio

de 1.991, cuando presentó su primer reporte a la Conferencia Internacional del Trabajo en donde resaltó que el mundo se encontraba en un período de adaptación a una economía naciente, caracterizada por el surgimiento de modelos inequitativos de distribución de las riquezas lo que generaba una creciente desigualdad e inestabilidad laboral, social y estructural, lo cual condujo a que la OIT fijara su orientación en la promoción del trabajo decente para lograr crear en el mundo condiciones dignas de trabajo para todos; razón por la cual los gobiernos comienzan a dar prioridad especial al asunto e incluyen posteriormente dentro de sus políticas de gobierno el Trabajo Decente como aspecto fundamental.

Debido a los pocos estudios e investigaciones relacionadas con la formalización laboral en Colombia, se ha logrado identificar importantes indicadores que reflejan que poco más del 52% de las sanciones administrativas impuestas por el Ministerio del Trabajo por tercerización laboral ilegal durante los años 2.014 a 2.019, sólo el 30% terminaron en suscripción de acuerdos de formalización laboral en los diferentes sectores, toda vez que para la época la expedición del Decreto No 583 de 2016, permitía disminuir la sanción impuesta a cambio de la suscripción de acuerdos de formalización laboral. (Mintrabajo, 2021).

Sin embargo, al aceptar que la vinculación del personal que desarrolla actividades permanentes bajo la prohibición del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, se abría la puerta para la declaratoria de un contrato realidad en manos de los jueces.

La configuración del contrato realidad se presenta cuando se demuestra que un trabajador que es vinculado mediante un contrato de prestación de servicios o bajo cualquier otra figura, realmente está operando como un empleado, pues se cumplen los tres elementos propios de los contratos de trabajo: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

Para estar al tanto, existen dos aspectos importantes para conocer la trascendencia de la formalización laboral y la dignificación del empleo en el sector salud en Colombia son; el proyecto de Ley No 331 de 2020 que cursa en el Congreso de la República, “Por medio del cual se fomenta el trabajo digno del talento humano en salud”,

y el proyecto de Ley No. 334 de 2020 “Por la cual se promueve el respeto a la dignidad del Talento Humano en salud”, que buscan contribuir al fortalecimiento y a la dignificación del talento humano en salud, con las condiciones de oportunidad y garantía en condiciones justas acorde con la Ley 1751 de 2015 y demás normas concordantes.

También, es importante reconocer uno de los logros del Ministerio del Trabajo, cuando en el año 2017 en el departamento de Nariño, se formalizó laboralmente a 408 personas de la Empresa Social del Estado Pasto Salud, de las cuales 377 se encontraban vinculadas a través de la Empresa Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S., y 31 personas a través de contratos de prestación de servicios (Ministerio del Trabajo Territorial Nariño 2017) y en la ciudad de Bogotá en el año 2020, cuando la Alcaldesa Claudia López logró formalizar 487 trabajadores de la salud, en plena época de Pandemia generada por el Coronavirus SARS CoV2 .

La utilización antijurídica del contrato de prestación de servicios, contraría la Constitución en múltiples dimensiones: El régimen contractual, el régimen laboral general y administrativo, los principios de la función administrativa, el régimen presupuestal y el régimen de responsabilidad del funcionario público (Sentencia C-094 de 2003 C.C)

Ahora bien, en cuanto a las facultades de la Procuraduría General de la Nación, sobre el tema de deslaboralización y tercerización laboral, mediante la circular 008 del 7 de mayo de 2013, el jefe del Ministerio Público, instó a las diferentes entidades públicas a dar cumplimiento a las normas sobre formalización laboral y recordó lo contenido en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2001 en la que se tipifica como falta gravísima del servidor público “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”.

Con el ánimo de continuar con la misma línea en materia de control sobre actuaciones de los servidores públicos que tienen a su cargo la prestación del servicio

de salud a través de personal asistencial, el Procurador General de la Nación, mediante la circular 007 de 2.020, dio alcance a las instrucciones emitidas en el año 2.013 e instó al Gobierno Nacional, Entidades Territoriales y actores del sistema de salud, a dar cumplimiento a la normativa que garantiza el derecho al trabajo del personal de la salud en condiciones dignas y decentes.

Es importante mencionar, que a partir del 1 de julio de 2021, el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 es derogado por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019 y este último reformado por el numeral 1 del artículo 54 de la Ley 2094 de 2021, es decir, por el Código General Disciplinario, sin embargo, su texto es idéntico y establece como falta disciplinaria gravísima, en su artículo 54, la que se presenta en la contratación pública, sin embargo, las Empresas Sociales del Estado, por constituir una categoría especial de entidad pública, su régimen contractual se encuentra dado por el derecho privado, así se estableció en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993; es decir, que en materia de contratación, deben seguir su manuales internos de contratación; sin embargo, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado son servidores públicos y se encuentran sometidos a las normas que regulan los comportamientos en materia disciplinaria de todo servidor público.

La suscripción de contratos de prestación de servicios que desfiguren su naturaleza como contrato administrativo, se convierte en un contrato de trabajo cuando comulgan los elementos sustanciales de la relación laboral consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (Sentencia C-094 de 2003 C.C). De esta manera se configura una falta disciplinaria para el servidor público que ordena el gasto en las Entidades Públicas.

El Estado debe contar con el personal requerido para cumplir con sus funciones, puede ocurrir que tal personal resulte insuficiente o que la labor a desarrollar no sea propiamente pública o administrativa.

Por su parte, el legislador autorizó a las entidades públicas utilizar el contrato de prestación de servicios consagrado en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1.993.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, DAFP explica que el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado para el ejercicio de las funciones de carácter permanente (Función Pública, s,f).

En el presente estudio, no se logró determinar si en Colombia, existe tipos penales, cuando las conductas tengan relación con la contratación indebida del personal de salud, sin embargo, puede ajustarse dos tipos penales, el primero producto de la celebración de contratos sin requisitos legales, consagrado en el artículo 410 del Código Penal Colombiano y el segundo prevaricato por acción, contemplado en el artículo 413 del Código Penal.

Esta investigación busca brindar una herramienta a los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, a sus trabajadores y al Ministerio del Trabajo en el Departamento del Putumayo, en la efectiva implementación de procesos institucionales de formalización laboral de acuerdo a las normas vigentes como estrategia de dignificación del empleo y así garantizar el respeto de los derechos constitucionales, laborales y prestacionales de los trabajadores de la salud, máxime en época de emergencia sanitaria, como método efectivo para combatir la deslaboralización del empleo y a su vez, evitar sanciones disciplinarias, penales, administrativas y demandas laborales por contrato realidad.

5. ANTECEDENTES

En un estudio del año 2011, denominado “Formalización Laboral como estrategia de desarrollo y contribución a los procesos de cohesión social en Bogotá”, se concluyó que la capital de Colombia, cuenta con las condiciones para liderar en el país la creación de estrategias para fortalecer el tejido social y la inclusión de las personas que se encuentran en la informalidad laboral. (Forero, 2011) pág 93. De ahí que para el año 2020, la Alcaldesa Claudia López logró formalizar 487 trabajadores de la salud, en plena época de Pandemia generada por el Coronavirus SARS CoV2 y para el año 2019, como se advirtió en la introducción, en el Departamento de Nariño se formalizó laboralmente a 408 personas de la Empresa Social del Estado Pasto Salud, de las cuales 377 se encontraban vinculadas a través de la Empresa Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S., y 31 personas a través de contratos de prestación de servicios (Ministerio del Trabajo Territorial Nariño 2017).

Por otra parte, en un estudio realizado por la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI, de fecha junio de 2019 y titulado “Tercerización e intermediación laboral: balance y retos”, se menciona que “en lo que respecta a las sanciones pecuniarias, la Ley 1610 de 2013, la Resolución 321 de 2013 expedida por el Ministerio del Trabajo, las empresas que sean objeto de una investigación administrativa con fines sancionatorios, pueden, antes de que la sanción quede ejecutoriada, lograr la suspensión y el archivo de la actuación a través de la suscripción de acuerdos de formalización laboral. Si la sanción queda ejecutoriada y, con posterioridad a ello, se suscribe un acuerdo de formalización, el artículo 10 del Decreto 2025 de 2011 establecía una reducción atada a la vigencia del acuerdo de formalización”. Este artículo, sin embargo, fue declarado inconstitucional por el Consejo de Estado en febrero de 2018, con lo cual hoy solo se encuentra vigente la primera alternativa.

De lo anterior, se deduce que la suscripción de los acuerdos de formalización laboral productos de procesos administrativos sancionatorios en asuntos de

tercerización e intermediación laboral tenían un amplio poder administrativo, hasta el punto de suspender las actuaciones o disminuir las sanciones impuestas a las empresas públicas o privadas que incurran en violación de las normas laborales por estas conductas. Sin embargo, ésta facultad contenida en el artículo 10 del Decreto Nro. 2025 de 2011 fue declarado inconstitucional.

Debido a la aplicación del Decreto 2025 de 2011, un gran de empresas fueron sancionadas, injustamente, por tercerización laboral, por razones pragmáticas, se suscribieron, sin que fuesen necesarios, múltiples acuerdos de formalización laboral.

Si bien no todos los procesos sancionatorios ni los acuerdos de formalización laboral que se indican a continuación responden a la aplicación irregular del ilegal concepto de “tercerización laboral ilegal”, muchos son consecuencia de esta aplicación equivocada que terminaría siendo corregida por la Resolución 2021 de 2018 (Res. 2021, 2018 p. 52).

El informe de la ANDI, concluye que desde el año 2014 a marzo de 2019, solo el 52,8% de las sanciones impuestas quedaron ejecutoriadas, lo que representa el 29,4% del valor de las multas impuestas. Esta significativa diferencia entre el porcentaje de ejecutoriedad por valor, con el de sanciones, podría indicar la efectividad de los acuerdos de formalización laboral (p.54).

Para el año 2016, en un estudio investigativo denominado “La Tercerización Laboral en Colombia” - Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en Alta Gerencia, se determinó que el control efectuado por Mintrabajo ha sido efectivo en lo que respecta a la prohibición de las CTA como figura de intermediación laboral; razón por la cual de las 2.117 CTA que estaban operando para el año 2010, se disminuyeron a 277 en los cinco años siguientes.

Esta situación generó un incremento considerable de creación y operatividad de organizaciones sindicales, toda vez que sustituyeron las CTA y continuaron con el uso

indebido de ésta figura para precarizar las relaciones laborales de los trabajadores. Por esta razón, los 50 sindicatos que existían para el año 2010 en Colombia, pasaron a 2.032 en el año 2010, una cifra realmente alarmante para tercerización laboral sin las debidas garantías. (Espinosa, 2016) pág 30.

En un estudio del año 2016, denominado “Estudio crítico a los requisitos y condiciones de la formalización laboral en Colombia: estudio de caso sector manicuristas universidad católica de Colombia facultad de derecho Bogotá”, se concluyó que Colombia ha avanzado en formalización laboral de varios sectores de la economía y se evidenció que el acceso a la Seguridad Social Integral presenta complicaciones en cuanto al desconocimiento generalizado por parte de la población trabajadora colombiana. Sin embargo, según datos del Ministerio del Trabajo para el trimestre de junio a agosto de 2015 indican lo siguiente: “La dinámica ocupacional de la generación de empleo por posición ocupacional, se concentró en patrones o empleadores que creció en 8,3% los ocupados, es decir, 74 mil nuevos ocupados. Por su parte, 291 mil ocupados más, se vincularon en calidad de obreros o empleados del sector privado, dinamizando así la creación de empleo formal a nivel nacional. Particularmente en las cabeceras municipales, cerca del 76% de la creación de empleo se dio como empleados particulares...” (Fino, 2016) pág 20.

En el año 2016, la escuela de Derecho de Medellín en un estudio investigativo denominado “La licitud de la tercerización laboral y la intermediación laboral en Colombia: análisis de la postura del ministerio del trabajo a partir del ordenamiento jurídico Colombiano”, concluye que los aspectos más complejo de identificar es la actividad misional y la vulneración de derechos constitucionales y legales de los trabajadores.

Con ello, es urgente una legislación que aclare el panorama o en su defecto que se le provea de competencia a una autoridad pública para darle alcance a los términos mencionados caso por caso (Mondragón, 2016), pág 130. Sin embargo, la conclusión entra en controversia cuando encontramos que existe una prohibición legal

contemplada en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, como se examinará más adelante.

En otro estudio de ese mismo año denominado “Informalidad laboral en los departamentos de Norte de Santander, Nariño, La Guajira y Cesar” se concluyó que en las zonas de frontera se necesita una política industrial territorial, para generar procesos de desarrollo y crecimiento económico, y posibilitar mejores condiciones de vida de los ciudadanos. (Jorge Raúl Ramírez Zambrano, 2016) pág 17. Es importante éste documento, toda vez que Putumayo hace parte de las zonas de frontera por su posición geográfica en el sur de Colombia.

En una investigación del año 2017, denominado “La jurisprudencia sobre el vínculo laboral realidad que subyace del contrato de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado de Bogotá: desconocimiento parcial de la constitución política y los instrumentos internacionales del trabajo”, se estableció que utilizar el contrato de prestación de servicios en una E.S.E., constituye una deslaboralización, toda vez que se desfigura la relación contractual y lesiona los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. (Cárdenas, 2017) pág. 127.

Por su parte, el Consejo Privado de Competitividad en Colombia, en su informe del año 2017, denominado “Informalidad, una nueva visión para Colombia”, plantea una modernización del Código Sustantivo del Trabajo adoptado en 1.950, toda vez que el costo regulatorio en el ámbito laboral se ha incrementado a raíz de la generalidad y ambigüedad del marco jurídico. Tal modernización obedecería a que los avances tecnológicos que han modificado las características de las relaciones laborales y el contexto económico y social del país ha cambiado en los últimos 60 años. Refiere el informe que desarrollar una línea jurídica cargada de certidumbre y sin vacíos jurídicos en materia laboral tendría impactos positivos en materia de formalización laboral. (Competitividad, 2017) pág 43.

En otra investigación del año 2017, que se hiciera en la Universidad Santo Tomás Facultad de Economía Maestría en Ciencias Económicas Bogotá, denominado “La

participación del empleo informal en la estructura del mercado laboral en Tunja departamento de Boyacá 2007 – 2010 – 2014”, se concluyó que la actividad informal, es muy vulnerable a procesos de estabilidad laboral, garantía de prestaciones sociales, riesgos laborales, y salarios muy por debajo de lo consagrado en la legislación laboral Colombiana. (Martínez, 2017) pág 117, 118.

En el año 2018, se realizó un estudio investigativo denominado “La indecencia del trabajo informal en Colombia”, sobre informalidad por subsistencia, sus causas, lineamientos nacionales e internacionales. Se examina las estrategias en Colombia para reducir la informalidad, a través de garantías laborales mediante empleos formales. Igualmente se pretende plantear la necesidad de enrutar el trabajo informal hacia el trabajo decente. (Castro, 2018)

En el año 2014, en otro estudio investigativo denominado “Impacto sobre la calidad de vida del contratista por la utilización del contrato civil de prestación de servicios como contrato laboral”, se concluyó que trabajadores con menor calidad de vida pueden mostrar bajos niveles de productividad, y así mismo estar en búsqueda o atentos a mejores oportunidades, lo cual aumentaría el índice de rotación y así mismo de costos. También el caso de denunciar la situación ante una entidad superior hace que los costos pueden aumentar, pues la empresa puede verse obligada a pagar lo correspondiente al trabajador de manera retroactiva y los costos se verían igualmente afectados. (Johana Andrea Forero Campos, 2014) pág 36.

En el año 2016, la Universidad Tecnológica de Bolívar en un estudio denominado “Formas de contratación laboral de la Empresa Social del Estado hospital universitario del caribe y su incidencia en la alta gerencia de la organización”, concluyó que el hospital público contrató al personal asistencial a través de contratos de prestación de servicios, sindicatos y empresas de servicios de personal temporal lo que generó una insatisfacción en las condiciones laborales, una inoportunidad en el pago de los servicios contratados y prestados por los terceros. El estudio también recuerda la prohibición de contratar las actividades permanentes a través de terceros que hacen

intermediación laboral y recomienda a la vez que la E.S.E., debería adelantar las justificaciones técnicas para la creación de plantas de empleo de carácter temporal (Nini Paola Fortich Mangones, 2016) Pág 76, 77.

En el año 2016, en un artículo denominado “Tercerización, intermediación, labores misionales permanentes y formalización” el presidente de la Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales el abogado Miguel Pérez García, “aclaró que para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se menciona la intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones”. Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado (Pérez Garcia, 2016)

La Universidad Nacional de Colombia en el año 2016, en un estudio investigativo denominado “Evaluación de resultados de la ley 1429 de 2010 – de formalización y generación de empleo – vista desde los beneficios otorgados en reducción de aportes parafiscales para las pequeñas empresas en la ciudad de Bogotá” concluyó que la Ley 1429 de 2010 no aporta muchos elementos que permitan solucionar el problema de la informalidad en el país y es evidente que el gobierno al introducir reformas como la tributaria de 2012, pretendía potencializar medidas ya originadas en reducción de aportes parafiscales y cambios en la financiación de las entidades que reciben dichos recursos (Pinzón, 2016) pág 52.

Sin embargo, en nuestro estudio consideramos que la prohibición establecida en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 marca la pauta para que el Ministerio del Trabajo realice el control, inspección y vigilancia en la vinculación de personal que desarrolla actividades permanentes o funciones públicas sobre modalidades de contratación que afecten derechos laborales de los trabajadores y constituye un avance importante en materia de formalización laboral.

En el año 2019, la facultad de Derecho de la Universidad Libre, sede Bogotá mediante un estudio investigativo denominado “La incidencia de la informalidad laboral en el sistema general de pensiones en Colombia”, concluye algo interesante en relación a que la informalidad laboral es el uno de los causantes de la baja cobertura al Sistema General de Pensiones, toda vez que cerca de un tercio de los trabajadores pagan activamente los aportes a la pensión, sostiene el autor que la informalidad también penaliza desproporcionadamente a los menos favorecido. Es decir que el 30% más acaudalado entre los hombres y el 10% entre las mujeres aporta lo suficiente para poder disfrutar de una pensión normal. Las personas que se encuentran en el 10% inferior cotizan en promedio cinco semanas por año; por ende, no alcanzan a cumplir el requisito de 1.300 semanas en una vida laboral normal (Torres, 2019) pág 75, 76.

6. MARCO REFERENCIAL

A continuación, se presenta algunas situaciones relevantes del objeto de estudio que rodean aspectos teóricos y legales.

6.1 Marco Teórico

Para hablar de Trabajo Decente se hace necesario entender el concepto de Empleo y Trabajo, en este sentido Empleo es “la relación vinculante de un individuo con una empresa u organización mediante un marco institucional y jurídico” y Trabajo como “una actividad orientada a un resultado específico donde intervienen individuos de diferente género”. De acuerdo con lo anterior, la diferencia consiste en que el trabajo es la actividad económica que una persona realiza, y el empleo, es esa misma actividad, pero remunerada. (Mintrabajo Colombia, 2016).

La Organización Internacional del Trabajo, inició a tratar el tema del Trabajo Decente en junio de 1.999, cuando presentó su primer reporte a la Conferencia Internacional del Trabajo en donde resaltó que el mundo se encontraba en un período de adaptación a una economía naciente, caracterizada por el surgimiento de modelos inequitativos de distribución de las riquezas lo que generaba una creciente desigualdad e inestabilidad laboral, social y estructural, lo cual condujo a que la OIT fijara su orientación en la promoción del trabajo decente para lograr crear en el mundo condiciones dignas de trabajo para todos; razón por la cual los gobiernos comienzan a dar prioridad especial al asunto e incluyen posteriormente dentro de sus políticas de gobierno el Trabajo Decente como aspecto fundamental (Alcaldía Mayor de Bogotá & Secretaría de Desarrollo Económico, 2013 p. 57)

Según la OIT, el trabajo decente significa contar con oportunidades donde se brinde un ingreso digno, se cuente con una seguridad social integral para mejorar las condiciones de vida de las familias y trato digno para hombres y mujeres. Este concepto reconoce al trabajo como fuente de dignidad personal, estabilidad familiar, y paz en la comunidad. (OIT, 1999 -2015).

Figure 1. Objetivos Desarrollo Sostenible, 2019.



El trabajo decente, acceso a mercados e ingresos dignos, componente del Pacto por la equidad, uno de tres pilares del Plan Nacional de Desarrollo está alineado con nueve Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): 1 (Fin de la pobreza), 2 (Hambre cero), 3 (Salud y bienestar), 4 (Educación de calidad), 5 (Igualdad de género), 8 (Trabajo decente y crecimiento económico), 9 (Industria, innovación e infraestructura), 10 (reducción de las desigualdades) y 16 (Paz, justicia e instituciones sólidas) (Ley 1955 de 2019).

El artículo 3 de la Ley 1955 de 2.019, define los objetivos de la política pública denominados pactos, entre ellos está el pacto por el Emprendimiento donde plantea trabajar sobre la legalidad, también los estímulos al emprendimiento brindando oportunidades para crear sus propios negocios de igual forma relaciona la formalización del trabajo y las actividades económicas, y el fortalecimiento del tejido empresarial en las ciudades y en el campo.

En el sector salud, se presentan situaciones administrativas laborales con el personal que desarrolla actividades de carácter permanente, es decir, el personal asistencial (auxiliares de enfermería, auxiliares de laboratorio, enfermeras profesionales, médicos) que pueden ubicar en eminente riesgo a la Entidad contratante, en este caso a las Empresas Sociales del Estado; mediante de una demanda ordinaria laboral, al momento de reclamar un “contrato realidad”, cuando se oculta relaciones laborales a través de modalidades como el contrato de prestación de servicios, contrato sindical o a través de cooperativas o pre cooperativas de trabajo asociado, así como se prohíbe en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010.

6.2 Marco Legal

El respeto de las garantías mínimas para los trabajadores, estas se encuentran reguladas por tratados internacionales de la OIT debidamente ratificados y los artículos 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia que refieren al trabajo digno, igualdad de oportunidades, mínimo vital, contrato realidad, principio pro-operario, constituyen las herramientas legales para hacer respetar los derechos que en materia laboral le asisten a los trabajadores.

En el sector salud, por ejemplo: el numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1.993, establece que todas las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado tendrán la calidad de servidores públicos, es decir que no admite otra forma de vinculación de los trabajadores de la salud que no sea la legal y reglamentaria.

La esencia de esta norma, es ratificada por la prohibición contemplada en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, que fija claramente la facultada sancionadora del Ministerio del Trabajo para imponer hasta 5.000 salarios mínimos legales mensuales para la entidad pública o privada que utilice modalidades de contratación que afecten derechos constitucionales, laborales y prestacionales en el desarrollo de actividades permanentes como las del personal asistencial en las Empresas Sociales del Estado, modalidades como el contrato sindical, contrato de prestación de servicios o a través de cooperativas de trabajo asociado. Sobre el particular se puede consultar la Sentencia de la Corte Constitucional C-645 de 2.011.

La Ley 734 de 2.002, Código Único Disciplinario, el numeral 29 del artículo 48 establecía como falta gravísima “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”.

Es importante mencionar que, a partir del 1 de julio de 2.021, el artículo 48 de la Ley 734 de 2.002 es derogado por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2.019 y este último reformado por el numeral 1 del artículo 54 de la Ley 2094 de 2.021, es decir,

por el Código General Disciplinario, sin embargo, su texto es idéntico.

Frente a la suscripción de los acuerdos de formalización laboral, como mecanismo para disminuir las contrataciones indebidas para el ejercicio de actividades permanentes, se encuentran regulados mediante la Ley 1610 de 2.013. En dicho acuerdo, se consignan los compromisos de mejora en materia de formalización, mediante la celebración de contratos laborales con vocación de permanencia tanto en entidades públicas como en empresas privadas.

Por su parte el Decreto 1376 de 2.014 del DAFP reglamenta los mecanismos de estructuración de las plantas de empleos de carácter temporal y los acuerdos de formalización laboral en las Empresas Sociales del Estado. Norma que facilita los lineamientos técnicos y jurídicos para adelantar los estudios y justificaciones que den cuenta de la creación de una planta de empleo temporal, como también los trámites administrativos para lograr que las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado autoricen su creación.

Lo propio hace la Corte Constitucional cuando en la Sentencia C-614 de 2.009 con ponencia del Magistrado Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, encontró que la prohibición de contratar las actividades misionales de carácter permanente a través de contratos de prestación de servicios se ajusta a la Constitución Política de Colombia, toda vez que esta modalidad lo que hace es ocultar verdaderas relaciones laborales.

El DAFP ha insistido que los contratos de prestación de servicios no pueden ser utilizados para el desarrollar funciones permanentes en las entidades públicas, por lo que la necesidad de contar con personal de planta es urgente y al momento de analizar la viabilidad de efectuar contrataciones por prestación de servicios, las entidades deberán establecer si el objeto contractual es de carácter permanente o transitorio y revisar que no haga parte del giro ordinario de las labores encomendadas o misionales o que siendo parte de ellas no puedan ser ejecutadas por personal de planta (Departamento Administrativo de la Función Pública - Concepto No. 75841 de 2013)

7. Marco metodológico

Desde la metodología cualitativa, la investigación es soportada mediante el análisis y la descripción de los casos objeto de estudio, donde se refleja la situación de la informalidad laboral a la que se ven expuestos trabajadores de la salud en el departamento del Putumayo. Para esta interpretación de la realidad laboral de los trabajadores fue necesario revisar algunas fuentes de información secundaria, principalmente de las entidades relacionadas en el estudio como son:

- a)** E.S.E Hospital Pio XII - Municipio de Colon.
- b)** E.S.E Hospital José María Hernández – Municipio de Mocoa.
- c)** E.S.E Hospital San Gabriel Arcángel – Municipio de Villagarzón.
- d)** E.S.E Hospital Jorge Julio Guzmán – Municipio de Puerto Guzmán.
- e)** E.S.E Hospital Alcides Jiménez – Municipio de Puerto Caicedo.
- f)** E.S.E Hospital Local de Puerto Asís – Municipio de Puerto Asís.
- g)** E.S.E Hospital de Orito – Municipio de Orito.
- h)** E.S.E Hospital Sagrado Corazón de Jesús – Municipio del Valle del Guamuez.
- i)** E.S.E Fronterizo la Dorada – Municipio de San Miguel.
- j)** E.S.E María Angelines – Municipio de Puerto Leguizamo.

También se realizó una revisión documental y fuentes secundarias sobre soporte normativo y jurisprudencial de la formalización laboral en E.S.E a nivel general en Colombia, en lo referente al trabajo y condiciones del empleado en estas entidades, amparados por la Constitución política de Colombia, en las sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012 de Corte Constitucional, lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y la OIT, Departamento Administrativo de la Función Pública, los órganos de control y el Ministerio del Trabajo.

8. CAPITULO I

8.1 Conceptos generales de la formalización laboral de las empresas sociales del Estado en Colombia.

Entremos entonces a hablar de formalización laboral, no sin antes, reconocer que en Colombia existe un alto índice de informalidad tanto en el sector privado como en el sector público, es decir que se desarrollan actividades lícitas sin las garantías laborales.

De acuerdo a la información suministrada por el Ministerio de Salud en respuesta a un requerimiento de la Procuraduría General de la Nación que dio origen a la circular Nro. 007 de 2020, en la que se pone en evidencia que de 926 Empresas Sociales del Estado se determinó que hay 136.116 trabajadores, de los cuales 46.715 están vinculados directamente en las plantas de personal y 116.401 de manera indirecta.

Inicialmente, se podría pensar que la informalidad laboral en el sector salud se encuentra ligado a los riesgos financieros en los que se encuentran las Empresas Sociales del Estado; sin embargo existen otras causas permiten que las prácticas irregulares de vinculación del personal asistencial persistan.

Es el Ministerio de Salud y Protección Social cada año quien cataloga en riesgo alto, medio y bajo financieramente hablando a las Empresas Sociales del Estado y es precisamente ésta una causa directa que impide contratar estudios y justificaciones técnicas para determinar las viabilidades de crear plantas de empleo temporal. De manera que, si la E.S.E., cuenta con riesgo financiero y su personal asistencial se encuentra vinculado a través de figuras como el contrato de prestación de servicios, difícilmente se podría pensar en iniciar un proceso de formalización laboral.

Ahora bien, se torna importante entonces evaluar las razones que dieron origen para que la E.S.E., se haya ubicado en un nivel de riesgo financiero que seguramente sería otro tema que requiere un mayor estudio.

De ahí que ésta investigación busca promover una estrategia relacionada con la vinculación del talento humano que se oriente a contemplar en las plantas de personal, empleos de carácter temporal, que son aquellos creados teniendo en cuenta las condiciones establecidas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2.004 y los artículos 2.2.1.1.1 al 2.2.1.1.4 del decreto 1.083 de 2.015.

Esas condiciones hacen referencia al tiempo determinado en el estudio técnico o acto de nombramiento, para los casos en que sea viable y se ajuste al presupuesto de las Empresas.

Se plantea entonces, que en las Empresas Sociales del Estado en donde el personal asistencial se encuentre vinculado a través de figuras como el contrato de prestación de servicios, contrato sindical, cooperativas de trabajo asociado o precooperativas y que no cuenten con ningún riesgo financiero decretado por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, sean objeto del aporte del Gobierno Nacional de los estudios y justificaciones técnicas para determinar la viabilidad de crear plantas de empleo de carácter temporal.

La transición gubernamental que está atravesando Colombia, sin duda creará un nuevo reto sobre el trabajo, empleo y su desarrollo a través de políticas públicas.

La expectativa es grande cuando encontramos que los planes de gobierno de la mayoría de candidatos a la Presidencia se menciona las frases “formalización del empleo”. Se espera entonces que no sólo sea una frase más, sino que en realidad se explore de manera profunda el sentir de las altas cortes y tribunales del país cuando comulgan en que el Estado debe garantizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y que su vinculación sea con estricto apego a las normas laborales.

8.1.1 El trabajo decente como herramienta de una mejor vida laboral

En el mundo del trabajo, acceder a un empleo productivo en condiciones dignas,

con reconocimiento a un salario justo, seguridad, salud y protección laboral por parte del empleador, es en realidad el deber ser de un Estado protector y garantista de derechos laborales individuales y colectivos, que genera una mejor perspectiva de desarrollo personal e integración social.

Los conceptos de empleo y trabajo, son fáciles de diferenciar, el primero sugiere una relación de trabajo de una persona con una organización dentro de un marco institucional y jurídico que está definido independientemente de aquella, y que se constituyó antes de su ingreso en la empresa.

El trabajo por su parte, constituye una actividad coordinada de hombres y mujeres orientada a la producción de bienes y servicios que tengan utilidad social.

De acuerdo con lo anterior, la diferencia consiste en que el trabajo es la actividad económica que una persona realiza, y el empleo, es esa misma actividad, pero remunerada. Concepto que adoptó el Ministerio de Trabajo de Colombia en el año 2.016.

La Organización Internacional del Trabajo, inició a tratar el tema del trabajo decente en junio de 1.999, cuando presentó su primer reporte a la Conferencia Internacional del Trabajo en donde resaltó que el mundo se encontraba en un período de adaptación a una economía naciente, caracterizada por el surgimiento de modelos inequitativos de distribución de las riquezas lo que generaba una creciente desigualdad e inestabilidad laboral, social y estructural.

Esta situación, condujo a la OIT a fijar su atención en la promoción del trabajo decente para lograr crear en el mundo condiciones dignas de trabajo para todos; razón por la cual los gobiernos comienzan a dar prioridad especial al asunto e incluyen posteriormente dentro de sus políticas de gobierno el trabajo decente como aspecto fundamental; sin embargo, en países como Colombia, el reto no cumplió la expectativa, porque casi 20 años después, los altos índices de desigualdad de América Latina así lo reflejan.

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde el año 1.999

comenzó a definir lo que significa decente y precisamente contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo, ingreso digno, seguridad y salud en el trabajo, libertad de expresión, organización y participación en las decisiones e igualdad de oportunidad y trato para todos. Este concepto reconoce al trabajo como fuente de dignidad personal, estabilidad familiar, y paz en la comunidad.

Colombia es miembro de la OIT desde el año 1.919 y no ha sido ajena a esta dinámica mundial por cuanto a la fecha cuenta con 61 convenios, compuestos en 8 fundamentales, 3 de gobernanza y 50 técnicos, de acuerdo a la Information System on International Labour Standards – Normlex – se destacan aquellos que tratan sobre el trabajo forzoso, la libertad sindical, igualdad de remuneración, abolición del trabajo forzoso, derechos laborales y de asocio de trabajadores, discriminación en materia de empleo y ocupación, trabajo infantil, adolescente trabajador, desempleo e inspección del trabajo en la agricultura.

La Organización Internacional del Trabajo sostiene que el trabajo decente es un estímulo para las personas durante su vida laboral, que le permita contar con igualdad de oportunidades, es sinónimo de dignificación del empleo. Este es punto al que queremos llegar en la presente investigación. De manera que, las diferentes herramientas que ha configurado tanto la legislación Colombiana y sus altos tribunales constituyen un salvavidas para la población menos favorecida con miras a disminuir las brechas de pobreza y pobreza extrema en la que se encuentran al menos el 40% de la población.

En el marco de la Asamblea General liderada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en septiembre de 2.015, 193 líderes mundiales se comprometieron con 17 objetivos de desarrollo sostenible y 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan diferentes esferas de tipo económico, social y ambiental, y que buscan alcanzar tres objetivos; a) acabar con la pobreza extrema, b) luchar contra la desigualdad y la injusticia, c) combatir el cambio climático.

De los 17 objetivos de desarrollo sostenible, el objetivo número 8: Trabajo Decente y Crecimiento Económico busca “promover el crecimiento económico

sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”.

8.1.2 El trabajo como principio del Estado Social de Derecho en Colombia.

En Colombia, el trabajo es uno de los principios del Estado Social de Derecho y con la Constitución Política de 1.991, se eleva a derecho fundamental en su artículo 25 y le atribuye a demás una obligación social en condiciones dignas y justas que goza en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. De ahí que el trabajo con con mayor protección constitucional es la generada de una relación laboral.

Esa protección especial de la vinculación laboral se desarrolla por el tránsito del Estado Constitucional, pues de ser un Estado en el que las funciones se cumplían con la abstención, el respeto por la autonomía de la voluntad privada y el reconocimiento de la igualdad formal entre todos los administrados, a un Estado Social de Derecho con responsabilidades activas de promoción, intervención y control en las relaciones laborales.

Más adelante, el artículo 26 superior, refleja una protección reforzada del derecho al trabajo al establecer la libertad de escogencia de la profesión y oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos (Ley 584 de 2.000); los artículos 48 y 49 establecen los derechos que tienen los trabajadores dependientes e independientes como son la seguridad social en salud y pensión, entre otros (C.N, 1.991); el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; y los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga.

En este entendido, resulta valioso contar con un principio ligado al derecho fundamental al trabajo, que refiere que al trabajador se le debe aplicar las normas más beneficiosas, por lo que primero debe existir una norma jurídica; que esa norma sea de dudosa interpretación y que de las varias interpretaciones posibles, una de ellas sea

favorable al trabajador; se habla entonces del principio de “in dubio, pro operario”, que muy poca utilización tiene en estos días, debido a la informalidad laboral y la precarización del empleo, barreras que deben eliminarse para dignificar el trabajo en todos los sectores.

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), en su artículo 5, decanta esos principios Constitucionales y define el trabajo como “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”. El estatuto laboral también refiere a la igualdad de los trabajadores, derechos individuales, su irrenunciabilidad y sobre derechos colectivos.

En el marco de las políticas públicas, mediante la Ley 1.955 de 2.019, se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2.018-2.022 - “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, el cual busca alcanzar la inclusión social y productiva, a través del emprendimiento y la legalidad. Legalidad como semilla, el emprendimiento como tronco de crecimiento y la equidad como fruto, para construir el futuro de Colombia. De esta manera el crecimiento económico del país se desarrollará en ambientes favorables con el fin de crear y consolidar un tejido empresarial sólido y competitivo.

Aquí nos detenemos a comparar las metas en el sector trabajo consagradas en el Plan de Desarrollo Nacional con el 40% de la población colombiana que se encuentra en situación de pobreza y pobreza extrema según el DANE para los años 2.020 y 2.021, junto al alto índice de desigualdad en América Latina con el que cuenta este país, según el Índice de Desarrollo Regional. Departamos como Valle del Cauca, Antioquia, Santander y Bogotá constituyen las zonas con los números más elevados.

Para lograr el crecimiento económico sostenible, se deben crear las condiciones necesarias para que las personas puedan acceder a oportunidades laborales, a empleos de calidad amigables con el medio ambiente a partir de una económica circular.

La ONU en el año 2.019, sostuvo que el trabajo decente brinda mejores

condiciones de laborales, disminuyendo las tasas de desempleo en edad productiva (personas jóvenes) oportunidad de acceso a los servicios financieros con lo cual pueden aumentar sus ingresos y mejora en la calidad de vida, contribuyendo a un crecimiento económico sostenible e inclusivo, reduciendo los niveles de pobreza alrededor del mundo. Sin embargo, no pasa de ser un armonioso texto al confrontarlo con el Índice de Desarrollo Regional de América Latina.

Con el ánimo de buscar garantizar a todos los ciudadanos el acceso al trabajo decente y cuyo fin es buscar mejorar la calidad de vida de todos los colombianos en el país y los que están por fuera en los diferentes países, el presidente de Colombia Iván Duque Márquez firmó un “Pacto por el Trabajo Decente” en el mes de octubre de 2018.

Este pacto fue firmado por quienes representan a los trabajadores, empleadores, las instituciones del Gobierno y la ciudadanía en general (ANDI, ACOPI, ASOBANCARIA, FENALCO, la Confederación General del Trabajo CGT y la Confederación de Trabajadores de Colombia CTC).

Frente a prácticas indebidas, irregulares e ilegales dentro de las relaciones laborales, que terminan desfigurando los principios constitucionales y afectando derechos fundamentales, se torna necesario identificar que los conceptos de tercerización e intermediación laboral cuando no cumplen su finalidad, precarizan el empleo y el ser humano como principal actor en el Estado Social de Derecho, termina discriminado.

8.1.3 Tercerización e intermediación laboral en Colombia

Dentro de los conceptos generales de la formalización laboral, hay que diferenciar los conceptos de tercerización e intermediación, los cuales de entrada se puede afirmar que son figuras legalmente establecidas para lo que en realidad se constituyeron. De manera que su abuso en la utilización, configura sin duda ilegalidad y arbitrariedad.

La “tercerización” ha adquirido una gran importancia en el mundo de los negocios atendiendo las necesidades a través de un tercero, como su nombre lo indica, lo que ha

dinamizado la economía y el desarrollo del mundo globalizado.

Existe cierta confusión del concepto de tercerización, teniendo en cuenta que lo que persigue es acudir a un tercero para la producción de un bien, prestación de un servicio, suministro de materias primas o disponibilidad de personal para atender diversos requerimientos.

De esta forma y frente al tema, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) hizo ciertas aclaraciones frente al concepto de subcontratación, outsourcing, tercerización y externalización, al separar el concepto en dos contenidos a los que puede dar lugar esa tercerización.

La tercerización de bienes y de servicios es “aquella mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos” (Informe VI (1) Trabajo en Régimen de Subcontratación, CIT 85 1997), en la que prima la autonomía del tercero en cuanto al manejo de su propia empresa en aspectos administrativos, financieros y de recurso humano, con independencia de quien lo contrate, porque de lo que se trata es de producir un resultado.

La tercerización del recurso humano, especifica la OIT es el suministro de mano de obra (y no de bienes y servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere” (Informe VI (1) Trabajo en Régimen de Subcontratación, CIT 85 1997).

Si bien es cierto, en la tercerización de bienes y servicios como en la de recurso humano, se acude a un tercero, su naturaleza y características son diferentes.

En Colombia, el tema ha sido confuso en su manejo y aplicación, lo que se acentuó con la expedición del Decreto 583 del 2.016, que asimiló los dos tipos de tercerización en una sola, al unificarlas en un solo término que no se había utilizado en la legislación colombiana “tercerización laboral”, entendida esta como “los procesos que

un beneficiario desarrolla para obtener bienes y servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes” y que esta es ilegal cuando se vincule personal para el desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un tercero.

La definición de tercerización laboral se encuentra en el artículo 2.2.3.2.1, numeral 6 del Decreto 1072 de 2.015 y artículo 1 del Decreto 583 de 2.016, “habilitando de esta forma a toda persona natural o jurídica a manejar trabajadores a terceros bajo la figura de la tercerización de procesos de bienes y de servicios sin diferenciación alguna”. (Pérez García, 2016).

Por su parte, el Consejo de Estado mediante Sentencia 2218 del 2.016, anuló la parte de la definición y el alcance de ese Decreto 583 del 2.016, diferenciando lo que es “tercerización”, que aplica a la de bienes y de servicios como resultado final, y lo que es “intermediación laboral”, que se refiere al envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en sus actividades misionales permanentes.

Este mismo alto tribunal mediante la Sentencia 00485 del 6 de julio de 2.017 con ponencia de la Magistrada SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ sostiene que la tercerización laboral “no ha sido definida expresamente por la legislación colombiana, empero, la doctrina ha definido esta figura como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios”.

En este sentido, Mintrabajo profirió la resolución No 2021 del 09 de mayo de 2.018, que distingue los dos conceptos, expresando que la figura de la tercerización u outsourcing, se encuentra encaminada a que un tercero mediante una relación contractual de naturaleza civil comercial suministre bienes o servicios como se establece en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Luego de conocer los conceptos que definen a la figura de la tercerización laboral en Colombia, se puede decir que una actividad tercerizada es la prestación del servicio de seguridad de la información en las Empresas Sociales del Estado. En este caso la E.S.E., contrata los servicios de otra empresa para prestar, suministrar,

asegurar, y controlar todo lo relacionado con las comunicaciones y las tecnologías de la información a través de herramientas y mecanismos tecnológicos que directamente la entidad de salud no lo podría hacer. Por ejemplo: el software contable, financiero, de facturación, de historia clínica, entre otros.

A diferencia del concepto general establecido en el Decreto 2852 de 2.013 que reglamente la actividad de intermediación laboral y define la función del Servicio Público de Empleo de lograr la mejor organización posible del mercado de trabajo, para lo cual ayudará a los trabajadores a encontrar un empleo conveniente, y a los empleadores a contratar trabajadores apropiados a sus necesidades. Se encuentra la definición de intermediación laboral que establece el Decreto 1072 de 2.015, como el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas en el desarrollo de sus actividades que, para el caso particular se definen como “aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicio característico de la empresa” (Decreto No 1072 de 2015, artículo 2.2.8.1.41, inciso tercero).

Juan Manuel Santos presidente de la República de Colombia, para el año 2011 advirtió: “durante el presente cuatrienio se acabará con la intermediación laboral que ejercen las Cooperativas de Trabajo Asociado”. Esta situación ha sido controlada por el Ministerio del Trabajo como única autoridad administrativa que puede autorizar el funcionamiento de intermediadores laborales en Colombia.

Posteriormente, en lo relacionado con el sector salud, el artículo 103 de la Ley 1438 de 2.011, estableció “que el personal misional permanente de las instituciones públicas prestadoras de salud no podrá estar vinculado mediante cooperativas de trabajo asociado, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales”. Una disposición realmente contundente sobre la prohibición de vincular al personal misional a través de la CTA o cualquier otra figura de contratación como la prestación de servicio o el contrato sindical.

En esa época se aseguró que la decisión de incorporar el artículo antes transcrito a nuestra legislación era para cumplir las exigencias del gobierno de los Estados Unidos para la suscripción del tratado de libre comercio.

En el año 2.018, el diario “El Tiempo”, publicó que en encuentro entre el ministro de salud y los gremios del sector se acordaron seis puntos entre los cuales se destaca: “la necesidad de vigilar la aplicación normativa que prohíbe la intermediación laboral en los hospitales públicos”. En el mes de abril de 2.019, el presidente Iván Duque Márquez afirmó: “¿cuál es el mayor reto que tenemos? Una gran parte de la población en la informalidad laboral”

Aclarado el alcance de las disposiciones sobre tercerización e intermediación laboral, esta última se convierte en un importantísimo mecanismo de respuesta flexible de recurso de mano formal con todas las garantías de ley para atender pronta y eficazmente las necesidades de personal en unas economías dinámicas, en la colaboración de actividades de terceros, pero con un vínculo laboral estable y directo con su verdadero empleador que por ley es la empresa de servicios temporales (Pérez García, 2016)

8.1.4 Acuerdos de formalización laboral y plantas de personal de carácter temporal como estrategia de dignificación del empleo en las Empresas Sociales del Estado en Colombia.

El artículo 13 de la Ley 1.610 de 2013, define que un acuerdo de formalización laboral “es aquel suscrito entre uno o varios empleadores y una Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, previo visto bueno del Despacho del Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección, en el cual se consignan compromisos de mejora en formalización, mediante la celebración de contratos laborales con vocación de permanencia y tendrán aplicación en las instituciones o empresas públicas y privadas”. De no cumplir el empleador con el acuerdo de formalización laboral, el parágrafo del artículo 16 de la misma Ley 1.610 establece la aplicación del proceso administrativo sancionatorio en contra de la Entidad.

Dentro de los objetivos del acuerdo de formalización laboral se encuentran:

- a) El hacer eficaz la labor de Inspección, Vigilancia y Control que ejercen el Ministerio del Trabajo, mediante actuaciones dirigidas a la prevención de conductas

que atenten contra la formalización laboral, en especial las previstas en la Ley 1429 de 2010.

b) Mejorar las relaciones laborales a través formas de vinculación eficaces con vocación de permanencia.

c) Contribuir al logro de una relación constructiva y de suma de esfuerzos con los empleadores y fortalecer la vigilancia y acompañamiento por parte del Ministerio del Trabajo.

Para el sector salud público, los acuerdos de formalización laboral se encuentran sujetos a las condiciones establecidas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 2.2.1.1.1 al 2.2.1.1.4 del decreto 1083 de 2015, los cuales sugieren la realización de un estudio o justificación técnica y financiera sobre la viabilidad y la disponibilidad presupuestal para la creación de plantas de empleo de carácter temporal; los cuales serán provistos mediante acto administrativo de carácter particular y concreto, en la cual se indique el tiempo de vinculación, las funciones y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

El Régimen Salarial y Prestacional de los empleos de carácter temporal será el que corresponda a los empleos públicos de la planta permanente de la Empresa Social del Estado, que va a crear el cargo y se reconocerá de acuerdo con lo establecido en la Ley, Ordenanza o Acuerdo Municipal. Quienes establecerán las escalas salariales de acuerdo con los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución Política.

Para los casos en los cuales los empleos que se creen no sean equiparables a los existentes en la planta de personal, deberá presentarse un acto administrativo a la autoridad competente para determinar la escala salarial de estos empleos. Este régimen salarial y prestacional no es aplicable para los trabajadores oficiales (Minsalud, 2014 p. 8).

La creación de empleos de carácter temporal de las Empresas Sociales del Estado, se encuentran respaldadas por la una guía que ha dispuesto la Dirección de Desarrollo Organizacional del Departamento Administrativo de la Función Pública (Guía

para establecer empleos de carácter temporal en las Empresas Sociales del Estado – DAFP 2015).

Con este instrumento se pretende proporcionar elementos técnicos y jurídicos que faciliten la elaboración de la justificación técnica o estudio técnico y financiero que legalmente se requiere.

El marco normativo de las plantas de carácter temporal se encuentra circunscrito por la Constitución Política el artículo 122 que establece que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

A continuación, de manera general se enuncia el régimen legal sobre la provisión de plantas de empleos temporales. Inicialmente la Ley 909 de 2004 que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública. El Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública Nro. 1083 de 2015. Circular Conjunta Externa 100-003-2013 suscrita por los Ministerios de Salud y Protección Social, Ministerio de Trabajo y Departamento Administrativo de la Función Pública, con el asunto: Empleos Temporales, Circular CNSC No 005 de 2014 suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la que teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional C-288 de 2014.

Ahora bien, el Decreto No 1083 de 2015, regula la vinculación de quienes ejercen funciones de carácter temporal, estableciendo que las E.S.E., deberán “elaborar la justificación técnica y financiera, siguiendo los lineamientos indicados en la guía elaborada por el Departamento Administrativo de la Función Pública” (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2021).

Para la creación de las plantas de empleos de este carácter; y sobre la suscripción del acuerdo de formalización laboral, una vez otorgado el visto bueno de dicho acuerdo por parte del Despacho del Viceministerio de Relaciones laborales e Inspección del Ministerio del Trabajo, se procederá a la firma del mismo por parte del

Director Territorial del Ministerio del Trabajo y el representante legal de la Empresa; indica también que éste deberá contener las fechas en las cuales el Ministerio del Trabajo, efectuará la verificación al cumplimiento de lo acordado.

A continuación, se presenta una proyección de la implicación de incorporar a un trabajador a la planta de personal; de manera que se genera obviamente un gasto adicional frente a lo que se paga a un trabajador informal. Para precisar estos valores, en la siguiente tabla se presenta un aproximado de cuánto cuesta un empleado de planta que recibe mensualmente un sueldo de un millón de pesos (\$1.000.000) mcte; incluyendo únicamente lo que se encuentra en las normas laborales y tomando el nivel de riesgo laboral III para la cotización a ARL, que aplica para la mayoría de los trabajadores de salud.

Figure 2. Modelo de nivel salarial mensual empleado de planta.

CONCEPTO	PORCENTAJE	VALOR MENSUAL
Cesantías	8.33*	\$83.300
Prima de vacaciones	4.16	\$41.600
Prima de servicios	8.33	\$83.300
Pensión	12	\$120.000
Salud	8.5	\$85.000
ICBF, SENA, caja de compensación	9	\$90.000
ARL	2.436	\$24.360

*No incluye intereses sobre cesantías del 1% mensual sobre el valor de las cesantías acumuladas

Fuente. Mintrabajo (2019)

Un trabajador formal implica un gasto adicional mensual de \$ 527.560, un 52.76% más que uno contratado por prestación de servicios y en un año \$6.330.720.

Con la proyección anterior, si bien el presupuesto se incrementa en poco más de la mitad, se desconoce que esas cifras dejan de ser “un precio” por la prestación de un

servicio para convertirse en “un valor”, que si bien no es cuantificable, constituye una inversión por parte del empleador, por ejemplo al reconocer las vacaciones que como un derecho del Trabajador para descansar con el fin de que recupere las fuerzas perdidas al prestar el servicio y se reincorpore en condiciones apropiadas para el desarrollo de sus actividades, se está garantizando directamente una prestación del servicio de calidad y con humanización, conceptos que se imponen en el sector salud ante cualquier formalidad.

Con relación al costo mensual de un trabajador formal en comparación con uno informal, el primero es superior en un 52.76% al segundo, o sea que formalizar a los trabajadores del sector salud impactaría fuertemente los costos de la prestación de servicios, o implicaría que a los trabajadores se les pague menos que lo que están recibiendo mensualmente bajo otras modalidades de contratación; a cambio de beneficios emocionales, físicos y mentales del trabajador.

Frente a las plantas de empleos de carácter temporal, es preciso reconocer el importante logro del Ministerio del Trabajo Territorial Nariño, cuando en el año 2.017 suscribió un acuerdo de formalización laboral de 408 personas que prestaban sus servicios de salud en la Empresa Social del Estado Pasto Salud, de las cuales 377 se encontraban vinculadas a través de la empresa Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S., y 31 personas a través de contratos de prestación de servicios (Acuerdo de Formalización Laboral – Ministerio del Trabajo Territorial Nariño 19 de diciembre 2019). Se reitera que lo propio ocurrió en la ciudad de Bogotá en el año 2.020, cuando la Alcaldesa Claudia López logró formalizar 487 trabajadores de la salud, aún en época de Pandemia.

Estos significativos casos, permiten dignificar el empleo y busca fortalecer la red pública hospitalaria, brindando unas reales garantías laborales de quienes desarrollan funciones públicas y actividades permanentes, pero que se encontraban vinculados a través de terceros o mediante contratos de prestación de servicios

En el Congreso de la Republica de Colombia cursa el proyecto de Ley No 331 de 2.020 cámara de representantes “Por medio del cual se fomenta el trabajo digno del

talento humano en salud y se dictan otras disposiciones” acumulado con el proyecto de Ley No. 334 de 2.020 cámara de representantes “Por la cual se promueve el respeto a la dignidad del Talento Humano en salud y se dictan otras disposiciones”, que busca contribuir al fortalecimiento y a la dignificación del talento humano en salud en el territorio colombiano, con las condiciones de oportunidad garantía en condiciones justas acorde con la Ley 1751 de 2.015 que regula el derecho fundamental a la salud.

8.1.5 Antecedentes de estudios frente a la formalización e informalidad laboral en Colombia.

El estudio realizado por la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI, de fecha junio de 2019 y titulado “Tercerización e intermediación laboral, balance y retos”, se menciona que en lo que respecta a las sanciones pecuniarias, la Ley 1610 de 2.013, desarrollada mediante la Resolución 321 de 2.013, establecía que las empresas que sean objeto de una investigación administrativa de carácter sancionatoria, por diferentes razones, pueden antes de que la sanción quede ejecutoriada, lograr la suspensión y el archivo de la actuación a través de la suscripción de acuerdos de formalización laboral.

Si la sanción quedaba ejecutoriada y con posterioridad a ello, se suscribe un acuerdo de formalización laboral, el artículo 10 del Decreto 2025 de 2.011 establecía una reducción atada a la vigencia del acuerdo de formalización. Este artículo, sin embargo, fue declarado inconstitucional por el Consejo de Estado en febrero de 2.018, con lo cual hoy solo se encuentra vigente la primera alternativa.

Esa investigación, contempla la declaratoria del contrato realidad frente a la intermediación laboral ilegal, sobre el cual dice que “las medidas sancionatorias de carácter administrativo buscan prevenir la intermediación laboral ilegal. El principal remedio judicial, en este sentido, es la declaratoria del contrato realidad”. (Asociación Nacional de Empresarios de Colombia - ANDI, 2019). De tal manera que la declaratoria es de uso exclusivo del juez, en tanto que a la autoridad administrativa le está prohibido declarar derechos individuales (Artículo 486 del CST).

Se configura entonces un contrato realidad cuando se demuestre que un trabajador que es vinculado a través de la figura de contrato de prestación de servicios u otra; cuando comulguen estos tres elementos: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración. De esta manera es importante reconocer que un elemento del contrato de trabajo son las partes contratantes, de modo que, si a través de un tercero o cualquier otra modalidad, una empresa pretende encubrir sus relaciones laborales directas, será competencia de los jueces de la república develar las partes que contratan en realidad. (Asociación Nacional de Empresarios de Colombia - ANDI, 2019).

Este tema de contrato realidad es abordado de manera más amplia en el trabajo de maestría titulado “La jurisprudencia sobre el vínculo laboral realidad que subyace del contrato de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado de Bogotá: desconocimiento parcial de la Constitución política y los instrumentos internacionales del Trabajo”. (Cárdenas, 2017).

Además el mismo estudio desarrolla unas conclusiones, propositivas que incluyen; la declaración de una sentencia de unificación y extensión en el sentido de mantener el vínculo suscrito hasta que la empresa social del Estado contratante cumpla con el imperativo constitucional, declarar un estado de cosas inconstitucionales por la jurisprudencia del vínculo laboral realidad en las E.S.E., declarar un estado de cosas inconstitucional por la actuación contraria a derecho de la empresas sociales del Estado en la suscripción de contratos de prestación de servicios, declarar un estado de cosas inconstitucionales por el incremento de vinculación de contratistas de prestación de servicios que desplaza al empleado público, y por último, armonizar los pronunciamientos del vínculo laboral realidad a los instrumentos internacionales (Cárdenas, 2017).

Continuando con el abordaje de algunos conceptos importantes sobre la formalización laboral, el artículo de investigación publicado en enero de 2018, como avance del proyecto de tesis doctoral denominada “El camino hacia el trabajo decente para los informales en Colombia”, que desarrolla el autor en la Universidad Santo Tomás de Bogotá, titulado “La indecencia del trabajo informal en Colombia”, centra su

objeto de estudio en el concepto legal de informalidad por subsistencia, definido en Colombia por la Ley 1429 de 2.010, y su propósito es explicar el contenido y ámbito de aplicación del concepto de informalidad por subsistencia del empleo, descrito en el numeral 3 del literal a, del artículo 2 de la Ley 1429 de 2.010, en concordancia con el concepto de trabajo decente definido por la OIT, tomando en cuenta que Colombia es miembro fundador de ésta organización, y que ha ratificado 61 de los 189 convenios adoptados por la misma. (Castro, 2018).

Además de lo ya planteado, este artículo aporta cifras de la Organización Internacional del Trabajo, que sustentan la importancia de llevar a cabo la investigación que aquí se trata, abordando primero las de orden global, como sustento de la realidad de la problemática generada por el aumento desmesurado del trabajo informal en el mundo.

La OIT muestra unas cifras que mencionan el continente con más alto índice de trabajo informal en el mundo es el africano, el cual alcanzó en los últimos años casi el 80 % del empleo no agrícola, más del 60 % del empleo urbano y más de los 90 % de los nuevos puestos de trabajo (Charmes, 2000 citado por Castro, 2018 p.203).

En Asia, la proporción de trabajadores informales del sector no agrícola iba del 45 al 85 %, y la del empleo informal urbano del 40 al 60 %. Por su parte, la Unión Europea registra el índice más bajo de trabajo informal en el mundo, oscilando entre el 7 % al 19 % del empleo declarado (Castro, 2018).

En el contexto de América Latina y el Caribe, sobre los cuales refiere a que según datos aportados por OIT-ALC, notas sobre formalización, 2.014, el trabajo informal genera la principal problemática en asuntos laborales de la región.

En la zona, se registra para el año 2.012, “un índice de informalidad laboral no agrícola del 47,7 %, lo que indica que aproximadamente 130 millones de personas ocupadas ejercen empleos informales. Las actividades que representan las cifras presentadas se distribuyen así: un 31 %, corresponde a empleo en el sector informal, un 11,6 %, es empleo informal en el sector formal, y un 5,1 %, está constituido por

empleo informal en actividades de servicios domésticos” (Castro, 2018).

Sumado a lo anterior, “se distinguen los países de la región latinoamericana y del Caribe con las tasas más altas de informalidad en las cuales se encuentra en primer lugar, está Honduras 70,7 %, luego Perú con 68,8 %, Paraguay con 65,8 %, El Salvador con 65,7 %, Colombia con 56,8 %, México con 54,2 %, Ecuador con 52,2 % y República Dominicana con 50 %.” (Castro, 2018).

También refiere este documento que para el 2017, todo el año se tuvo que mantener un trabajo constante en lo que se refiere con la formalización del trabajo, la generación de empleos calificados, la implementación de la legislación laboral conducente a la aplicación de sanciones frente al incumplimiento y a la asignación de más inspectores laborales, el diálogo social y los asuntos relativos a la violencia contra los sindicalistas.

Los jueces, a través de sus providencias, pueden desenmascarar relaciones laborales encubiertas declarando el “contrato realidad”. Esta institución, basilar del derecho laboral colombiano, está prevista en el artículo 53 de la Constitución Política y en el numeral 2 del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

En este sentido, la legislación colombiana anticipó, con mucho, el contenido de la recomendación 198 de 2006 de la OIT, que insta a los países a hacerle frente al fenómeno de las relaciones laborales encubiertas.

Según reporte del DANE, la informalidad laboral en Colombia, en el trimestre final de 2019, en las 23 ciudades principales y sus áreas metropolitanas fue del 47.9%.

Sobre la informalidad laboral en el sector salud se encuentran algunos datos, por ejemplo, Fedesarrollo, en una publicación escrita por su investigadora Cristina Fernández, denominada; “Impacto de las medidas de aislamiento para combatir el COVID-19 que rigen a partir del 27 de abril de 2019”, tomando la información de la Gran Encuesta Integrada de Hogares realizada por el DANE, reporta que en total hay 978.001 médicos y enfermeros trabajando, de los cuales 363.069 están contratados formalmente a término indefinido; 219.487 contratados formalmente a término definido;

57.946 asalariados informales y 337.500 independientes, es decir que la informalidad entre médicos y enfermeros es del 38.4%.

De otro lado, el Colegio Médico Colombiano realizó una encuesta a 8.249 médicos y profesionales de la salud, en la que se encontró lo siguiente “sobre el porcentaje de vinculación formal de los trabajadores de la salud: 85% de los médicos rurales; 42% de los médicos generales; 17% de los médicos especialistas; 45% otros profesionales, o sea que los demás profesionales que respondieron la encuesta se encontraban en la informalidad, vinculados por contratos de prestación de servicios, cooperativas de trabajo asociado, honorarios, contratos sindicales, etc.”

En el estudio realizado por la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (ACHC), el cual recogió información sobre los salarios de cargos administrativos y asistenciales “de 91 entidades afiliadas públicas y privadas, entre otros datos, se encontró sobre la vinculación de los médicos generales asistenciales en el sector público, que el 74% estaban en planta, mientras que, en el sector privado, el porcentaje era del 67.5%. De igual forma, de estos profesionales, que laboraban en ciudades principales, estaban contratados en planta así: el 61.8% en Bogotá, el 97.8% en Medellín y el 25.7% en Cali 4”.

8.1.6 Corte Constitucional y órganos de control como actores de dignificación del empleo en Colombia.

Dentro de los procesos de formalización laboral, desarrollan un papel muy importante tanto los altos tribunales (Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia) como también los órganos de control (Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República) como actores de dignificación del empleo, es decir, contribuyen al cumplimiento de las políticas públicas en beneficio de los trabajadores a través de la inspección, vigilancia y control de las conductas de los servidores públicos que tiene a su cargo la dirección estratégica de las entidades.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-614 de 2.009, con ponencia del Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, sostiene que el trabajo es un

instrumento para obtener los recursos necesarios para lograr una vida digna y como un mecanismo de realización personal y profesional; por tal razón es lógico concluir que son objeto de garantía superior tanto el empleo como todas las modalidades de trabajo lícito.

En ese mismo pronunciamiento se abordó el problema jurídico consistente en determinar si la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, contemplada en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución Política.

La Corte, esa oportunidad expresó: “esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal.” Lo que significa que, si bien esta clase de figuras son autorizadas por la Ley, no pueden utilizarse para vulnerar derechos laborales, los cuales con facilidad la autoridad judicial puede hacerlos respetar.

Recientemente, un importante pronunciamiento, este alto tribunal ratificó la protección de los trabajadores de la salud específicamente las auxiliares de enfermería, cuando se encuentran vinculados a través de contratos de prestación de servicios y éstos desarrollen actividades de carácter permanente (Acción de tutela, (3) de septiembre dos mil veinte (2020), presentada por Lucy Caycedo Chala contra el Hospital Comunal Las Malvinas E.S.E., Referencia: Expediente T-7.745.031, Magistrada ponente: DIANA FAJARDO.).

En esta oportunidad, se estudió el caso de una auxiliar de enfermería de una E.S.E., “que no acreditó que en su caso se configurara la estabilidad ocupacional reforzada, pero que sí comprobó la existencia de un contrato realidad y que es beneficiaria de la estabilidad reforzada por ser madre cabeza de familia y sostuvo que un empleador vulnera el derecho fundamental a la estabilidad reforzada por salud cuando (i) se evidencia una afectación sustancial en el normal desarrollo de funciones, (ii) el empleador tenía conocimiento previo y (iii) la desvinculación tuvo origen en una discriminación”.

Segundo, “un empleador vulnera el derecho fundamental al trabajo y al mínimo vital de una trabajadora cuando se comprueba la existencia de un contrato realidad (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación)”.

Tercero, “un empleador viola el derecho fundamental a la estabilidad reforzada de una madre cabeza de familia cuando esta (i) es responsable de personas menores o incapaces de proveerse su sustento, (ii) de manera permanente, y sin el apoyo significativo de otra persona, como el padre de sus hijos o sus padres”.

Casos como el referido en líneas arriba son cientos los que se presentan a diario en todo el país, es decir, trabajadores afectados por prácticas de abuso en la utilización de figuras como el contrato de prestación de servicios, sin embargo, son pocas las personas que acuden a las instancias judiciales para hacer respetar sus derechos laborales, constitucionales y prestacionales como la auxiliar de enfermería Lucy Caycedo Chala quien accionó contra el Hospital Comunal Las Malvinas E.S.E., o el conductor de una ambulancia que fue contratado en la modalidad de prestación de servicios y quien realizaba labores permanentes de un hospital público, en forma continua e ininterrumpida y en igualdad de condiciones respecto de los servidores públicos que se desempeñaban en la misma dependencia, caso que conoció la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado el 3 de julio de 2.003, en la que reconoció la existencia del “contrato realidad” al conductor.

En el mismo sentido de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, dijo que no es válido celebrar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades en la que comulguen los elementos propios de la relación laboral o reglamentaria con el Estado.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, pues en aquellas situaciones en las que los particulares celebran contratos civiles de prestación de servicios o contratos con trabajadores ocasionales, ha fallado en favor de los trabajadores.

En este sentido el alto tribunal se pronunció mediante sentencia del 9 de abril de 1.991, con Ponencia del Magistrado ERNESTO JIMÉNEZ DÍAZ, en la que expresó: “En el mismo sentido, ha dicho que uno de los elementos determinantes para señalar cuándo una relación de trabajo es laboral y cuándo es civil, es el análisis de la función contratada, pues si la labor contratada corresponde al “giro ordinario de los negocios” o hace parte del objeto social o función permanente de la empresa y, a ello se suman los demás elementos de la relación laboral, éste será un contrato de trabajo regido por el Código Sustantivo del Trabajo”.

Igualmente, en sentencia del 23 de noviembre de 2.004, con Ponencia del Magistrado EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, la Corte Suprema de Justicia se refirió al caso de quienes trabajan bajo la modalidad del trabajo ocasional, pues no les son aplicables las normas referidas a los accidentes de trabajo y riesgos profesionales.

En esa oportunidad, expresó lo siguiente: “Es cierto que el trabajo ocasional, accidental y transitorio se encuentra incluido dentro de la clasificación de contrato atendiendo a su duración (art. 45 C.S. de T.), pero no es menos cierto que la reglamentación de los riesgos profesionales exige una cierta continuidad en el pago de las cotizaciones, lo que no sería posible en este tipo de contratos donde una de las exigencias es su corta duración, no mayor de un mes.

Además, otro de los requisitos de este tipo de contratación es que se refiera a labores distintas de las actividades normales del patrono, según lo establece el mismo artículo 6º de la codificación sustancial laboral, lo que dificultaría la clasificación de la empresa en cada caso concreto y en consecuencia el valor de las cotizaciones acorde con la clase de riesgo”

El Procurador General de la Nación, sobre el tema de deslaborización y tercerización laboral (Circular 008 del 7 de mayo de 2013), instó a las diferentes entidades públicas a dar cumplimiento a las normas sobre formalización laboral y recordó lo contenido en el artículo 48 de la Ley 734 de 2001 en la que se tipifica como falta gravísima del servidor público, cuando al 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.

En el año 2.020, el jefe del Ministerio Público emitió la circular 007, mediante la cual “conminó a los funcionarios públicos responsables de la administración del sector salud, a cumplir con la obligación legal de mantener la organización de la prestación de los servicios financieramente viables y administrativamente eficientes, sin desconocer los derechos de los trabajadores del sector a una vinculación en condiciones de estabilidad laboral”.

En esa oportunidad, la Procuraduría hizo énfasis en la prohibición legal que existe de contratar servicios tercerizados para el cumplimiento de actividades misionales so pretexto de conjurar situaciones excepcionales. Advirtió que el personal de las IPS no puede estar vinculado bajo modalidades que afecte derechos constitucionales, legales y prestacionales.

La prohibición de utilizar el contrato de prestación de servicios para el desarrollo de actividades permanentes o cumplimiento de funciones públicas, transita al Código General Disciplinario en idénticas condiciones en el numeral 1 del artículo 54 de la Ley 2.094 de 2.021.

El órgano de control, destaca la investigación encaminada a la conceptualización del Trabajo Digno y Decente en Colombia, que evidenció la situación de miles de trabajadores colombianos que realizan su actividad laboral en situación de informalidad y de tercerización, en detrimento de sus derechos laborales, de su seguridad social y del libre ejercicio de su derecho de asociación sindical y recordó lo mencionado por la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2.009 en los siguientes términos: "A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la

suscripción de "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa" lo que constituye una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución.

En el mismo sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo (Circular externa Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP y Ministerio de Trabajo , 2013), mencionaron que en las E.S.E., la vinculación del recurso humano para la prestación del servicio de salud se adelantara a través de empleos temporales en los términos de la Ley 909 de 2004 y Decreto 1227 de 2009. Articulando los criterios establecidos por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Procuraduría General de la Nación.

Dentro de la investigación, se logra evidenciar que una de las causas de la informalidad laboral del sector salud es la ausencia de las justificaciones técnicas para determinar la viabilidad de la creación de plantas de carácter temporal, por lo que se hace necesario evaluar la posibilidad de que el Gobierno Nacional financie los estudios de las Empresas Sociales del Estado.

9. CAPITULO II

9.1 Ministerio de trabajo como principal actor en la Formalización Laboral en las Empresas Sociales del Estado en el Departamento del Putumayo

Este capítulo inicia, reiterando que los acuerdos de formalización laboral son instrumentos de apoyo a las labores de inspección, vigilancia y control del Ministerio del Trabajo dirigidos a combatir la tercerización indebida y la intermediación ilegal de mano de obra. Tienen origen legal en la resolución 2272 de octubre de 2012, y Ley 1610 de 2013.

En el sector salud, en la red pública hospitalaria, según el DANE, para el año 2019, se registra un 38.4% de informalidad laboral entre el personal médico – asistencial, es decir que hay 978.001 médicos y enfermeros trabajando, de los cuales 363.069 están contratados formalmente a término indefinido; 219.487 contratados formalmente a término definido; 57.946 asalariados informales y 337.500 independientes.

El más reciente y significativo avance en formalización laboral, se presenta en la ciudad de Bogotá, con aproximadamente 500 trabajadores de la salud, que pasaron de la vinculación a través de contratos de prestación de servicios a una planta de personal en las cuatro Subredes Integradas de Servicios de Salud. Significa entonces que es posible apostarle al respeto por las garantías laborales de los trabajadores cuando existe una alta dirección comprometida con los lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo y postulados de las altas Cortes en Colombia.

En un eventual estudio investigativo, se podría analizar las variables que se tuvieron en cuenta en las Empresas Sociales del Estado de Bogotá para lograr formalizar el mayor número de trabajadores de la salud en la historia de Colombia, toda vez que representa un antecedente importante para replicar en las regiones del país y América Latina.

En el Departamento del Putumayo, los niveles de exclusión siguen siendo altos, especialmente para trabajadores informales, jóvenes, mujeres, víctimas de la violencia,

población en situación de discapacidad, población LGBTI, población de grupos étnicos y habitantes en los territorios rurales.

Esta exclusión refleja en mayores índices de desempleo que el promedio de la población, en empleos informales y sin las mínimas garantías laborales. También se manifiesta en una proliferación de pequeños emprendimientos con procesos de producción rudimentarios, baja calidad de sus productos y sin conexión a redes de comercialización o cadenas productivas que fracasan al poco tiempo. Aspectos que se condensan en iniciativas con baja rentabilidad, ingresos insuficientes, bajo o nulo potencial de crecimiento y poca sostenibilidad.

En los territorios rurales como el Departamento del Putumayo, hay un rezago respecto a la capacidad de generación de ingresos. Un 36% de sus pobladores no dispone de ingresos suficientes para acceder a la canasta básica de consumo de alimentos y otros bienes, frente a un 24,2% en zonas urbanas, y un 15,4 % tampoco accedía a la canasta mínima de alimentos. Con respecto a la pobreza multidimensional, en más del 90% de los hogares existen personas que no encuentran acceso a trabajo formal. (Bases PND, 2019).

Figure 3. Indicadores de inclusión productiva Colombia 2010 – 2018.

Indicadores	2010			2018		
	Urbano	Rural	Nacional	Urbano	Rural	Nacional
Pobreza monetaria*	33,3	49,7	37,2	24,2	36,0	26,9
Pobreza multidimensional*	23,5	53,1	30,4	11,4	36,6	17,0
Desempleo larga duración*	10,6	7,4	9,9	12,6	9,9 1	2,0
Trabajo informal*	77,7	92,5	80,9	67,9	90,9	72,7
Tasas de desempleo						
Nacional	12,7	8,5	11,8	10,6	5,1	9,5
Jóvenes	21,6	14,3	20,0	18,2	9,9	16,5
Mujeres	15,3	17,7	15,6	12,8	9,5	12,3
Tasa de ocupación	56,0	53,3	55,4	58,4	56,6	58,0
Tasa de subempleo objetivo	13,3	10,0	12,6	9,7	8,1	9,4
Tasa de informalidad	64,4	89,7	70,2	56,6	85,8	63,0

Fuente. Mintrabajo, 2018

A nivel nacional las tasas de pobreza monetaria y multidimensional se ubican en 26,9 % y 17,0% respectivamente, con una disminución significativa (entre 10 y 13 puntos porcentuales) entre 2010 y 2017.

El Departamento del Putumayo cuenta con un ente de control en materia laboral y se trata de la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo como máxima autoridad administrativa en asuntos relacionados con el sector trabajo.

Mediante el artículo 5 de la resolución No 2143 de 2014 se creó el grupo interno de trabajo de prevención, inspección, vigilancia, control y resolución de conflictos, encargado de adelantar en primera instancia las investigaciones y procesos administrativos sancionatorios en contra de empresas públicas por violación al sistema general de normas laborales, cuando se trate de tercerización laboral indebida.

En el departamento del Putumayo, existen diez hospitales públicos, encargados de la prestación del servicio esencial de salud. Como se mencionó, a la luz del artículo 194 de la Ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Existe también, propuestas de formalización laboral formuladas por parte de las Empresas Sociales del Estado ante el Ministerio del Trabajo, pero no se registra la suscripción de ningún acuerdo de formalización.

Generalmente, el recaudo económico de las E.S.E., depende de la venta de servicios de primer y segundo nivel de complejidad y la máxima autoridad la ejerce una junta directiva, integrada por representantes del estamento científico, usuarios y delgados de los entes territoriales, encargados de aprobar mediante acuerdos iniciativas de relevancia para la entidad como los acuerdos de formalización laboral, aprobaciones o adiciones al presupuesto.

En Putumayo, estas empresas han librado batallas importantes para evitar el riesgo financiero que cada año se convierte en un “verdugo” para la alta dirección, toda vez que el manejo inadecuado del presupuesto, puede generar retraso en el pago

oportuno de salarios y acreencias de proveedores.

El caso más relevante en la región, es el proceso de saneamiento fiscal y financiero que atraviesa la E.S.E. Hospital José María Hernández de la capital del Departamento, que lleva varios años impulsando una matriz de medidas para superar el proceso de saneamiento dispuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A continuación, se presenta un diagnóstico de las condiciones administrativas y financieras de las E.S.E., del departamento del Putumayo, durante las vigencias 2016 a 2021 como insumos para eventuales procesos de rediseño institucional acompañado de las actuaciones administrativas del Ministerio del Trabajo frente a la aplicación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Elementos que se tornar valiosos al momento de elaborar un estudio o justificación técnica para determinar la viabilidad financiera y jurídica de formalizar laboralmente a los trabajadores.

Tabla 1. Situación financiera, administrativa y sancionatoria administrativa de las Empresas Sociales del Estado Departamento del Putumayo.

ITEM	Empresa Social del Estado			Contratis- tas Asis- tenciales	Contratis- tas Adminis- trativos	Planta Asis- tencia- les	Planta Admi- nistrati- vos	Presupuesto 2021	Sanción por Terceri- zación e Intermedia- ción Labo- ral	Justifica- ción Téchni- ca	Valor Multa	Año	FL	Sanción en Firme
1	Hospital	Pio XII de	Colón	231	126	32	24	6.614.494.365	Si	Si	131.670.450	2020	0	Si
2	Hospital	José María	Hernández	360	131	78	28	25.922.496.376	Si	No	206.836.200	2016	0	Si
3	Hospital	San Gabriel	Arcángel	51	30	20	11	4.001.378.000	No	No			0	
4	Hospital	Jorge Julio	Guzmán	85	57	12	6	1.200.946.043	No	No			0	
5	Hospital	Alcides Jiménez		108	93	9	5	3.200.000.000	No	Si			0	

6	Hospital Local de Puerto Asís	259	129	37	15	26.163.281.852	No	No	0
7	Hospital de Orito	105	41	22	15	6.867.310.407	No	No	0
8	Hospital Sagrado Corazón de Jesús	146	104	25	8	8.329.956.000	No	No	0
9	Hospital Fronterizo La Dorada	272	148	4	6	3.544.223.406	No	No	0
10	Hospital María Angelines	126	76	23	12	6.290.606.000	No	No	0
TOTAL		1743	935	262	130	92.134.692.449			338.506.650

Fuente: Mintrabajo Putumayo 2021, Secretaría de Salud Departamental Putumayo 2021

9.2 Diagnóstico de las condiciones administrativas y financieras de las E.S.E., del departamento del Putumayo, durante las vigencias 2016 a 2021.

La información recolectada a través de la Secretaría de Salud Departamental del Putumayo y el Ministerio del Trabajo, dan cuenta de las difíciles situaciones en las que se ubican las Empresas Sociales del Estado, desde sanciones de tipo pecuniario por tercerización laboral indebida, procesos de saneamiento fiscal y financiero, riesgos financieros en sus diferentes niveles, sanciones fiscales por parte de órganos de control, falta en el pago de “honorarios” al personal asistencia durante meses, entre otros aspectos que valen la pena dar a conocer y que sirven de base para que los Gobernantes evalúen las competencias, calidades y requisitos de quienes van a estar al frente de la alta dirección en los hospitales públicos del Departamento.

Estas situaciones constituyen en realidad alarmas administrativas para evitar que los recursos públicos del sector salud tengan un destino diferente al que en principio tienen, es decir, la calidad en la prestación del servicio. Con ello el mejoramiento de las condiciones laborales de todos los trabajadores asistenciales, sean estos auxiliares de enfermería, enfermeras jefes, médicos y demás.

Se inicia entonces a realizar un recorrido desde la región del alto Putumayo de la siguiente manera:

9.2.1 E.S.E. Hospital Pio XII de Colón.

La E.S.E., Hospital Pio XII del Colón, presta servicios de II nivel de complejidad a la región del alto Putumayo conformada por los municipios de Santiago, Colón, Sibundoy y San Francisco con aproximadamente 38.145 habitantes según el DANE 2015 – 2019.

Para la vigencia fiscal 2021, el presupuesto estimado de la E.S.E., es de seis mil seiscientos catorce millones cuatrocientos noventa y cuatro mil trescientos sesenta y cinco pesos \$6.614.494.365.

Frente al personal contratado por prestación de servicios, se tiene que, de los 357 contratistas, 231 corresponde al personal asistencial, es decir el 64.7% y 126 al personal administrativo que representa el 35.3%. Sin embargo, frente al personal de nómina, 32 personas desarrollan actividades misionales que representan el 57% y 24 personas administrativas que corresponde al 43%. (Secretaría de Salud Departamento del Putumayo, 2021).

El Ministerio del Trabajo en el año 2.020 emitió la Resolución Nro. 032 del 11 de marzo, que sancionó con multa de 150 SMLMV equivalentes a ciento treinta y un millones seiscientos setenta mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$131.670.450) MCTE con destino al SENA por tercerización laboral indebida, por contratar a través de prestación de servicios las actividades misionales de carácter permanente. Prohibición consagrada en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010.

En el pronunciamiento se hace referencia a que la E.S.E., debe vincular a sus trabajadores que desarrollan labores misionales, con observancia del numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Es decir, a una planta de personal, con estricta garantía de los derechos laborales, constitucionales y prestacionales fijados por las altas cortes del país.

La Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, analizó y valoró jurídicamente las normas con los hechos probados y determino que sobre la interpretación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, ni los entes públicos ni las empresas privadas pueden encubrir las relaciones laborales caracterizadas por la subordinación a través de distintas modalidades de contratación o figuras que afecten derechos constitucional, laboral y prestacional como las cooperativas de trabajo asociado.

En el momento se encuentra a la espera para resolver los recursos de reposición y subsidio apelación, los cuales se fundamentan en que la Empresa Social del Estado Hospital Pio XII de Colón Putumayo suscribió contrato de prestación de servicios No 2018-11-IP166 de 01 de noviembre de 2018, con la Asociación Convivir cuyo objeto fue la “Estructuración de la Planta de Empleos Temporales para la E.S.E Hospital Pío XII de Colón, del cual se obtuvo el diagnóstico y análisis para el proceso de formalización

laboral del talento humano en salud que ejerce actividades misionales de carácter permanente”

Según la E.S.E., el estudio referido cumple con los requisitos de que trata el artículo 2.2.1.2.3 del Decreto 1083 de 2.015.

Se reitera que la justificación técnica y financiera que efectúen las Empresas Sociales del Estado con el ánimo de crear plantas de empleo de carácter temporal, que deberá contener como mínimo, la identificación de la entidad, análisis de la organización, análisis financiero y la viabilidad presupuestal, análisis de los servicios a prestar, análisis del personal requerido para el cumplimiento de la función, actividad o proyecto a desarrollar, teniendo en cuenta los compromisos surgidos por la venta de servicios, y el proyecto de manual de funciones y de competencias requerido para el desempeño del empleo.

Una vez elaborado el estudio o justificación técnica y financiera para la creación de la planta de empleo de carácter temporal de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá someterse a la aprobación de la respectiva junta directiva, la cual expedirá el acuerdo de creación, se presentará en el menor tiempo posible ante la junta directiva del Hospital el proyecto de acuerdo para la creación de la planta de empleos temporales, para su estudio y aprobación.

De esta manera, conviene precisar que el estudio técnico arrojó en su momento tres propuestas para la vinculación de los funcionarios, las cuales se relacionan a continuación, a saber:

Primera: Vinculación en vacante temporal de 10 personas, con una asignación básica mensual de dos millones cincuenta y dos mil ciento noventa y cuatro pesos (\$2.052.194); lo cual, proyectado a un año, suponía en sumas de dinero trescientos sesenta y seis millones ciento setenta y cuatro mil quinientos cuarenta y cuatro pesos (\$366.174.544).

Segunda: Vinculación en vacante temporal de 15 personas, con una asignación básica mensual de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000); lo cual proyectado a un

año suponía en sumas de dinero trescientos setenta y un millones trescientos veinte mil seiscientos cuarenta y cuatro pesos (\$371.320.644)

Tercera: Vinculación en vacante temporal de 22 personas, con una asignación básica mensual de un SMMLV, lo cual en sumas de dinero suponía proyectado a un año trescientos setenta y cinco millones seiscientos cuarenta mil setecientos cuarenta mil setecientos noventa y seis pesos (\$365.640.796).

Con esto y cada una de las actuaciones de la entidad realizadas en el curso de la investigación administrativa adelantada por el Coordinador del Grupo de Inspección Control y Vigilancia de la Dirección Territorial del Ministerio de Trabajo Putumayo, se demuestra el compromiso de la Entidad con miras a formalizar las actividades misionales de carácter temporal que desarrollan los trabajadores de la salud en la E.S.E., para lo cual se creará una planta de carácter temporal; alternativa prevista por el ordenamiento jurídico en el capítulo 2 del decreto 1083 de 2015.

Sin embargo, no se registra hasta el momento la suscripción de acuerdos de formalización laboral, ni la vinculación de personal contratado por prestación de servicios a una planta de personal.

Como petición especial la E.S.E solicitó un espacio de diálogo social para facilitar los trámites de la suscripción de acuerdo de formalización laboral de los trabajadores de la salud de la E.S.E. Hospital Pio XII de Colón, para efectos de definir cronograma para el cumplimiento de los compromisos. Hasta la fecha, los trabajadores asistenciales continúan vinculados a través de contratos de prestación de servicios con reiterados retrasos en los pagos de sus “honorarios”. Situación que ha tenido que ser resuelta por la Gobernación del Putumayo en varias oportunidades

9.2.2 E.S.E Hospital José María Hernández.

La E.S.E., Hospital José María Hernández, presta servicios de II nivel con complementos de III nivel de complejidad y es catalogado como el hospital de referencia en todo el Departamento del Putumayo por encontrarse ubicado en su capital Mocoa que cuenta con aproximadamente 58.938 según el DANE 2019.

Según información suministrada por la E.S.E., el presupuesto estimado para la vigencia fiscal 2021 es de veinticinco mil novecientos veintidós millones cuatrocientos noventa y seis mil trescientos setenta y seis pesos (\$25.922.496.376).

Frente al personal contratado por prestación de servicios, se tiene que, de los 491 contratistas, 360 corresponde al personal asistencial, es decir el 73% y 131 al personal administrativo que representa el 27%. Sin embargo, frente al personal de nómina, 78 personas desarrollan actividades misionales que representan el 73% y 28 personas administrativas que corresponde al 27%.

El Ministerio del Trabajo en el lapso comprendido entre los años 2016 a 2018 a través de la Coordinación del Grupo de Inspección, Vigilancia y Control, emitió la resolución Nro. 008 del 29 de enero de 2.016 mediante la cual se resolvió imponer a la Empresa Social del Estado Hospital José María Hernández transformada en E.S.E. mediante ordenanza No 089 de 1.995 por la Asamblea Departamental del Putumayo, multa de 300 SMLMV que para la época de los hechos equivalen a doscientos seis millones ochocientos treinta y seis mil doscientos pesos (\$206.836.200) Mda Cte; lo cuales debían consignarse a órdenes del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA por ser una entidad adscrita al Ministerio del Trabajo.

En esa oportunidad, se encontró que la E.S.E., para las vigencias 2.013 y 2.014 contrató las actividades misionales de carácter permanente a través del Sindicato Nacional de Profesionales de la Salud SINPROSALUD, transgrediendo de esta forma la prohibición contemplada en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

La E.S.E., realizaba prácticas de tercerización laboral ilegal al contratar a las auxiliares de enfermería, auxiliares de laboratorio, enfermeras jefes, médicos, odontólogos, bacteriólogos, entre otros; a través de un contrato sindical.

Frente a SINPROSALUD, la autoridad administrativa ordenó remitir el expediente a nivel central para continuar con la investigación por considerar que su domicilio era la ciudad de Bogotá.

La E.S.E., a través de apoderado el 22 de febrero de 2.016, presentó recurso de

reposición y subsidio apelación y la coordinadora del Grupo de IVC, mediante resolución No 050 del 19 de mayo de 2.016 los rechazó bajo el entendido de que el apoderado de la E.S.E., no se encontraba debidamente constituido, toda vez que fungió como Director Territorial del Ministerio del Trabajo durante los dos últimos años del momento en que se produce la decisión en contra la Entidad, además se sustenta en un concepto emitido por nivel central del Ministerio que refiere a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 1.474 de 2011, razón por la cual, el recurso no contaba con los requisitos establecidos en el artículo 78 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

Frente a esta situación, el apoderado de la E.S.E., presentó recurso de queja ante el superior del Coordinador del Grupo de IVC, es decir ante el Director Territorial del Putumayo del Ministerio del Trabajo quien mediante resolución No 074 del 18 de agosto de 2.016, consideró que debía concederse los recursos, toda vez que la supuesta inhabilidad o incompatibilidad no aplicaba para el caso, pues el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011 establece una prohibición para que los ex servidores públicos gestionen intereses privados.

Una vez concedido el recurso de apelación, se encuentra que la E.S.E., defiende el contrato sindical, bajo el argumento de que esta figura se ampara en el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo el cual expresa que es aquel que celebran uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados.

Por su parte, la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, sostuvo que el contrato sindical es de naturaleza civil, pero su conocimiento pertenece a la legislación laboral y, tiene como finalidad garantizar la participación de los sindicatos en la gestión de las empresas y en la promoción del trabajo colectivo.

En esa oportunidad, la Autoridad Administrativa, sostuvo que la Ley permite a los sindicatos celebrar contratos sindicales, con observancia de las garantías mínimas de los trabajadores. De la misma manera, la norma que regula el contrato sindical, señala que es un acuerdo de voluntades Colectivo-laboral, donde las partes contratantes están

sujetas a no desbordar los límites legales establecidos por el legislador.

Más adelante sostiene que a los contratos sindicales, le son aplicables, la duración, la revisión y la extinción, como se les aplica a los contratos de trabajo. Sus objetivos, son los de mejorar los ingresos para los afiliados a la organización promoviendo el bienestar social, brindar participación activa a los sindicalizados en el desarrollo y sostenibilidad de las empresas, promover el trabajo colectivo, crear confianza y transparencia en las relaciones de la empresa o empleador con los sindicatos y sus afiliados, y ser aliados en la productividad y la calidad.

En ese momento, es oportuno mencionar algunas precisiones sobre el contrato sindical, como por ejemplo: intervienen el empresario-empleador y la organización sindical; las personas que se afilian al sindicato para prestar sus servicios o realizar las obras encomendadas a través de dicho contrato, se denominan afiliados participes; los afiliados participes que están bajo la modalidad del contrato sindical no tienen un contrato de trabajo con la organización sindical, porque no existe el elemento esencial de la subordinación propio del contrato de trabajo.

El Consejo de Estado, ha dicho que en el Contrato Sindical, el afiliado partícipe, durante la ejecución del contrato, compone el sindicato y se encuentra en un plano de igualdad con este frente a la distribución de los ingresos provenientes del contrato, al punto que recibe compensaciones y son sujetos de ciertas deducciones, las cuales para todos sus efectos se asimilan al concepto de salario, de acuerdo con lo definido en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA, Radicado: 11001-03-27-000-2015-00039-00 [21825] Demandantes: Andrés Echeverry Gaviria (Acumulado)).

Más adelante, la autoridad administrativa a través del Director Territorial del Ministerio del Trabajo en Putumayo, sostuvo que, si bien es cierto, el contrato sindical es válido en Colombia, éste no puede utilizarse para realizar prácticas de tercerización laboral ilegal, es decir, que la utilización del contrato sindical sea para ocultar verdaderas relaciones laborales.

Se recuerda entonces, que la Ley 1429 de 2.010, en su artículo 63, prohíbe a cualquier entidad pública o privada contratar con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, para realizar actividades misionales permanentes, sin embargo, esta norma también prohíbe que una empresa realice la actividad de intermediación laboral indebida o realicen tercerización bajo cualquier modalidad contractual para realizar actividades misionales permanentes, vulnerando las garantías o derechos laborales y de seguridad Social.

Sobre la interpretación del artículo 63 de la 1429 de 2.010, la Corte Constitucional en sentencia C- 990 de 2.011, manifestó “que de las distintas intervenciones que se presentaron, así como de la literalidad de la norma acusada y el sentido de la misma, la Sala encuentra que el artículo 63 del que hace parte el párrafo acusado, se refiere a los siguientes aspectos”

El primer inciso establece “la prohibición para entidades públicas y privadas de contratar mediante cooperativas de trabajo asociado o cualquier otro modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales, a quienes deben desarrollar las actividades misionales permanentes de la respectiva entidad”.

Como se puede observar, una empresa vulnera la prohibición consagrada en el inciso primero artículo 63 ibídem, cuando se dan estos dos requisitos: i) Que el personal hay sido contratado para realizar actividades misionales permanentes. ii) Que en el desarrollo de esta relación contractual se vulneren o afecten derechos Constitucionales, legales y prestaciones del personal utilizado para cumplir el contrato.

Es por ello que la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo Putumayo, encontró que la E.S.E., Hospital José María Hernández de Mocoa, suscribió con el Sindicato Nacional de Profesionales de la Salud, contratos sindicales y se evidenció que los objetos de los contratos se refieren a actividades que son propias e inherentes al objeto del Hospital, cuyo objeto es la prestación del servicio de primero y segundo nivel.

La discusión probatoria no se circunscribe entonces a si el Hospital contrató actividades misionales de carácter permanente a través de los contratos sindicales, sino si las E.S.E.S., están autorizadas para hacer este tipo de contrataciones.

Se insiste en que si bien, el artículo 63 de la ley 1429 del 2.010, prohíbe en principio vincular al personal requerido en toda institución y/o empresa pública o privada para el desarrollo de actividades misionales permanentes a través de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, a renglón seguido el mismo artículo extiende la prohibición a cualquier modalidad de vinculación que afecte derechos constitucionales, legales y prestacionales.

Por lo tanto, el contrato sindical, como modalidad de vinculación, cuando sea utilizado como una forma de ocultar una intermediación para desarrollar actividades propias del giro ordinario está menguando derechos de los trabajadores.

Ahora bien, en relación con el concepto Nro. 042578 del 22 de marzo de 2.012, emitido conjuntamente por el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Protección Social condiciona a las Empresas Sociales del Estado para utilizar cualquier forma de vinculación de las enumeradas anteriormente, sí y solo sí, la naturaleza del objeto a contratar así lo permite, porque el mismo concepto restringe la utilización de las medidas transitorias a los lineamientos de la Corte Constitucional en la Sentencia C-614 de 2.009, la cual en su ratio decidendi lo que hace es definir los criterios que del concepto de función permanente que sumada a la prestación de servicios personales, subordinación y salario resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral o prestación de servicios.

En la actividad irregular desarrollada por la E.S.E Hospital José María Hernández, se valió de un tercero como el caso de la organización sindical SINPROSALUD, convirtiéndolo en actor directo y coparticipe de la transgresión de la norma laboral ya descrita.

La Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo Putumayo concluyó lo siguiente:

1. La ESE Hospital José María Hernández incurrió en la conducta endilgada en la

formulación de cargos por cuanto contrató la realización de actividades misionales permanentes a través de Contratos Sindicales sucesivos con la Organización Sindical SINPROSALUD.

2. Quedó plenamente demostrado en el plenario que los afiliados trabajadores no prestan su servicio de manera independiente y con libertad de ejecución; por el contrario, se demostró la subordinación a la E.S.E Hospital José María Hernández, puesto que de ésta se emiten órdenes, turnos, entre otros.

3. Las actividades desarrolladas por los afiliados trabajadores a favor de la E.S.E Hospital José María Hernández de Mocoa, corresponden a actividades misionales permanentes y su vinculación de personal afecta de alguna manera los derechos constitucionales, legales y prestacionales, pues como se anotó anteriormente, en el contrato sindical no existe propiamente una relación laboral entre los afiliados trabajadores y la organización sindical lo que sin duda hace que no se tenga derecho a percibir prestaciones sociales, recargos y demás, constituyendo una violación a los derechos legales, prestacionales y constitucionales de estos afiliados trabajadores (Resolución No 074 del 18 de agosto de 2016 de la Dirección Territorial Putumayo del Ministerio del Trabajo “Por medio de la cual se concede un recurso”. Oscar Javier Escobar Bravo – Director Territorial).

Finalmente, la autoridad administrativa confirmó en todas sus partes la Resolución No 008 del 29 de enero de 2016, mediante la cual se profiere fallo de primera instancia dentro de la actuación administrativa adelantada en contra de la E.S.E Hospital José María Hernández de Mocoa Putumayo, que impuso multa de 300 S.M.L.M.V., equivalentes a la suma de doscientos veintiún millones trescientos quince mil cien pesos (\$221.315,100) mda cte, por infringir el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

La multa, debía ser pagada a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, quien mediante auto No 003 del 06 de septiembre de 2019 avocó conocimiento de los hechos y libró mandamiento de pago de la obligación a cargo de la E.S.E Hospital José María Hernández.

Hasta la fecha, se tiene conocimiento de que la multa impuesta no ha sido pagada por parte de la E.S.E., tampoco cobrada por parte del SENA.

9.2.3 E.S.E Hospital San Gabriel Arcángel

La E.S.E., Hospital San Gabriel Arcángel del municipio de Villagarzón, presta servicios de primer nivel de complejidad a aproximadamente 21.134 (DANE 2015) habitantes, se encuentra ubicado a 20 minutos de distancia de la capital del Putumayo (Mocoa).

Para la vigencia fiscal 2021, según la Secretaría de Salud Departamental del Putumayo, el presupuesto de la E.S.E., es de cuatro un mil millones trescientos setenta y ocho mil pesos (\$4.001.378.000) mcte.

Frente al personal vinculado a través de contratos de prestación de servicios, 51 corresponden al personal asistencial y 30 administrativos que representan al 63% y 37% respectivamente. Con el personal de nómina, 20 son asistenciales y 11 administrativos, que corresponden al 64.5% y 35.5% respectivamente.

Ésta E.S.E., no ha sido objeto de sanción por parte del Ministerio del Trabajo, sin embargo, se encuentra dentro de un proceso administrativo sancionatorio por presunta violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, es decir por tercerización laboral ilegal, toda vez que el personal asistencial se encuentra vinculado a través de contratos de prestación de servicios.

A la fecha no se registra acuerdo de formalización laboral. Lo que significa, que ésta práctica continúa presentándose.

9.2.4 E.S.E Hospital Jorge Julio Guzmán

La E.S.E., Hospital Jorge Julio Guzmán, del municipio de Puerto Guzmán, que presta servicios de primer nivel de complejidad a aproximadamente 23.699 (DANE 2015) habitantes, se encuentra ubicado a 2 horas de la capital del Putumayo.

Para la vigencia fiscal 2.021, según la Secretaría de Salud Departamental del

Putumayo, el presupuesto aprobado fue de mil doscientos millones novecientos cuarenta y seis mil cuarenta y tres pesos (\$1.200.946.043) mcte.

Respecto al personal contratista, de las 142 personas, 85 son asistenciales y 57 administrativos, que representan el 60% y 40% respectivamente.

Ésta E.S.E., no ha sido objeto de sanción por parte del Ministerio del Trabajo y no se encuentra incurso en algún proceso administrativo sancionatorio por violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010. Es decir, por tercerización laboral ilegal, toda vez que el personal asistencial se encuentra vinculado a través de contratos de prestación de servicios.

A la fecha no se registra acuerdo de formalización laboral. Lo que significa, que ésta práctica continúa presentándose.

9.2.5 E.S.E Hospital Alcides Jiménez

La E.S.E., Hospital Alcides Jiménez, del municipio de Puerto Caicedo, que presta servicios de primer nivel de complejidad a aproximadamente 23.699 (DANE 2015), se encuentra ubicado a 1 hora y 30 minutos de la capital del Putumayo.

Ésta E.S.E., fue objeto de un proceso administrativo sancionatorio por violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010 por parte del Ministerio del Trabajo.

Desde el año 2018, la Entidad presentó justificación técnica ante el Ministerio del Trabajo para determinar la viabilidad financiera de suscribir un acuerdo de formalización laboral, esto es, la creación de una planta de carácter temporal a la luz de Decreto 1376 de 2.014 que reglamenta los mecanismos de estructuración de las plantas de empleos de carácter temporal y los acuerdos de formalización laboral en las Empresas Sociales del Estado.

La propuesta consiste en formalizar laboralmente a 33 trabajadores de la salud (auxiliares de enfermería) que vienen vinculados a través de contratos de prestación de servicios de forma gradual así:

Tabla 1. Trabajadores sin formalizar actualmente.

Ítem	Año	Trabajadores Formalizados
1	2019	3
2	2020	6
3	2021	10
4	2022	14
Total		33

Fuente: E.S.E José Alcides Jiménez, 2021

La justificación técnica que la Empresa Social del Estado Alcides Jiménez del municipio de Puerto Caicedo Putumayo no se encuentra categorizada en riesgo financiero alguno según resolución No 2249 de 2.018 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social para la vigencia 2018

Lo anterior, sugiere que su condición de mercado es estable, cuenta con equilibrio y viabilidad financiera para adoptar medidas administrativas tendientes a la vinculación en empleos temporales del personal misional que desarrolla actividades permanentes, en los términos y condiciones señalados en la Ley 909 de 2.004 y el Decreto 1376 de 2.014 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Las gráficas financieras de ingresos por venta de servicios de la E.S.E reflejan un incremento anual del 10% frente a la vigencia 2.017.

Se tiene entonces que es viable financieramente que la Empresa Social del Estado Alcides Jiménez del municipio de Puerto Caicedo Putumayo la vinculación formal de personas que desarrollan actividades misionales de carácter permanente contratadas a través de prestación de servicios en un 10% frente a la nómina de personal por cada vigencia fiscal hasta cumplir el 100% del personal misional formalizado.

La conversión del 10% del personal asistencial vinculado por prestación de servicios, según el incremento por cada vigencia fiscal, se determina según la siguiente ecuación:

Figure 4. Ingresos por venta de servicios.

$$\begin{array}{ccccccc}
 & 100\% & & 33 \text{ contratistas asistenciales} & \rightarrow & 10\% \times 33 & \rightarrow & 3.3 \\
 \begin{array}{c} 100\% \\ \times \\ 10\% \end{array} & & X & & & \hline & & & & & 100\% & &
 \end{array}$$

Fuente. Elaboración propia

Por aproximación matemática el 3.3 se ajustará a (03). Lo que sugiere que por cada vigencia fiscal se pueden formalizar como mínimo tres (03) personas hasta completar el 100% de trabajadores de la salud formalizados” (Propuesta de Formalización Laboral E.S.E. Hospital Alcides Jiménez de Puerto Caicedo Putumayo 2018).

Para la vigencia fiscal 2.021, la Entidad cuenta con un certificado de disponibilidad presupuestal por la suma de treinta y un millones ciento cincuenta y tres mil setecientos veintiséis pesos \$31.153.726, según información recaudada del área de

presupuesto de la Entidad.

La Entidad, presentó ante la Junta Directiva de la E.S.E., el respectivo acuerdo para la creación de una planta de carácter temporal, con un manual específico de funciones y competencias laborales, el cual fue aprobado por todos los miembros del máximo órgano. El próximo paso es la suscripción del Acuerdo de Formalización Laboral con el Ministerio del Trabajo Territorial Putumayo.

Figure 5. Acuerdo Junta Directiva E.S.E Alcides Jiménez.

Que producto del estudio y justificación técnica-financiera, la E.S.E, cuenta con el certificado de disponibilidad presupuestal Nro. 0336 del 17 de Junio de 2021 – Rubro Presupuestal – 2.1.2.01.02 – Sueldo Personal Temporal – Área Asistencia – Fuente Ingresos Corrientes por valor de TREINTA Y UN MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$31.153.726).

Que en mérito de lo expuesto,

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: CREACIÓN PLANTA DE EMPLEO TEMPORAL:
Créase en la Empresa Social del Estado Hospital Alcides Jiménez del municipio de Puerto Caicedo Putumayo una planta de empleo de carácter temporal de acuerdo al estudio y justificación técnica elaborado para tal efecto para la vinculación del personal asistencial que desarrolla actividades de carácter permanente.



ÍTEM	DENOMINACIÓN	CÓDIGO	SALARIO AJUSTADO IPC	NÚMERO DE EMPLEOS	VIGENCIA FISCAL SEGÚN ESTUDIO
1	Auxiliar área salud (Salud familiar y comunitaria)	Determinado por el Manual de Funciones y Competencias Laborales	\$828.116	3	2019
2	Auxiliar área salud (Salud familiar y comunitaria)	Determinado por el Manual de Funciones y Competencias Laborales	SMLMV	6	2020

E.S.E HOSPITAL
ALCIDES JIMÉNEZ
Calle 100 No. 1000-1000

3	Auxiliar área salud (Salud familiar y comunitaria)	Determinado por el Manual de Funciones y Competencias Laborales	SMLMV	10	2021
4	Auxiliar área salud (Salud familiar y comunitaria)	Determinado por el Manual de Funciones y Competencias Laborales	SMLMV	14	2022

PARÁGRAFO 1: La vinculación del personal a la planta de empleo temporal, deberá sujetarse inicialmente al procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004. En caso de no existir lista de elegibles, el empleo deberá ser provisto, de manera preferencial, con el personal que reúna los requisitos y que esté desarrollando mediante una forma de vinculación diferente, tales funciones, actividades o proyecto.

PARÁGRAFO 2. El nombramiento en un empleo temporal deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración conforme a la disponibilidad presupuestal, y el tiempo de vinculación de los servidores en dichos empleos se determinará en función de la necesidad de la Empresa Social del Estado.

PARÁGRAFO 3. La vinculación del personal asistencial, se hará inicialmente conforme se encuentra proyectado para la vigencia fiscal 2019 según justificación técnica, es decir, para el año 2021-2 se vincularán tres (03) auxiliares del área de la salud y sucesivamente según el artículo primero del presente acuerdo y su duración será de acuerdo a la necesidad del servicio y la disponibilidad presupuestal.

Fuente: E.S.E Alcides Jiménez de Puerto Caicedo Putumayo.

Figure 6. Manual de Funciones – Planta Temporal E.S.E Alcides Jiménez.

 E.S.E HOSPITAL ALCIDES JIMÉNEZ E.S.E Hospital Alcides Jiménez	E.S.E HOSPITAL ALCIDES JIMÉNEZ NIT. 846.001.669-0	Código: SGC-M-001
	MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES PLANTA DE EMPLEO TEMPORAL	Versión: 01
		Página: 7 de 7

I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel	Asistencial
Denominación del Empleo	Auxiliar Área de la Salud - Auxiliar de Enfermería
Código	412
Grado	
Carácter del Empleo	Libre Nombramiento y Remoción
Nro. De Cargos	33
Dependencia	Área Asistencial o Misional
Jefe Inmediato	Subgerente General
II. ÁREA FUNCIONAL - UNIDAD FUNCIONAL ASISTENCIAL	
III. PROPOSITO PRINCIPAL	
Ejecutar labores auxiliares de cuidado del paciente propias de enfermería como apoyo al proceso de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación del paciente y todo lo relacionado con el servicio de urgencias y hospitalización.	
IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	
1.	Realizar acciones de enfermería según nuestro nivel de complejidad, las normas adoptadas en la empresa y los derechos de los pacientes.
2.	Instruir al paciente y a la familia en el proceso de recuperación.
3.	Preparar al paciente y colaborar en los medios de diagnóstico y tratamientos especiales.
4.	Realizar acciones educativas sobre aspectos básicos de salud.
5.	Custodiar y garantizar la reserva de la historia clínica.
6.	Realizar las notas pertinentes en las historias clínicas.
7.	Realizar demanda inducida en los programas de promoción y mantenimiento que existen en la Empresa.

Fuente: E.S.E Alcides Jiménez de Puerto Caicedo Putumayo.

Esta situación sin duda representa un gran avance en materia del respeto y garantía por los derechos laborales de los trabajadores de la salud en éste departamento; toda vez que sería el primer hospital público en la región en apostarle a la formalización laboral como herramienta de dignificación del empleo.

Ello significa que la elaboración de los estudios técnicos, son útiles y necesarios en toda Empresa Social del Estado, toda vez que constituyen un el insumo esencial para determinar la viabilidad de formalizar laboralmente a sus trabajadores.

La entidad, para la misma vigencia, aprobó un presupuesto de tres mil doscientos millones de pesos \$3.200.000.000 y según la Secretaría de Salud Departamental del Putumayo, de las 201 personas vinculadas a través de contrato de prestación de servicios, 108 son asistenciales y 93 administrativos, que corresponden al 53.7% y 46.3% respectivamente. Frente al personal de nómina, se tiene que 9 personas desarrollan actividades asistenciales y 5 administrativos, que corresponden al 64.3% y 35.7% respectivamente.

9.2.6 E.S.E Hospital Local

La E.S.E., Hospital Local del municipio de Puerto Asís, presta servicios de primer nivel y complementario de segundo nivel de complejidad a aproximadamente 67.893 (DANE 2018) habitantes y se encuentra ubicada a dos horas de la capital del Putumayo.

Esta E.S.E., es la única que se encuentra adscrita al municipio, en este caso a Puerto Asís y para los años 2.016 – 2.018 fue objeto de un proceso administrativo sancionatorio por parte del Ministerio del Trabajo por presunta violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, en este caso por vincular al personal misional que desarrolla actividades permanentes a través de una organización sindical. Similar a lo ocurrido con la E.S.E., Hospital José María Hernández de Mocoa para el año 2.016.

Se conoce que presentó propuesta de formalización laboral que consistía en vincular 5 auxiliares de enfermería de forma gradual cada año por el término de 5 años.

Hasta el momento no existe fallo sancionatorio ni acuerdo de formalización laboral.

Según la Secretaría de Salud Departamental, el presupuesto de la E.S.E., para la vigencia fiscal 2021 corresponde a veintiséis mil ciento sesenta y tres millones doscientos ochenta y un mil ochocientos cincuenta y dos pesos (\$26.163.281.852).

Frente al personal vinculado por prestación de servicios para esta misma vigencia, corresponde a 369 contratistas, de los cuales 240 son asistenciales y 129 corresponden a administrativos; cuenta con 50 servidores públicos de los cuales 35 son

asistenciales y 15 administrativos.

9.2.7 E.S.E Hospital de Orito

La E.S.E., Hospital de Orito, del municipio de Orito presta servicios de primer nivel de complejidad a aproximadamente 52.580 habitantes (DANE 2015), se encuentra ubicado a 2 horas del municipio de Puerto Asís y 3 horas de la capital del Putumayo.

Se registra un proceso administrativo sancionatorio por parte del Ministerio del Trabajo por presunta violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, es decir, por vincular al personal asistencial a través de contratos de prestación de servicios.

Hasta la fecha no existe fallo sancionatorio, sin embargo, se ha suscrito acta de socialización de acuerdos de formalización laboral de fecha 11 de junio de 2020, entre Mintrabajo y la alta dirección de la E.S.E.

Según la Secretaría de Salud Departamental del Putumayo, de los 146 contratistas de prestación de servicios, 105 son asistenciales y 41 administrativos, que corresponden al 72% y 28% respectivamente. Frente a la planta de personal, de los 37 funcionarios, 22 desarrollan actividades misionales y 15 administrativas, que corresponden al 60% y 40% respectivamente.

9.2.8 E.S.E Hospital Sagrado Corazón de Jesús

La E.S.E, Hospital Sagrado Corazón de Jesús, del municipio del Valle del Guamuez presta servicios de primer nivel de complejidad a aproximadamente 51.842 (DANE 2015) habitantes y se encuentra a 4 horas por vía terrestre de la capital del Putumayo.

Se conoce que estaba incurso un proceso administrativo sancionatorio por violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010 por vincular al personal asistencial a través de contratos de prestación de servicios.

En el año 2019, la Entidad logró realizar una justificación técnica para determinar la viabilidad de crear una planta de carácter temporal para el personal asistencial toda

vez que no se encuentra categorizada en riesgo financiero alguno según resolución No 2249 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Esto sugiere que su condición de mercado es estable, cuenta con equilibrio y viabilidad financiera para adoptar medidas administrativas tendientes a la vinculación en empleos temporales del personal misional que desarrolla actividades permanentes, en los términos y condiciones señalados en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1376 de 2014 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

La gestión financiera de ingresos por venta de servicios de la E.S.E reflejan un incremento anual de las vigencias 2016 a 2018 del 3%. Sin embargo, se desconoce las razones por las cuales no se suscribió acuerdo de formalización laboral con el Ministerio del Trabajo si contaba con una viabilidad técnica y financiera para hacerlo.

Para la vigencia fiscal 2021, la Secretaría de Salud Departamental del Putumayo informa que el presupuesto de la E.S.E., es de ocho mil trescientos veintinueve millones novecientos cincuenta y seis mil pesos \$8.329.956.000.

Frente al personal asistencial, se tiene que, de las 250 personas vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, 146 son asistenciales y 104 administrativos que corresponden al 58.4% y 41.6% respectivamente.

La planta de personal sugiere que, de los 33 funcionarios, 25 son asistenciales y 8 administrativos que representan el 75.7% y 24.3% respectivamente.

9.2.9 E.S.E Hospital Fronterizo la Dorada

La E.S.E., Hospital Fronterizo la Dorada del municipio de San Miguel, presta servicios de primer nivel de complejidad a aproximadamente 26.551 (DANE 2015) habitantes y se encuentra a 5 horas de la capital del Putumayo por vía terrestre. No se registra información sobre procesos administrativos sancionatorios por parte del Ministerio del Trabajo por tercerización laboral ilegal.

Para la vigencia fiscal 2021, la Secretaría de Salud Departamental del Putumayo, informa que el presupuesto aprobado para la E.S.E., es de tres mil millones quinientos

cuarenta y cuatro mil doscientos veintitrés mil cuatrocientos seis pesos \$3.544.223.406. Frente al personal contratado a través de prestación de servicios, de los 420 contratistas, 272 son asistenciales y 148 administrativos, que representan el 64.7% y 35.3% respectivamente. En relación a la planta de personal, de los 10 funcionarios, 6 son asistenciales y 4 administrativos, que constituye el 60% y 40% respectivamente.

9.2.10 E.S.E Hospital María Angelines

La E.S.E., Hospital María Angelines del municipio de Puerto Leguizamo presta servicios de segundo nivel de complejidad a aproximadamente a 15.445 habitantes (DANE 2015) y se encuentra ubicado a 1 hora por vía aérea de la capital del Putumayo.

Para las vigencias fiscales 2016 – 2018 la E.S.E., no contaba con procesos administrativos sancionatorios por parte del Ministerio del Trabajo, toda vez que había vinculado a la planta de personal a algunos trabajadores de la salud.

Para la vigencia fiscal 2021, según la Secretaría de Salud Departamental del Putumayo, el presupuesto aprobado para la E.S.E., es de seis mil doscientos noventa millones seiscientos seis mil pesos (\$6.290.606.000).

En relación al personal vinculado a través de contrato de prestación de servicios, de los 202 contratistas, 126 son asistenciales y 76 administrativos, que representan el 62.3% y 37.7% respectivamente. Frente a la planta de personal, de los 35 funcionarios, 23 son asistenciales y 12 administrativos, que corresponden al 65.7% y 34.3% respectivamente.

10.CAPITULO III

10.1 Riesgos y responsabilidades de la informalidad laboral en las Empresas Sociales del Estado

En Colombia, por regla general todas las personas son responsables de sus actos, sobre este aspecto la Constitución Política contempla en su artículo 6 que los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Esto quiere decir que los servidores públicos por el carácter que los reviste tienen responsabilidades superiores a los particulares, ante la sociedad y ante el Estado, en efecto los particulares se centran en que la responsabilidad de un servidor público se limita al tema penal, mientras que el conocedor del derecho tiene una visión más amplia incluyendo lo penal y disciplinario. No obstante, muy pocos abarcan la responsabilidad "Fiscal" del servidor público.

Existen riesgos y responsabilidades que se pueden generar cuando en una Empresa Social del Estado se transgrede el artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, es decir, cuando para el desarrollo de actividades misionales de carácter permanente o para el ejercicio de funciones públicas, al alta dirección, vincula al personal de salud a través de modalidades de contratación que afectan derechos constitucionales y prestacionales; por ejemplo los contratos de prestación de servicios, contratos sindicales o a través de las figuras de tercerización laboral indebida.

Si bien es cierto, el sector informal de la economía, constituye un alto índice de fuentes de trabajo y generación de ingresos; sin embargo, tratándose de Empresas Sociales del Estado, la norma ha consagrado prohibiciones para salvaguardar los intereses de los trabajadores que desarrollan actividades misionales de carácter permanente y evitar el despliegue de conductas de quienes ostentan una posición dominante que afecten las relaciones de trabajo.

Conductas disciplinarias, penales e inadecuadas actuaciones administrativas que

terminan afectando derechos constitucionales y prestacionales de los trabajadores y menoscabando el patrimonio de la Entidad de salud, con sanciones judiciales y/o administrativas.

10.2 Utilización antijurídica del contrato de prestación de servicios como riesgo administrativo

Como regla general, el contrato de prestación de servicios, es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal y que no genera prestaciones sociales, toda vez que no es una relación laboral.

El contrato de prestación de servicios, se convierte en contrato realidad cuando comulgan los tres elementos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral.

Al suscribir un contrato, independientemente de la denominación, se crea una relación caracterizada por los elementos propios de un contrato de trabajo, de acuerdo con la ley y con base en la Constitución, es posible deducir las consecuencias salariales y prestacionales que se reconocen a toda persona que se encuentre en la misma situación.

En el sector público como el privado, se aplica el principio del contrato realidad y si cualquier empresa del sector salud, independientemente de la naturaleza que tenga, acude a la figura del contrato de prestación de servicios tratando de ocultar una relación de trabajo y así reducir sus costos de operación, en caso de ser demandada quedará obligada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas.

La Corte Constitucional, al referirse a las implicaciones que tiene para el Estado la distorsión del contrato de prestación de servicios y la generación irregular a través de él de relaciones laborales, expresó “que se vulnera el régimen laboral al vincular a servidores públicos con desconocimiento de las normas que rigen el ingreso a la función pública y se propicia tratamientos salariales y prestacionales distintos a los establecidos en la norma”.

“Se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal. Se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas” (Corte Constitucional de Colombia) (Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-094 de 2003 MP Jaime Córdoba Triviño - Contratos de prestación de servicios con el Estado).

Como se ha advertido, recurrir a prácticas indebidas o abusar de figuras legales para ocultar relaciones laborales, en el desarrollo de actividades de carácter permanente, constituye un riesgo administrativo para la Empresa Social del Estado, a la luz del principio de la “primacía de la realidad sobre la forma”, para proteger a la parte menos favorecida en la relación laboral, es decir, su fin es lograr el trato justo y equitativo en la misma.

El principio de la primacía de la realidad es aquel por el cual, en caso de controversia entre lo que realmente ocurre y lo que se ha plasmado en documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con éste principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde por parte del Juez laboral.

Entrando en el sector salud, si bien no existe normativa que permita laborar por el sistema de turnos, en atención a algunas actividades, como es el caso del personal asistencial, es necesario que exista continuidad en la prestación del servicio, por el simple hecho de tratarse de un servicio esencial y por lo tanto es viable adecuar la jornada laboral de los empleados públicos, que es de 44 horas semanales.

En este entendido, para que se cumpla de manera ininterrumpida las jornadas diurnas, nocturnas y mixtas, se debe respetar en primer lugar, el derecho al descanso, que además se encuentra íntimamente ligado a la dignidad de los trabajadores y es indispensable para la recuperación de la fuerza física y la destinación de un tiempo para el campo personal del servidor y por otro lado.

En el mismo sentido, deber respetarse el derecho al reconocimiento del tiempo suplementario a la jornada laboral, desempeñado por los trabajadores en el ejercicio de su empleo, de conformidad con las normas establecidas sobre la materia (Decreto 1042 de 1978), cuando a ello hubiere lugar.

En las Empresas Sociales del Estado, el personal asistencial, que prestan directamente los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como a los servicios paramédicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, conducentes a conservar o restablecer la salud de los pacientes, desarrolla sus actividades a través del sistema de “turnos”, como garantía en la prestación del servicio de salud, los cuales implican que el ingreso y salida de su trabajo, por lo general se encuentra enmarcado en un lapso de máximo doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas. Así se estableció en el artículo 2 de la Ley 269 de 1.996.

Lo anterior, sugiere que el personal asistencial, en aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, debe cumplir un horario de trabajo y la norma mencionada ha establecido una jornada máxima.

Las Empresas Sociales del Estado que continúan vinculando al personal asistencial, a través de modalidades de contratación que afectan derechos constitucionales y prestacionales diseñan por lo general un sistema de turnos para la prestación del servicio para llevar un control del personal que garantizará la prestación del servicio durante determinados días, semanas o meses.

Dicho sistema, a la luz del Derecho Laboral puede constituir un medio de prueba para determinar la existencia de un contrato realidad; como también, los documentos que hacen parte del proceso de atención inicial en salud, es decir, si un usuario del sistema de salud ingresa por el servicio de urgencias, se realiza un registro de admisión por parte de un facturador quien verifica si la persona se encuentra activa en las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB) y se registra en un documento el nombre y apellido del facturador, la fecha y hora del ingreso.

En segundo lugar, para efectos de la clasificación del grado de la urgencia del usuario, a través del proceso del TRIAGE por parte del auxiliar de enfermería, enfermera jefe o médico según el nivel de complejidad de la Entidad Hospitalaria. Igualmente se documenta el proceso con los datos personales del trabajador de la salud, la fecha y hora de atención.

Por último, el usuario es atendido por un médico de urgencia quien determina a través de la historia clínica en la cual se consigna todos los procesos, procedimientos, análisis y diagnósticos referentes al motivo de consulta del paciente, realizado por cada uno del personal asistencial responsable de la atención.

Es importante mencionar que el sistema de información de la historia clínica está regulado bajo parámetros de seguridad personalizados por cada profesional de salud mediante el uso de credenciales de usuario y contraseña.

Frente al elemento de la remuneración, le corresponde al actor, en este caso al trabajador de la salud demostrar que por la prestación personal del servicio, independientemente de la figura que se utilice para su vinculación, percibe unos ingresos económicos a título de remuneración, así los denominen como salario, bonificación, contraprestación, honorarios, emolumentos, entre otros.

Para ello basta con aportar la orden de pago que emite la oficina de tesorería de la Entidad, en dónde se registra el nombre del beneficiario, fecha y concepto de pago, como también el acto jurídico de vinculación, que podría ser el contrato de prestación de servicios, acompañado del certificado de disponibilidad y registro presupuestal.

El elemento de la subordinación se encuentra dada por las órdenes que emiten los jefes inmediatos en representación de la Entidad, sean verbales o escritas.

Para el autor, la utilización antijurídica del contrato de prestación de servicios para el desarrollo de actividades permanentes o el ejercicio de funciones públicas, constituye un riesgo administrativo para la entidad que abusa de ésta figura, toda vez que se expone a en su gran mayoría a ser condenada por el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidad o contrato realidad y al pago de todas las

prestaciones legales al trabajador de la salud.

A continuación, se muestra el comportamiento jurisdiccional que se presenta en las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Putumayo frente a las demandas que han instaurado personas que prestaron sus servicios de manera permanente a los hospitales públicos.

Figure 7. Información del Sistema de Información Hospitalaria.

ITEM	E.S.E	Municipio	Demanda Ordinaria Laboral	Valor Pretensión	Demanda Ejecutiva	Valor Pretensión	Nulidad y Restablecimiento del Derecho	Valor Pretensión
1	Hospital Pio XII de Colón	Santiago, Colón, Sibundoy, San Francisco	0		0	0	1	\$ 20.000.000
2	Hospital José María Hernández	Mocoa	0		0	0	14	\$ 2.247.842.500
3	Hospital San Gabriel Arcángel	Villagarzón	0		0	0	0	0
4	Hospital Jorge Julio Guzmán	Puerto Guzmán	0		0	0	1	\$ 358.877.447
5	Hospital Alcides Jiménez	Puerto Caicedo	0		0	0	0	0
6	Hospital Local de Puerto Asís	Puerto Asís	2	\$ 120.000.000	0	0	7	\$ 840.912.714
7	Hospital de Orito	Orito	1	\$ 180.000.000	0	0	3	\$ 251.948.756
8	Hospital Sagrado Corazón de Jesús	Valle del Guamuez	0		0	0	1	0
9	Hospital Fronterizo La Dorada	San Miguel	0		0	0	1	\$ 123.000.000
10	Hospital María Angelines	Puerto Leguizamo	0		0	0	2	\$ 84.691.621
	TOTAL		3	\$ 300.000.000	0	0	30	\$ 3.927.273.038

Fuente. Sistema de Información Hospitalaria SIHO, 2021

Una tabla que al momento de interpretarla nos permite afirmar que de las 33 demandas en contra de las E.S.E., 30 se han instaurado en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y solo 3 en la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

De lo anterior, se deduce que de los 1.743 trabajadores de la salud contratados de manera indirecta en el Departamento del Putumayo, sólo el 1.8% han demandado por contrato realidad ante los Jueces de la República para hacer valer sus derechos laborales. Un dato irrisorio frente al gran daño que genera la contratación irregular del personal de salud en este territorio.

Así mismo, se concluye que la Empresa Social del Estado con más demandas por esta causa, es el hospital José María Hernández de Mocoa, capital del Putumayo con 14 demandas que superan los dos mil doscientos millones de pesos

(\$2.200.000.000).

Finalmente, es importante mencionar que la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral, mediante la sentencia SL1439-2021 del 14 de abril de 2021, con ponencia de la magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, ordenó a un organismo multilateral pagar primas, cesantías, vacaciones e indemnizar a una mujer que durante 6 años fue contratada por prestación de servicios, pero con quien en realidad la organización tuvo una relación laboral subordinada.

La reciente jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado CARMELO PERDOMO CUETER, en sentencia del 25 de agosto de 2016, expediente 2218-2016, define que una de las características principales del contrato de prestación de servicios es la ausencia de subordinación continuada del contratista, pues esta clase de contratos no pueden ser utilizados para el ejercicio de funciones permanentes.

Solo se recurre a esta figura de manera excepcional, cuando la Entidad requiere adelantar actividades ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional.

Figure 8. Explicación de la subordinación laboral.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

SUBORDINACIÓN LABORAL

1. ¿Qué efectos tiene la subordinación laboral en el tipo de contrato?

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia recordó que la subordinación es lo que permite diferenciar a una relación laboral de una civil o comercial. Si bien, tanto en el contrato comercial como en el laboral hay una prestación del servicio y una remuneración, lo que los diferencia es la subordinación o dependencia.

2. ¿Qué implica para el empleador y el empleado la subordinación?

En un contrato laboral en el que hay subordinación, el empleador controla la actividad y procesos productivos del trabajador, los direcciona y organiza. El trabajador carece de autonomía, pues cumple órdenes sobre el modo en el que debe realizar su trabajo, el tiempo, la cantidad, o se le imponen reglamentos.



3. ¿Cuáles son los indicios de una relación de trabajo subordinada?

3. Según la Recomendación No. 198 de la OIT hay varios indicios: por ejemplo, cuando el servicio es supervisado y controlado por otra persona, cuando hay exclusividad laboral, disponibilidad del trabajador, la concesión de vacaciones, la aplicación de sanciones disciplinarias, la continuidad del trabajo, el cumplimiento de un horario, cuando el trabajo se realiza en un lugar definido, cuando el empleado es integrado a la empresa, o cuando se reciben herramientas y materiales del empleador para poder realizarlo, entre otros.



4. ¿Si un trabajador elige el método para desarrollar sus labores, no hay subordinación?

Un empleado puede elegir su metodología o técnicas para ejecutar su trabajo, pues precisamente por sus conocimientos profesionales es que se lo contrata. Pero eso no significa necesariamente que no esté subordinado, pues en los contratos de trabajo el control del empleador se da en la dirección del trabajo, no tanto en su contenido.

SL1439-2021
Sala de Casación Laboral



Fuente: Corte Suprema de Justicia, 2.021.

10.3 Responsabilidad disciplinaria del servidor público que utiliza el contrato de prestación de servicios para desarrollar actividades permanentes y cumplir funciones públicas que generan relación laboral.

La Responsabilidad disciplinaria se genera cuando un servidor público o un particular que ejerce funciones públicas comete una conducta (acción u omisión) típica, (falta gravísima, grave o leve), sustancialmente ilícita (afectación del deber funcional, sin justificación alguna), que sea realizada con culpabilidad (sicológica: dolo o culpa y culpabilidad normativa: exigibilidad de una conducta diferente) y que no esté presente alguna causal de exclusión de responsabilidad.

Así lo precisó la Sección Segunda del Consejo de Estado y agregó que cada una

de estas categorías cumple una función diferenciadora y están compuestas a su vez por otros elementos denominados subcategorías.

En tal sentido, el concepto de tipo de la tipicidad definirá si la falta es gravísima, grave o leve.

A su vez, la ilicitud sustancial tiene un aspecto tanto positivo (afectación sustancial del deber funcional), como negativo (causal de justificación) y la culpabilidad tiene una dimensión sicológica en donde aparecen los conceptos de dolo y culpa, en tanto que esta culpabilidad normativa está referida a la exigibilidad de otra conducta como forma de efectuar un reproche pleno.

Con todo, concluyó “que cada categoría de la estructura de la responsabilidad es un aspecto necesario, pero no suficiente, pues solo la concurrencia de todos ellos legitima la imposición de un correctivo disciplinario” (C. P. William Hernández Gómez).

Por su parte, el Procurador General de la Nación, sobre el tema de deslaboralización y tercerización laboral (Circular 008 del 7 de mayo de 2013) instó a “las diferentes entidades públicas a dar cumplimiento a las normas sobre formalización laboral y recordó lo contenido en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2.001 en la que se tipifica como falta gravísima del servidor público celebrar contrato de prestación de servicios para 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”.

El alcance de ésta instrucción, se surte a través de la circular 007 del 2020, mediante la cual, de acuerdo a la información suministrada por el Ministerio de Salud y Protección Social, en respuesta al requerimiento del Ministerio Público, de las 926 Empresas Sociales del Estado que existen en Colombia, se determinó que hay 136.116 trabajadores, de los cuales 46.715 están vinculados directamente en las plantas de personal y 116.401 de manera indirecta.

“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”, sostuvo el Procurador General.

En cuanto a la vinculación del personal asistencial de las Empresas Sociales del Estado, la Corte coincide con el concepto del Procurador General de la Nación toda vez que contratar de manera ilimitada las actividades permanentes con terceros vulnera el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, y pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público.

De ahí que los hospitales públicos deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente para atender y desarrollar sus actividades de carácter permanente.

Es importante mencionar que, a partir del 1 de julio de 2021, el artículo 48 de la Ley 734 de 2.002 es derogado por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2.019, es decir, por el Código General Disciplinario.

Éste nuevo código, en su artículo 54 establece como falta disciplinaria gravísima la misma conducta.

Es importante recordar que las Empresas Sociales del Estado, por constituir una categoría especial de entidad pública, su régimen contractual se encuentra dado por el derecho privado, así se estableció en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1.993; es decir, que en materia de contratación, deben seguir su manuales internos de contratación; sin embargo, los gerentes de estas empresas tienen la calidad de servidores públicos y se encuentran sometidos a las normas que regulan los comportamientos en materia disciplinaria de todo servidor público.

En este entendido, los elementos concurrentes de la falta disciplinaria gravísima, son: i) que el sujeto disciplinable celebre un contrato de prestación de servicios; ii) Que el objeto del contrato sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas; iii)

Que esas funciones requieran dedicación de tiempo completo; iv) Que esas funciones impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista y v) Que no se trate de una excepción legal.

La falta disciplinaria se estructura a partir de la suscripción de contratos de prestación de servicios que desfiguren su naturaleza como contrato administrativo, convirtiéndolo en un contrato de trabajo al verificarse, en la realización del mismo, los elementos sustanciales de la relación laboral consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

En este aspecto, es importante resaltar que la inaplicabilidad de la anterior normatividad, genera una omisión al deber funcional por parte de los servidores públicos que cuentan con la facultad nominadora, quien, pese a la existencia de la prohibición de utilizar la modalidad de contrato de prestación de servicios para el desarrollo de actividades de carácter permanente, conlleva necesariamente a que en este caso el Gerente de la Entidad se vea inmerso en un proceso disciplinario por ilicitud sustancial al desplegar la conducta de manera gravísima que afectaría el correcto funcionamiento de la Entidad, con la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores de la salud.

De lo anterior, se deduce que el Estado debe contar con el personal requerido para cumplir con sus funciones, puede ocurrir que tal personal resulte insuficiente o que la labor a desarrollar no sea propiamente pública o administrativa. Frente a esa clase de eventos, el legislador autorizó a las entidades públicas hacer uso del contrato de prestación de servicios definido en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1.993; siempre y cuando sea utilizado en los términos y necesidades para lo cual se creó como figura contractual.

Pese a que del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1.993, se desprende que el contrato de prestación de servicios puede tener por objeto suplir necesidades de las entidades públicas en la ejecución de sus funciones administrativas requeridas para el debido funcionamiento de la Entidad, éste no puede ser utilizado para crear vinculación laboral con la administración sin que se haya agotado el trámite requerido

por la Constitución y la ley.

Por lo tanto, quien obra en forma contraria a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, incurre en desconocimiento de sus deberes y debe responder disciplinariamente por su conducta.

Es importante, recordar que el numeral 5 de la Ley 100 de 1.993, establece que las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado, tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

Lo anterior, sugiere que por tratarse de la prestación de un servicio público esencial, todas las personas que se las vincule para desarrollar funciones o actividades, son servidores públicos y cierra la posibilidad de utilizar figuras como el contrato de prestación de servicios para para el desarrollo de actividades permanentes y que requieran de tiempo completo.

Debido a que el contrato de prestación de servicios se suscribe con el objeto de que sean atendidas actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de las entidades públicas, por lo general, la administración ha hecho uso de esa figura para ocultar verdaderas relaciones laborales y reducir los costos que representa la vinculación permanente de personal.

A esta figura se le conoce popularmente como “nóminas paralelas” y representan un alto costo para el presupuesto de la Entidad, pues por medio de ella, recursos que deben ser destinados a la satisfacción de sus fines, se utilizan para la ampliación de la planta de personal y el incremento de los gastos de funcionamiento.

El legislador, debido a la proliferación de nóminas paralelas, ha decidido calificar la suscripción de contratos de prestación de servicios que desvirtúen su naturaleza para ocultar verdaderas relaciones laborales como una falta gravísima y ello constituye una herramienta efectiva para combatir esa clase de prácticas y prevenir la violación de los derechos de las personas que puedan ser afectadas con esa clase de contratos.

El contrato de prestación de servicios, como figura excepcional, busca otorgar a la administración una herramienta para atender situaciones especiales. El administrador puede recurrir a esa figura, pero únicamente cuando dentro de la racionalidad administrativa sea justificado, de conformidad con los parámetros señalados en la Ley 80 de 1.993.

Por ello, al momento de evaluar la pertinencia o no de la celebración de ese tipo de contratos deberá analizarse si la entidad ha realizado una eficiente gestión administrativa en diversos aspectos pues una ineficiente gestión no puede justificar la utilización de tales contratos (Intervención Procuraduría General de la Nación Colombia 2003).

La utilización antijurídica del contrato de prestación de servicios, contraría la Constitución en múltiples dimensiones: El régimen contractual, el régimen laboral general y administrativo, los principios de la función administrativa, el régimen presupuestal y el régimen de responsabilidad del funcionario público.

Por su parte el inciso final del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010 establece que el servidor público que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

Este cúmulo de graves implicaciones ha llevado a la Corte Constitucional en sentencia C-094-03 de 11 de febrero de 2.003, a indicar que: “la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo”

Frente a esta situación, el clamor de la mayoría de gerentes de las Empresas Sociales del Estado, se resumen en que con ello, se podría conducir a los hospitales públicos del país a un esquema económico en el cual, según la normatividad vigente, no pueden subsistir, toda vez que dependen de la demanda real de servicios que se presenta, lo que llevaría necesariamente a la quiebra económica a esas empresas de carácter social.

También, han sostenido que si se prohíbe la celebración de contratos de

prestación de servicios de tiempo completo que impliquen subordinación y ausencia de autonomía, se obliga a los hospitales a contratar una nómina permanente, ajena a la dinámica de la oferta y la demanda, se atenta de manera inexorable contra los derechos a la salud y a la vida.

Sancionar ese tipo de contratos significaría inutilizar un instrumento jurídico contractual que ha permitido mejorar la calidad y eficiencia en la prestación del servicio; también han exigido que debe decidir si se revisa el modelo de financiación establecido por la Ley 100 de 1.993

Se garantiza entonces la financiación de los servicios de salud mediante la vinculación en la planta de empleo de personal de aquellas personas que se requieran para atender las necesidades de una población determinada en condiciones de eficiencia; “o si se establece la posibilidad de contratar personas con base en contratos de trabajo a término definido menores de un año que no se renueven automáticamente; o si se permite la contratación de servicios personales con la flexibilidad que el modelo exige pues en un hospital resulta imposible contratar tales personas sin definir un horario que permita a los usuarios conocer previamente cuándo serán atendidos o sin encausarlos dentro de las normas de la entidad hospitalaria” (Intervención director Hospital de Girardot en sentencia de la Corte Constitucional C-094-03 de 11 de febrero de 2003).

Es válido los esfuerzos presupuestales que realizan los gerentes de hospitales públicos, para garantizar la prestación efectiva del servicio de salud, sin afectar las finanzas de la entidad. Sin embargo, se deja de dar importancia al principal recurso para que la prestación del servicio sea de calidad, es decir, del recurso humano y sus condiciones laborales.

La norma disciplinaria constituye un riesgo administrativo para el servidor público que abusa de la figura del contrato de prestación de servicios para contratar actividades misionales de carácter permanente.

Cuando se habla de responsabilidad disciplinaria, inmediatamente nos ubicamos

en la Procuraduría General de la Nación, de ahí que en el año 2.020, el Ministerio Público, firmó un Memorando de Entendimiento con la Organización Internacional del Trabajo en procura de propiciar las buenas relaciones laborales en el país.

Producto de éste Memorando, se dispuso de un estudio elaborado por la OIT, denominado “Formas de Vinculación de Personal en las Empresas Sociales del Estado” que inicialmente arrojó como resultado un panorama desolador sobre las precarias condiciones laborales en las que se encuentran los trabajadores de la salud en Colombia, vinculados a través de cooperativas de trabajo asociado, contratos sindicales, servicios temporales y de outsourcing.

Lo anterior, sin duda contradice el mandato legal que determina que la regla general de la administración pública es, que todos sus trabajadores sean vinculados de manera directa y estricto cumplimiento de las normas laborales.

Analizando entonces, el alcance de las prohibiciones de las normas sustanciales del Derecho Público, que colige que ningún servidor público está legitimado para desnaturalizar el carácter laboral de las relaciones de trabajo.

10.4 Responsabilidad administrativa de las Empresas Sociales del Estado que utilizan el contrato de prestación de servicios que generan relación laboral.

Recordemos algunas generalidades de las Empresas Sociales del Estado que se han abordado a lo largo de esta investigación.

Las empresas sociales del Estado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 194 de la ley 100 de 1.993, en concordancia con lo previsto en los artículos 38 y 68 de la ley 489 de 1.998, 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.

Las personas vinculadas a este tipo de empresas tienen el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales. En materia contractual se rigen por el

derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas excepcionales previstas en la ley 80 de 1.993.

Al encontrarnos frente a una modalidad de precarización del empleo en el sector salud, en el Congreso de la República avanza con paso lento el proyecto de Ley No 331 de 2.020 de la cámara de representantes que fomenta el trabajo digno del talento humano en salud, acumulado con el proyecto de Ley No. 334 de 2.020 de la cámara de representantes que promueve el respeto a la dignidad del Talento Humano en salud.

Estos proyectos de Ley buscan contribuir al fortalecimiento y a la dignificación del talento humano en salud en el territorio colombiano, con las condiciones de oportunidad y garantía en condiciones justas acorde con la Ley 1751 de 2.015 que regula el Derecho Fundamental a la salud.

Si bien no reviste de trascendencia estas iniciativas legislativas, para regular en definitiva la vinculación del personal de salud que desarrolla actividades misionales de carácter permanente. El eterno clamor de algunas organizaciones sindicales del sector salud que en realidad luchan por la garantía de los derechos laborales y prestacionales del recurso humano de los hospitales tanto públicos como privados sigue sin ser escuchada.

Contrario censu, ocurría con otras organizaciones sindicales de trabajadores de la salud que defendían la figura sindical para realizar tercerización laboral indebida durante décadas; práctica que se ha ido desplazando gracias a la intervención oportuna de la autoridad administrativa en asuntos laborales como lo ocurrido en Mocoa la capital del Departamento del Putumayo, cuando el Director Territorial del Ministerio del Trabajo sancionó a la Empresa Social del Estado Hospital José María Hernández con multa de 300 SMLMV que para la época de los hechos equivalen a Doscientos Seis millones ochocientos treinta y seis mil doscientos pesos (\$206.836.200) mda cte; lo cuales debían consignarse a órdenes del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA por ser una entidad adscrita al Ministerio del Trabajo.

Los hechos ocurrieron durante los años 2.013 y 2.014 y consistían en contratar

las actividades misionales de carácter permanente a través del Sindicato Nacional de Profesionales de la Salud SINPROSALUD, transgrediendo de ésta forma el artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010; es decir que la E.S.E., realizaba prácticas de tercerización laboral ilegal al contratar a las auxiliares de enfermería, auxiliares de laboratorio, enfermeras jefes, médicos, odontólogos, bacteriólogos, entre otros; a través de un contrato sindical.

En ese mismo fallo sancionatorio, frente a SINPROSALUD, la autoridad administrativa ordenó remitir el expediente a nivel central para continuar con la investigación por considerar que su domicilio era la ciudad de Bogotá.

En el Departamento del Putumayo, se ha presentado dos trascendentales decisiones en contra de Empresas Sociales del Estado por parte del Ministerio del Trabajo al sancionarlas por tercerización laboral indebida, es decir, uno es el caso de la E.S.E. Hospital José María Hernández de Mocoa que ya mencionamos y la E.S.E. Hospital Pio XII de Colón, ésta última acreedora de una multa por valor de ciento treinta y un millones seiscientos setenta mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$131.670.450).

Significa entonces, que existe una clara responsabilidad administrativa y fiscal por utilizar de manera indebida la figura del contrato de prestación de servicios y el contrato sindical para realizar actividades permanentes, sin embargo, según reportó el Ministerio del Trabajo Putumayo, a la fecha no existe compulsas de copias a los órganos de control y Fiscalía General de la Nación por ésta conductas (Ministerio del Trabajo Territorial Putumayo 11 de junio de 2021), a pesar de que la norma disciplinaria claramente establece como falta gravísima utilizar esta modalidad de contratación para el personal que desarrolla actividades permanentes y/o funciones públicas.

Las actuaciones sancionatorias adelantadas por el Ministerio del Trabajo se consideran a todas luces un verdadero interés de garantizar los derechos laborales de los trabajadores de la salud sin que ello implique reconocer derechos, competencia exclusiva de los Jueces de la República. Aunado al impulso de las políticas públicas de empleo a través de la suscripción de acuerdo de formalización laboral.

10.5 Responsabilidad fiscal por hallazgos administrativos.

El control fiscal que ejercen las Contralorías en sus diferentes competencias, constituyen un mecanismo de lucha contra la corrupción en Colombia.

De ahí que los hallazgos fiscales son un instrumento efectivo para evitar que los recursos públicos se pierdan o se recuperen los daños patrimoniales del Estado, con la sanción respectiva a los funcionarios públicos responsables de éstas conductas.

Una auditoria de control fiscal a una Entidad Pública genera sin duda un mejoramiento, pues van más allá del resarcimiento del daño patrimonial del Estado, sea a través de los hallazgos administrativos, planes de mejoramiento, acciones preventivas, correctivas, entre otros.

En el Departamento del Putumayo por ejemplo y luego de que el Ministerio del Trabajo encontró que la E.S.E. Hospital José María Hernández de Mocoa incurrió en prácticas irregulares de tercerización laboral ilegal, se adelantó una auditoría sobre el manejo de los recursos públicos en dicha Entidad por parte de la Contraloría General de la República a través del Contralor delegado para el sector social.

El proceso de auditoría se adelantó en el mes de octubre del año 2.019, la cual concluyó “con hallazgos fiscales con incidencia disciplinaria y penal.” (Hallazgo fiscal de la Contraloría General de la República, Contralor delegado para el sector social JULIO CESAR CARDENAS URIBE con incidencia disciplinaria y penal en la E.S.E. HOSPITAL JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ DE MOCOA – Oficio remisorio No SGD 10-12-2019).

Sobre el comportamiento de las distintas connotaciones del hallazgo, encontramos que durante las vigencias 2.016, 2.017, 2.018 y 2.019 la E.S.E., suscribió contratos de prestación de servicios con el Sindicato Nacional de Profesionales de la SALUD – SINPROSALUD, es decir, la práctica indebida de tercerización laboral se extendió por varios años. De manera que, la violación de los derechos laborales de los trabajadores de este hospital público es de manera continuada.

A pesar de la intervención del Ministerio del Trabajo, la E.S.E. José María

Hernández de Mocoa, para la vigencia 2.020 y 2.021 cambió la modalidad de contratación del personal misional, pasó de un contrato sindical a contratos de prestación de servicios de manera directa, sin embargo, la transgresión de los derechos constitucionales, laborales y prestacionales de los trabajadores de la salud persisten bajo las prohibiciones consagradas en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010.

Otro hallazgo importante en la investigación de tipo fiscal, fue la transgresión de las normas que rigen los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud SG-SSS por parte del personal médico contratado por la E.S.E. Hospital José María Hernández a través del Sindicato SINPROSALUD, es decir, que “los médicos generales dejaron de cotizar aportes al sistema de seguridad social en pensión por un millón ochocientos seis mil ciento veintidós pesos \$1.806.122 y en salud por un millón cuatrocientos once mil tres peso \$1.411.003.

Por su parte, médicos especialistas dejaron de cotizar treinta y seis millones doscientos cincuenta y seis mil ciento cuarenta y nueve pesos \$36.256.149 en pensión y veintisiete millones quinientos ochenta y siete mil quinientos ochenta pesos \$27.587.580 en salud. En total la elusión al sistema de seguridad social alcanzó la cifra de treinta y ocho millones sesenta y dos mil doscientos setenta y un pesos \$38.062.271 en pensiones y veintiocho millones novecientos noventa y ocho mil seiscientos doce pesos \$28.998.612 en salud.

La situación anterior, obedece a la inobservancia del artículo 135 de la Ley 1753 de 2.015, que tiene como consecuencia incurrir en conductas que constituyen elusión al Sistema de Seguridad Social al cotizar por un valor inferior al devengado por el trabajador, que pone en riesgo la estabilidad económica del sistema de seguridad social y además puede incurrir en sanciones por parte de la unidad de gestión pensional y parafiscales – UGPP, la cual monitorea y controla el cumplimiento de los estándares normativos obligatorios ante el sistema de protección social, al afectar el principio de moralidad pública y desplegarse una gestión ineficiente e ineficaz, además de las posibles conductas de tipo disciplinario y las afectaciones laborales causadas.

Esta actuación, refleja la trascendencia que ha tenido el intento exitoso del

órgano de control fiscal por promover la formalización laboral del personal de la salud en las Empresas Sociales del Estado.

La evaluación de la gestión de procesos de responsabilidad fiscal va más allá del recaudo efectivo. La finalidad del proceso según artículo 1 de la Ley 610 de 2.000, es determinar y establecer responsabilidad frente a situaciones plenamente identificadas de daño patrimonial al Estado. No es solo, como se suele confundir, simplemente recaudar dinero. Por ello, es importante hacer referencia a otros resultados de gestión de estos procesos, distintos al recaudo.

En un artículo publicado por Tatiana Ordóñez Vásquez, Alejandro Gómez Jaramillo y Diana Maite Bayona Aristizábal en la Revista Republicana en los meses de julio – diciembre de 2019, denominado “Hallazgos fiscales y procesos de responsabilidad fiscal 230 en Colombia 2012-2017” se mencionó lo siguiente para combatir los comportamientos ilegales:

“Este enfoque de Becker agrega el cálculo del riesgo al análisis económico para desarrollar políticas públicas y privadas óptimas para combatir el comportamiento ilegal. A diferencia de los más tradicionales (Soto, 2003), que sostienen que en la medida que existan incentivos, como altas tasas de impunidad, dificultades en la persecución, investigación y condena, entre otros, hay una alta probabilidad de que estas conductas aumenten. El ya clásico análisis de Becker busca discutir esta intuición con un modelo que perfila las decisiones más óptimas dependiendo de los costos de persecución, investigación, juicio, etc.; la probabilidad (p) de que se descubra una ilegalidad, la individualización y la imputación respectiva; la magnitud de la sanción (f); y la forma de la misma: cárcel, casa por cárcel, multa, reparación, resarcimiento, etc. Una política que pretenda disuadir la ilegalidad debe tener en cuenta los «valores óptimos» de estas variables, de manera que una persecución e investigación altamente costosa y de difícil probabilidad de éxito, para un delito con un daño relativamente bajo, resulta inviable. Becker plantea que los valores óptimos se pueden calcular con base en «restricciones impuestas por tres relaciones de comportamiento» (Vásquez, 2019).

10.6 Tipos penales ajustables en la celebración de contratos de prestación

de servicios que generan relación laboral por parte de gerentes de Empresas Sociales del Estado.

Arriba anotamos como las normas disciplinarias elevan a categoría de falta gravísima la conducta del servidor público que utilice el contrato de prestación de servicios para contratar funciones públicas y que requieran de tiempo completo.

El numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002 y el artículo 54 de la Ley 1952 de 2.019 prohíben realizar tal conducta.

Dentro de la legislación penal, no existe un tipo penal que prohíba el despliegue de una conducta punible en cabeza de los servidores públicos con ordenación de gasto, sin embargo, podríamos estar frente de una celebración de contratos sin requisitos legales, consagrado en el artículo 410 del Código Penal Colombiano.

La norma citada, establece que “el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones celebre contrato sin observancia de los requisitos legales, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses”.

Hay que tener en cuenta que la celebración indebida del contrato de prestación de servicios o su abuso para ocultar verdaderas relaciones laborales está sometida a varias disposiciones legales.

En este aspecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló que “en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la inobservancia de formalidades inherentes a la ejecución del contrato no comporta reproche penal.

Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se limita a las etapas de tramitación, celebración o liquidación, sin que pueda entenderse que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante la Sentencia SP73222017 (49819) del 24 de mayo de 2017, sostiene que los contratos que se suscriben en las Empresas Sociales del Estado se rigen por normas del derecho privado, pero a la vez le aplican los principios generales de la contratación estatal. Sin embargo, la Sala precisa que siempre que se encuentren en los manuales de contratación adoptados de acuerdo a los lineamientos que defina la ley.

En esa oportunidad manifestó “Que esa ausencia de reglamentación no puede suplirse aplicando el Estatuto General de Contratación Pública, pues ello iría en contravía de la decisión legislativa de someter algunos contratos estatales a un régimen especial”.

“La alta corporación judicial insistió que si bien es cierto el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales puede configurarse por la trasgresión de los principios que rigen la contratación pública, también lo es que la alusión genérica a los mismos no es suficiente, ya que por esa vía podría transgredirse uno de los pilares fundamentales del sistema penal en un Estado social y constitucional de derecho: el principio de legalidad”.

Lo anterior sugiere que para efectos de que el Ente Acusador en materia penal, logre encontrar las evidencias físicas y material probatorio suficiente para imputar cargos a un Gerente de una Empresa Social del Estado por suscribir de manera irregular un contrato de prestación de servicios sin el cumplimiento de los requisitos legales, debe llevar a inferir de manera razonable que quien suscribe el contrato es el autor de la conducta.

En este punto, es importante recordar que en materia de contratación, las Empresas Sociales del Estado se rigen por normas del Derecho Privado, por lo que deben contar con un Manual de Contratación.

Es aquí donde precisamente juega un papel muy importante el dolo como elemento de la culpabilidad al momento de ejecutar la conducta. Situación que se torna compleja cuando se encuentra que en la misma Entidad se ha optado por ésta práctica

para vincular al personal asistencial durante los últimos años.

El prevaricato por acción, contemplado en el artículo 413 del Código Penal, podría ser un tipo penal que se ajusta a la conducta que hemos mencionado, toda vez que si bien, el acto jurídico que suscribe el representante legal de una Empresa Social del Estado es un contrato de prestación de servicios para el desarrollo de funciones públicas, aquel hace referencia a quien que quien “profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

En este aspecto, es importante detenerse un poco para examinar si la conducta es típica, antijurídica y culpable, es decir si es manifiestamente contraria a la Ley (aspecto objetivo) y especialmente los elementos del conocimiento del delito y la voluntad de ejecutarlo (aspecto subjetivo) que para el autor es el aspecto más complejo; toda vez que en el caso que nos ocupa, resulta imperioso demostrar que un Gerente de una Empresa Social del Estado actúa de manera dolosa, es decir con el pleno conocimiento de que la conducta de suscribir un contrato de prestación de servicios para vincular a una auxiliar de enfermería se realice con la intención de causar un daño a los intereses laborales, de que esa conducta busque en realidad afectar los derechos laborales, constitucionales y prestacionales.

El reto del ente acusador es configurar esos elementos materiales de prueba y evidencia física que permitan inferir razonablemente y sin lugar a duda que el Gerente de una E.S.E., es el autor de la conducta punible. Ahora si la conducta es de ejecución sucesiva y a gran escala por tratarse de sendos contratos de prestación de servicios, esta se complica en la medida de identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar si se tiene en cuenta que un hospital público siempre se ha utilizado los contratos de prestación de servicios

De tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido

el concepto de unidad de conducta o unidad de acción, principalmente para los delitos de ejecución sucesiva, cuando los mismos se realizan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención. (CSJ AP, 20 feb. 2008, rad. 28880).

Así, en el proceso CSJ AP, 25 nov. 2015 rad. 46934, por ejemplo, la Corte estudió un caso de prevaricato por acción en el que se dio aplicación al concepto de unidad de conducta o de acción.

Allí se dijo que, al margen de que en estricto sentido la jurisprudencia aceptaba su aplicación cuando se trataba de delitos cometidos en contra del patrimonio económico y en los delitos continuados, la existencia de una unidad de delito no opera de manera apenas teleológica, esto es, porque se tenga una idea criminal general y ella abarque todas las conductas, sino en virtud de que pese a poder diferenciarse como efectivamente delictuosa cada conducta individualizada, todas ellas se atan por ocasión del querer criminal común o inicial.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SP-83980 de 2016, con ponencia del Magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ, aclaró que en el delito de prevaricato no es relevante quién realice el acto pues el mismo se considera manifiestamente ilegal, por lo que es posible que el acto haga parte de las funciones del servidor público sindicado.

Por otra parte, aclaró que éste delito se diferencia del tipo penal de abuso de la función pública, en la medida en que en el segundo la ilegalidad se evidencia en el desbordamiento de una atribución funcional que le corresponde a otro funcionario.

En torno a la estructura del prevaricato y cómo se establece la contrariedad manifiesta de una decisión con la ley, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, en un pronunciamiento del 10 de abril de 2013, ha dicho que “la resolución, dictamen o concepto que es contrario a la ley de manera manifiesta, es aquella que de su

contenido se infiere sin dificultad alguna la falta de sindéresis y de todo fundamento para juzgar los supuestos fácticos y jurídicos de un asunto sometido a su conocimiento, no por la incapacidad del servidor público y si por la evidente, ostensible y notoria actitud suya por apartarse de la norma jurídica que lo regula”.

Estos dos tipos penales, podrían ajustarse en el caso que nos ocupa, toda vez que existen unas disposiciones que prohíben la utilización de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de funciones públicas o actividades de carácter permanente, como el artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010.

Las faltas disciplinarias relacionadas con la contratación pública descritas en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002 y el artículo 54 de la Ley 1952 de 2.019, el numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1.993, para el caso de los representantes legales de las Empresas Sociales del Estado, los múltiples conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la función de advertencia que profirió la Contraloría General de la República, sin embargo el Derecho Penal es la última razón en el cuestionamiento de las conductas de las personas.

De aquí que demostrar la responsabilidad penal de un Gerente de una Empresa Social del Estado por contratar a través de la figura de prestación de servicios a los trabajadores de salud se torna demasiado complejo, por la configuración de los elementos de la culpabilidad especialmente el dolo.

En Colombia, no se conoce procesos penales en contra de servidores públicos por estas conductas, cuando los hechos tienen relación con la contratación indebida del personal de salud.

11. CONCLUSIONES

1. Luego de enfrentarnos a una emergencia económica, social y ambiental generada por el Sars-CoV2, que afectó a millones de personas en el mundo, Colombia expuso la fragilidad de nuestro sistema de salud en materia laboral al llevar al personal médico y asistencial de la mayoría de hospitales públicos del país al revelar las precarias condiciones laborales en las que se encuentran prestando el servicio esencial de salud, con reclamos justos que se han realizado desde la década de los 90' desde el interior de las organizaciones sindicales que en realidad luchan por mejorar las condiciones laborales de su gremio; sin que hasta la fecha exista una retribución plena en materia laboral.

Situaciones extremas como las generadas por la pandemia del SARS-CoV2, evidencian la vulnerabilidad y la falta de preparación del sistema para proteger a sus trabajadores, porque son en estas circunstancias que anteponen su propia vida para salvar otras; incluso se someten a tratos discriminatorios y violencia tanto física como verbal.

La informalidad laboral de los trabajadores de la salud en Colombia, debe ser combatida con verdaderas políticas públicas de empleo digno y decente impulsadas por el Gobierno Nacional, que garanticen el derecho fundamental al trabajo de manera integral, al reconocimiento y pago de prestaciones sociales propias de los servidores públicos y dejar de considerar al trabajador de la salud como un mero instrumento para proveer los servicios de salud o fomentar la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores con la utilización indebida de figuras como el contrato de prestación de servicios o el contrato sindical.

La pauta para el tratamiento adecuado de los trabajadores de la salud del sector público en Colombia, se encuentra regulado por el numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1.993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral y estableció que todo el personal vinculado a las Empresas Sociales del Estado, tendrán la calidad de empleados públicos y trabajadores oficiales; es decir, que no admite a otra clase de

figuras de vinculación del personal como el contrato de prestación de servicios o el contrato sindical, cuando se trate de actividades permanentes, figuras abordadas a lo largo de la investigación.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), registra a Colombia con la más alta desigualdad de ingresos entre todos los países miembros y la segunda entre los 18 países de América Latina y el Caribe (OCDE, 2021), éste índice, se extiende al sector salud, cuando encontramos cifras alarmantes de informalidad laboral que superan el 70% frente a un 30% de trabajadores de la salud que se encuentran vinculado a una planta de personal con derecho a todas sus prestaciones sociales.

Las cifras de informalidad laboral en el sector salud han transitado durante décadas, a través de figuras de tercerización laboral ilegal, es decir que se ha vinculado al personal asistencial (auxiliares de enfermería, de laboratorio, enfermeras jefes, médicos) mediante contratos sindicales, de prestación de servicios o mediante terceros; sin que hasta la fecha exista una verdadera política pública laboral para éste gremio.

Por su parte, las cifras de informalidad laboral que se presentan en el Departamento del Putumayo, supera el índice de informalidad nacional, toda vez que, de los 1.761 trabajadores de la salud del sector público, el 85% del nivel asistencial se encuentran vinculados a través de contratos de prestación de servicios y el 25% se encuentra en una planta de personal a quien se le reconoce y paga todas sus prestaciones sociales.

El reto para dignificar el empleo en el sector salud, continúa a cargo de la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo, Órganos de Control y especialmente de los Gerentes de los hospitales públicos de recurrir a una herramienta esencial para garantizar el cumplimiento de los derechos laborales, prestacionales y constitucionales a través de la formalización laboral, condiciones y requisitos regulados en la Ley 1429 de 2.010, la Ley de formalización laboral y generación de ingresos.

A pesar de las condiciones financieras y presupuestales de las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Putumayo, que para su sostenimiento dependen de la venta de servicios, aunado a algunas sanciones administrativas impuestas por el Ministerio del Trabajo a hospitales públicos en ésta región, por transgresión del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010 que establece la prohibición de contratar las actividades de carácter permanente a través de modalidades que afecten derechos laborales, se vislumbra una situación favorable para los trabajadores de la salud en los próximos años.

Tanto los antecedentes de la E.S.E. Hospital José María Hernández de Mocoa y E.S.E. Hospital Pio XII de Colón sobre las sanciones consistentes en multa que ascienden aproximadamente a quinientos millones de pesos (\$500.000.000) mcte por tercerización laboral ilegal, impuestas por el Ministerio del Trabajo y la disposición de los hospitales de los municipio de Valle de Guamuez y Puerto Caicedo de formalizar laboralmente a su personal asistencial, constituyen un punto de partida para buscar alternativas de financiación de los estudios y justificaciones técnicas que determinen la viabilidad de crear plantas de empleo de carácter temporal y de esta manera disminuir los altos índices de tercerización laboral ilegal que se presenta en esta región.

Dentro de las alternativas que pueden explorarse para la financiación de los estudios técnicos de creación de plantas de empleos temporales en las Empresas Sociales del Estado, independientemente de los riesgos financieros en los que se encuentren, están las de acudir al Gobierno Nacional, Gobiernos territoriales y locales para buscar el apoyo en el fortalecimiento en el desarrollo institucional con el mejoramiento de las condiciones laborales del personal asistencial que hoy padece el flagelo de la informalidad.

Es totalmente viable ésta consideración, toda vez que desde las Entidades Territoriales se brinda apoyo permanente para el mantenimiento hospitalario, compra de equipos médicos, incluso para cumplir metas de planes de desempeño o de saneamiento fiscal y financiero de las Empresas Sociales del Estado.

Así como se han marcado precedentes importantes en materia sancionatoria,

también se conoce de iniciativas tendientes a garantizar derechos laborales de los trabajadores de salud del Departamento del Putumayo como el caso de la E.S.E. Sagrado Corazón de Jesús del municipio del Valle del Guamuez y la E.S.E. Alcides Jiménez del municipio de Puerto Caicedo quienes adelantaron los años 2019 y 2021 las justificaciones técnicas que permitieron conocer estabilidad en su mercado por venta de servicios, equilibrio y viabilidad financiera para adoptar medidas administrativas tendientes a la vinculación en empleos temporales del personal que desarrolla actividades permanentes; ésta última entidad hospitalaria aprobó a través de su junta directiva el respectivo acuerdo de formalización laboral; con lo que se da cumplimiento en cierta manera a los tratados internacionales de la Organización Internacional del Trabajo OIT ratificados por Colombia.

El Ministerio del Trabajo en Colombia, como orientador de la política pública en materia laboral se convierte en un aliado estratégico de los trabajadores de la salud, siempre y cuando luego de adelantar procesos administrativos sancionatorios por tercerización laboral ilegal, suscriba acuerdos de formalización laboral para mejorar las condiciones de los trabajadores.

Es posible y técnicamente viable la suscripción de acuerdos de formalización laboral que beneficien a médicos, enfermeras, auxiliares de la salud, entre otros asistenciales, cuando se cuenta con la voluntad política, financiera y de humanización del empleo como una herramienta de dignificación laboral de los trabajadores de la salud, como lo ocurrido en el Departamento de Nariño, al formalizar laboralmente a 408 personas de la Empresa Social del Estado Pasto Salud en el año 2017, y en la ciudad de Bogotá en el año 2020, al formalizar 487 trabajadores de la salud, en plena Pandemia generada por el Coronavirus SARS CoV2.

2. La calidad de servidor público que otorga la norma al trabajador de la salud conlleva generar una relación especial para aquellos que garantizan éste derecho fundamental, toda vez que se encuentran sometidos a todas las normas propias de los servidores públicos.

Sin embargo, de las 926 Empresas Sociales del Estado se determinó que hay

136.116 trabajadores, de los cuales 46.715 están vinculados directamente en las plantas de personal y 116.401 de manera indirecta, sin que exista al menos una investigación penal o disciplinaria conocida por contratar las actividades permanentes a través de éstas figuras contractuales que transgreden lo establecido en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010 cuando se expresa la prohibición de contratar las actividades permanentes a través de modalidades que afectan los derechos constitucionales, laborales y prestacionales de los trabajadores de la salud del nivel asistencial, encubriendo verdaderas relaciones laborales.

Para el autor, la violación de las normas descritas, constituyen una clara responsabilidad disciplinaria, toda vez que el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002, artículo 54 de la Ley 1952 de 2.019 y numeral 1 del artículo 54 de la Ley 2094 de 2.021, establecen la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trate del cumplimiento de funciones públicas o administrativas que generan relación laboral.

Se desconoce investigaciones disciplinarias que cursen en los órganos de control por ésta conducta, situación que genera confianza en los Gerentes de los hospitales públicos para continuar con la práctica indebida que prolifera tratamientos ilegales, por lo que los mismos trabajadores de la salud están llamados a poner en conocimiento de los órganos de control cuando adviertan la comisión de conductas constitutivas de falta disciplinaria por el abuso en la utilización del contrato de prestación de servicios.

Si las sanciones impuestas por el Ministerio del Trabajo a las Empresas Sociales del Estado en el Departamento del Putumayo por violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010, constituyen un avance significativo para convertir al proceso de formalización laboral en una herramienta de dignificación del empleo.

Las sanciones disciplinarias para aquellos Gerentes de Empresas Sociales del Estado que utilicen de manera arbitraria y abusiva el contrato de prestación de servicios para el desarrollo de actividades permanentes o el cumplimiento de funciones públicas vienen a detener la afectación de los derechos laborales de los trabajadores de la salud en el sector público, toda vez que marcaría un precedente punitivo en ésta materia, que

obligaría a las E.S.E.'s realizar ajustes administrativos, financieros y presupuestales para dar cumplimiento a la política pública de empleo digno y decente dispuesto por la OIT a través de la suscripción de Acuerdos de Formalización Laboral y la posterior creación de plantas de empleos de carácter temporal, para que en un futuro se logre vincular a las plantas de personal a aquellos que arriesgan su vida por salvar otras en el sector salud, máxime cuando continuamos atravesando situaciones que ponen en riesgo a la humanidad por eventos globales de tipo sanitario y biológico.

Otro aspecto que es importante extraer de la investigación, es la relacionada con las demandas ordinarias y ejecutivas de tipo laboral, cuando el trabajador de la salud recurre a las acciones judiciales para reclamar sus derechos laborales que por Ley le corresponden, es decir, que al momento de prestar los servicios a la Entidad hospitalaria, comulguen los elementos sustanciales de la relación laboral consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (Sentencia C-094 de 2.003).

En otras palabras, en los eventos en que el Juez laboral declare aquellos derechos y ordene ejecutar las pretensiones de las demandas, sin duda, generaría un gasto para la Entidad que si bien puede ser sufragado con recursos de los fondos de contingencias, al marcar precedente judicial, la Entidad muy seguramente al continuar con la práctica de deslaboralización, entraría en posible reestructuración de pasivos o planes de saneamiento fiscal o financiero como lo ocurrido en la E.S.E., Hospital José María Hernández de Mocoa, que lleva más de cuatro años en dicho proceso.

Estas razones son suficientes para brindar confianza en los trabajadores de la salud para que sin temor alguna puedan recurrir a los Jueces de la República para desenmascarar los contratos de prestación de servicios cuando para el desarrollo de actividades permanentes se trate y salga a flote la relación laboral, toda vez que en la mayoría de los casos comulga los tres elementos del contrato realidad establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral.

Lo anterior, seguramente pondría en riesgo el patrimonio público de las Empresas Sociales del Estado cuando ésta sea condenada al reconocimiento y pago

de prestaciones sociales e indemnizaciones según el caso. Situación que sería competencia de la Contraloría General de la República.

La incorrecta inversión de los recursos públicos, sin duda ha generado investigaciones con connotación fiscal que conlleva a la imposición de sanciones de tipo pecuniario que afectan de manera directa el erario público por la indebida administración de los dineros destinados a brindar unas garantías en la prestación del servicio de salud que desde la misionalidad tienen las Empresas Sociales del Estado.

La calidad en la prestación de los servicios, está directamente ligado con la forma de la vinculación del personal, toda vez que si se realizara de manera correcta la vinculación laboral del personal misional a la Entidad, garantizara que el personal con las prerrogativas prestacionales tengo un mejor desempeño laboral, sin embargo con el incorrecto actuar desde la alta dirección le ha restado importancia al tema del talento humano de este importante sector que constituye el pilar fundamental en un Estado social de Derecho como el nuestro.

Es lamentable que las condiciones de los trabajadores de la salud sean precarias y se continúen vulnerando sus derechos laborales y no siendo esto suficiente el detrimento que se genera a título de responsabilidad patrimonial fiscal de los recursos que bien podrían haberse designado a mejorar la calidad de la salud, sin embargo deben ser destinadas al pago de multas por la conducta de sus empleadores que generaron las sanciones Fiscales.

Surge entonces un interrogante frente a la desidia o el desinterés de los dirigentes que tienen esta responsabilidad en la vinculación del personal que genera la consecuencia directa del desangre de los recursos públicos del sector salud que cada día están dejando en cuidados intensivos la salud del País con el supuesto desconocimiento de la norma que han conllevado a la decadencia en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Los nominadores no acatan los lineamientos en materia laboral pretermitiendo con su actuar el detrimento al erario público de manera dolosa pues a sabiendas de la

prohibición de vinculación de personal mediante la modalidad de prestación de servicios y no mediante una modalidad que en verdad garantice los derechos constitucionales, laborales y prestacionales de los trabajadores de la salud, como debe ser, por lo tanto se omite el cumplimiento al deber funcional.

De acuerdo a lo anterior, cuando se vincula al personal de salud en el sector público a través de contratos de prestación de servicios y el Ministerio del Trabajo investiga y/o sanciona con multa a la Entidad por violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010; sin lugar a duda, constituye una garantía del empleo digno y decente que tanto énfasis hace la Organización Internacional del Trabajo.

De la investigación, se logra extraer que no solo la autoridad administrativa en material laboral cuando actúa, garantizan la política de empleo digno y decente; sino también podría coadyuvar tanto la Procuraduría General de la Nación como la Contraloría General de la República en el marco de sus competencias.

3. Colombia, nuevamente inicia un proceso de transición de gobierno con ocasión de las elecciones Presidenciales de año 2022, con lo que sin duda se edificará una nueva propuesta gubernamental sobre el trabajo, empleo y su desarrollo a través de políticas públicas. La expectativa es grande cuando encontramos que los planes de gobierno de la mayoría de candidatos a la Presidencia se mencionan las frases “formalización del empleo”.

Se espera que no sólo sea una frase más, sino que en realidad de explore de manera profunda el sentir de las altas cortes y tribunales del país cuando comulgan en que el Estado debe garantizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y que su vinculación sea con estricto apego a las normas laborales.

La formalización laboral en los trabajadores de la salud, es sin duda, una de las mejores estrategias que tienen las Empresas Sociales del Estado para ofrecer una atención segura en los diferentes servicios y niveles de atención, fortaleciendo la motivación y el interés de los trabajadores y por ende la calidad de la atención.

Esta herramienta, puede servir como un método publicitario con el fin de atraer

nuevos clientes (usuarios) y/o mantener la satisfacción de los mismos, mediante la oferta de servicios seguros y con una alta humanización por parte de los colaboradores.

En la actualidad la mayoría de las Instituciones Prestadores de Servicios de Salud como lo son las E.S.E.'s, deben visionar hacia la acreditación de sus servicios, dónde para llegar a obtener este estándar en salud dependerá de una gran parte de las características laborales del talento humano asistencial con la cual cuentan, no sólo contractualmente hablando, sino del tipo de humanización aplicada que prestan a los usuarios.

La dignificación laboral hace parte del octavo Objetivo del Desarrollo Sostenible ODS “Trabajo decente y crecimiento económico” que permite a la población (trabajadores) tener acceso a un trabajo digno y así disminuir las brechas y la desigualdad social y que más importante poder cooperar al logro de este objetivo hacia el año 2030 con el sector de la salud quienes son los responsables de salvar y mantener nuestras vidas.

4. Dentro de las causas que limitan el cumplimiento de las normas jurídicas en relación con las garantías laborales, constitucionales y prestacionales del recurso humano del sector salud, se encuentran las deficientes regulaciones normativas para ostentar cargos de dirección por ejemplo en las Empresas Sociales del Estado de acuerdo a la categorización de los departamentos y municipios.

El artículo 22 del Decreto Nro. 785 de 2005, exige requisitos de tipo asistencial para gerenciar una entidad de salud de primer nivel de complejidad de un municipio de sexta categoría, requiere conocimientos financieros, contables, jurídicos y administrativos para adoptar las mejores decisiones en beneficio de la prestación del servicio de salud y de su recurso humano. Es decir, que en una entidad en dónde se maneja un presupuesto, procesos de contratación, asuntos contables y financieros estarán a cargo de un gerente con perfil profesional de áreas de la salud, sin que implique discriminación alguna.

La anterior situación, constituye para el autor una causa generadora de la

problemática, toda vez que en principio se podría pensar que el espíritu de la norma citada es la prestación del servicio esencial de salud, pero resulta necesario evaluar las condiciones administrativas, jurídicas, contables y financieras a las que están expuestas los gerentes de las Empresas de Salud de primer nivel de complejidad como por citar un ejemplo y pensar en que para el ejercicio de toda función gerencial es indispensable los conocimientos o la experiencia administrativa en cargos directivos, por lo que sería importante una modificación en la exigencia de los requisitos establecidos en el artículo 22 del Decreto Nro. 785 de 2005 que estableció el sistema de nomenclatura, clasificación de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por la Ley 909 de 2004.

5. Con ocasión del proyecto de Ley Nro. 331 de 2.020 que cursa en la cámara de representantes que busca fomentar el trabajo digno del talento humano en salud, es necesario hacer las siguientes precisiones:

El artículo 5, si bien establece que el talento humano del sector salud deberá vincularse de manera directa, no es clara es mencionar que esta condición implica formalización laboral o legalidad.

El artículo 7, al establecer que todo el talento humano en salud tendrá derecho a una remuneración justa, digna y oportuna por su trabajo en todas las formas de vinculación y contratación, admite la utilización de figuras contractuales que afectan derechos laborales, constitucionales y prestacionales, cuando dice “todas las formas de vinculación y contratación”.

El artículo 8, que define la reglas para el pago de los trabajadores de la salud, desconoce que por el simple hecho de vincular al personal a una planta de personal, el pago de su salarios debe estar sujeto a las mismas condiciones de los otros servidores públicos de la Entidad. Por lo que no deberá existir ningún tipo de barreras o limitaciones en este aspecto.

El párrafo 1 del mismo artículo, establece la prohibición de vincular al personal de la salud a través de cooperativas de trabajo asociado y contratos sindicales, sin

embargo el parágrafo 3, admite una forma de tercerización al permitir que los servicios especializados sean prestados a través de figuras sindicales que durante las últimas décadas han generado innumerables daños en materia laboral.

El Título II del proyecto de Ley que refiere al Trabajo Digno, resulta ineficaz y si no se establece la formalización laboral de los trabajadores de la salud en el sector público y privado, como herramienta de dignificación del empleo, pues al permitir la tercerización en cualquiera de sus modalidades, siempre atentará contra el bienestar y el derecho al trabajo digno de los trabajadores de la salud.

Por estas consideraciones, este proyecto de Ley no estaría llamado a prosperar toda vez que desconoce los postulados de la Organización Internacional del Trabajo, pronunciamientos de las Altas Cortes Colombianas y más aún porque las prohibiciones están reguladas mediante el artículo 63 de la Ley 1429 de 2.010 ampliamente explicado.

Frente al proyecto de Ley Nro. 334 de 2.020 de la misma corporación, que promueve el respeto a la dignidad del Talento Humano en salud, es importante mencionar que si bien son iniciativas legislativas que sutilmente tocan las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, no revisten de trascendencia al mencionar que el proyecto busca que se respete al personal misional, sabiendo que el respeto por los derechos de las personas se encuentran consagradas en las normas Constitucionales y rescatadas por las Altas Cortes.

De lo anterior, se deduce que es necesario y útil construir una iniciativa legislativa que regule definitivamente la formalización laboral de los trabajadores de la salud tanto del sector público como del sector privado que sin titubeo establezca la prohibición de contratar el personal de salud a través de figuras como el contrato de prestación de servicios, contrato sindical o mediante cooperativas de trabajo asociado.

Igualmente, el proyecto deberá contener la obligación de vincular una planta de personal global a todas las personas que presten servicios asistenciales de salud en los sectores públicos y privado como lo establece en cierta medida el numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1.993.

Para lograr estos objetivos, es indispensable que el proyecto de Ley contemple una financiación a través del Gobierno Nacional, Departamental y Local para el sector público sobre los estudios y justificaciones técnicas para iniciar los procesos de formalización laboral en las Empresas Sociales del Estado del país.

12. Bibliografía

- Acción de tutela, (3) de septiembre dos mil veinte (2020), presentada por Lucy Caycedo Chala contra el Hospital Comunal Las Malvinas E.S.E., Referencia: Expediente T-7.745.031, Magistrada ponente: DIANA FAJARDO. (s.f.).
- Acuerdo de Formalización Laboral – Ministerio del Trabajo Territorial Nariño 19 de diciembre 2019. (s.f.).
- Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Desarrollo Económico. (2013). https://observatorio.desarrolloeconomico.gov.co/sites/default/files/files_articles/libro2web.pdf. Recuperado el Noviembre de 2019, de <https://observatorio.desarrolloeconomico.gov.co>
- Alzate, L. F. (s.f.). Colombia en la OCDE, las realidades de su adhesión. *Konrad Adenauer Stiftung Universidad Eafit*.
- Asociación Nacional de Empresarios de Colombia - ANDI. (2019). La productividad: objetivo crucial para aumentar el crecimiento. Obtenido de <http://www.andi.com.co/Home/Noticia/6348-la-productividad-objetivo-crucial-para-a>
- Asociación Nacional de Empresarios de Colombia - ANDI. (2019). Tercerización e intermediación laboral: balance y retos. En C. C. Isaza. Medellín, Colombia. Obtenido de <http://www.andi.com.co/Uploads/Tercerizacio%CC%81n%20e%20intermediacio%CC%81n%20laboral%20balance%20y%20retos%20Colombia%20CESLA.pdf>
- Cárdenas, A. B. (2017). *La jurisprudencia sobre el vínculo laboral realidad que subyace del contrato de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado de Bogotá: desconocimiento parcial de la constitución política y los instrumentos internacionales del trabajo*. Trabajo Final de Maestría, presentado como requisito para optar al título de Magister en Derecho Público.
- Castro, O. E. (2018). Artículo de investigación - La indecencia del trabajo informal en Colombia. Circular 008 del 7 de mayo de 2013. (s.f.). *Cumplimiento de Normas Constitucionales, Leyes 1233/08, 1429/10, 1438/11 y Sentencias de Constitucionalidad c-614/2009 c-171/2012 sobre deslaborización y tercerización laboral*.
- Circular externa 100-003-2013 Asunto: Empleos Temporales. (s.f.).
- Circular externa Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP y Ministerio de Trabajo , 100-003-2013 (Empleos Temporales 2013).
- Circular Procuraduría General de la Nación, 008 (Cumplimiento de normas constitucionales, leyes 1233/08, 1429/10, 1438/11 y sentencias de Constitucionalidad C-614/2009 C-171/2012 sobre deslaborización y tercerización laboral 07 de Mayo de 2013).
- Competitividad, C. P. (2017). *Informalidad una nueva visión para Colombia isbn 978-958-98481-7-3* . Copyright © 2017 Impreso en Bogotá d.c. El 24 de octubre de 2017 por zetta comunicadores. Bogotá.
- Congreso de la República - Cámara de Representantes. (s). *Proyecto de Ley No. 331 - Por medio del cual se fomenta el trabajo digno del Talento Humano en Salud y se dictan otras disposiciones*.
- Congreso de la República de Colombia. (s.f.). *Ley 100 de 1993 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*.
- Congreso de la República de Colombia. (s.f.). *Ley 1429 de 2010 Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo*.
- Congreso de la República de Colombia. (s.f.). *Ley 1610 de 2013 Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral*.

Congreso de la República de Colombia. (s.f.). *Ley 584 de 2000 por la cual se derogan y se modifican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.*

Congreso de la República de Colombia. (s.f.). *Ley 909 de 2004 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA, Radicado: 11001-03-27-000-2015-00039-00 [21825]
Demandantes: Andrés Echeverry Gaviria (Acumulado). (s.f.).

Contraloría General de la República, C. d. (s.f.). *Hallazgo fiscal con incidencia disciplinaria y penal en la E.S.E. Hospital José María Hernández de Mocoa Putumayo – Oficio remisorio No SGD 10-12-2019.*

Corte Constitucional - Sentencia C-107 de 2002 - Derecho al Trabajo, Nueva orientación Constitucional (2002).

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-094 de 2003 MP Jaime Córdoba Triviño - Contratos de prestación de servicios con el Estado. (s.f.).

Corte Constitucional de Colombia. (s.f.). *Sentencia C-094-03 de 11 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.*

Corte Constitucional de Colombia. (s.f.). *Sentencia C-171 de 2012 - Potestad de contratación a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros - Exequibilidad condicionada - Aplicación del principio pro legislatore.*

Corte Constitucional de Colombia. (s.f.). *Sentencia C-901 de 2011 Vigencia de la prohibición de contratar personal por las Empresas Sociales del Estado mediante Cooperativas de Trabajo Asociado - Inhibición por derogatoria tácita.*

Corte Constitucional de Colombia. (s.f.). *Sentencia SU-070 de 2013.*

Corte Constitucional Referencia: expediente D-7615. (s.f.). *Sentencia C-614 de 2009 - Contrato de Prestación de Servicios - Prohibición de celebración para ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución.*

DANE 2015. (s.f.).

DANE 2018. (s.f.).

Decreto 1083 de 2015 - Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. (26 de Mayo de 2015).

Decreto No 1072 de 2015, artículo 2.2.8.1.41, inciso tercero. (s.f.).

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018). *Guía para establecer empleos de carácter temporal en Empresas Sociales del Estado E.S.E.*

Departamento Administrativo de la Función Pública - Concepto No. 75841 de 2013. (s.f.).

Departamento Administrativo de la Función Pública - Empleos - Cumplimiento Circular No. 008 de 2013 de la Procuraduría General de la Nación. RAD. 2013086392, Concepto 116371 de 2013 (19 de Julio de 2013).

Departamento Administrativo de la Función Pública. (19 de Enero de 2021). *Plantas de Personal – Planta temporal; Cuál es el periodo máximo de duración de una planta temporal de personal en una Empresa Social del Estado.*

Espinosa, J. E. (2016). *La Tercerización Laboral en Colombia - Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en Alta Gerencia.*

Fino, A. G. (2016). *Estudio crítico a los requisitos y condiciones de la formalización laboral en Colombia: estudio de caso sector manicuristas universidad católica de Colombia facultad de derecho Bogotá d.c. Marzo de 2016.* Bogotá.

Forero, L. J. (2011). *Formalización laboral como estrategia de desarrollo y contribución a los*

- procesos de cohesión social en Bogotá Pontificia Universidad Javeriana facultad de ciencias políticas y relaciones internacionales maestría de política social Bogotá.*
- Guía para establecer empleos de carácter temporal en las Empresas Sociales del Estado – DAFP 2015. (s.f.).
- Hallazgo fiscal de la Contraloría General de la República, Contralor delegado para el sector social JULIO CESAR CARDENAS URIBE con incidencia disciplinaria y penal en la E.S.E. HOSPITAL JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ DE MOCOA – Oficio remisorio No SGD 10-12-2019. (s.f.).
- Informe VI (1) Trabajo en Régimen de Subcontratación, CIT 85 1997. (s.f.).
- Intervención director Hospital de Girardot en sentencia de la Corte Constitucional C-094-03 de 11 de febrero de 2003. (s.f.).
- Intervención Procuraduría General de la Nación Colombia 2003. (s.f.).
- Johana Andrea Forero Campos, E. C. (2014). *Impacto sobre la calidad de vida del contratista por la utilización del contrato civil de prestación de servicios como contrato laboral universidad Sergio arboleda escuela de postgrados especialización en gerencia del talento humano Cohorte xlvii*. Bogotá.
- Jorge Raúl Ramírez Zambrano, M. d. (2016). Artículo de investigación - Informalidad laboral en los departamentos de Norte de Santander, Nariño, Guajira y Cesar.
- Ley 1610 de 2013 Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral..
- Magistrado ERNESTO JIMÉNEZ DÍAZ (Corte Suprema de Justicia 9 de abril de 1.991).
- Marquéz, I. D. (2018). El Trabajo Decente es un compromiso de vida. *Sala de Prensa Presidencia de la República*.
- Martínez, G. A. (2017). *La participación del empleo informal en la estructura del mercado laboral en Tunja departamento de Boyacá 2007 – 2010 – 2014. Universidad Santo Tomás Facultad de Economía Maestría en Ciencias Económicas Bogotá D.C. 2017.*
- Medina, W. H. (2018). *Análisis de las condiciones laborales del sector palmicultor y sus efectos sociales en el municipio de Mani Casanare*. Colombia.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2011). *Boletín de Prensa 040 de 2011 - El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de la Protección Social adelanta una fuerte ofensiva contra la intermediación laboral en Colombia*.
- Ministerio del Trabajo. (2019). *MinTrabajo reitera su compromiso por el Trabajo Decente y la productividad de las empresas colombianas*.
- Ministerio del Trabajo Colombia. (2021). *Respuesta a información sobre los Acuerdos de Formalización Laboral del sector salud en Colombia de fecha 19 de abril de 2021 – Radicado 05EE2021330000000031619*.
- Ministerio del Trabajo Colombia. (s.f.). *Respuesta a información solicitada sobre las actuaciones administrativas frente a la violación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 de fecha 06 de agosto de 2020 - Radicación 05EE2020748600100000262*.
- Ministerio del Trabajo. (s.f.). *Decreto 1072 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo*.
- Ministerio del Trabajo Territorial Nariño 2017. (s.f.).
- Ministerio del Trabajo Territorial Putumayo 11 de junio de 2021. (s.f.).
- Mondragón, M. G. (2016). *La licitud de la tercerización laboral y la intermediación laboral en Colombia: análisis de la postura del ministerio del trabajo a partir del ordenamiento jurídico Colombiano universidad eafit escuela de derecho Medellín 2016*.
- Monroy, M. A. (2017). *Incentivos para la creación y formalización empresarial en Colombia*

- pontificia universidad javeriana facultad de ciencias jurídicas carrera de derecho Bogotá, d.c. 2017. Bogotá.*
- Nini Paola Fortich Mangones, Y. J. (2016). *Formas de contratación laboral de la empresa social del estado hospital universitario del caribe y su incidencia en la alta gerencia de la organización - universidad tecnológica de bolívar facultad de economía y negocios.* Cartagena.
- OCDE, R. (2021). *Hacia la construcción de una sociedad equitativa en Colombia.*
- Peñaloza, R. M. (2018). *Diseño de propuesta estratégica para la formalización de los trabajadores informales del sector centro parque caldas del municipio de Arauca.* Universidad de los llanos Facultad de ciencias económicas escuela de economía y finanzas. Villavicencio.
- Pérez García, M. (2016). *Tercerización, intermediación, labores misionales permanentes y formalización.* Obtenido de Obtenido de [https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/tercerizacion-intermediacion-labores-misionales-permanentes-:](https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/tercerizacion-intermediacion-labores-misionales-permanentes-) Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/tercerizacion-intermediacion-labores-misionales-permanentes->
- Pinzón, J. D. (2016). *Evaluación de resultados de la ley 1429 de 2010 – de formalización y generación de empleo – vista desde los beneficios otorgados en reducción de aportes parafiscales para las pequeñas empresas en la ciudad de Bogotá universidad nacional de Colombia facult. Bogotá.*
- Procuraduría General de la Nación. (2.020). Circular 007 de 2.020.
- Propuesta de Formalización Laboral E.S.E. Hospital Alcides Jiménez de Puerto Caicedo Putumayo 2018. (s.f.).
- Resolución No 074 del 18 de agosto de 2016 de la Dirección Territorial Putumayo del Ministerio del Trabajo “Por medio de la cual se concede un recurso”. Oscar Javier Escobar Bravo – Director Territorial. (s.f.).
- Rodríguez, J. J. (2017). La informalidad laboral Colombiana en los últimos años: análisis y perspectivas de política pública revista de métodos cuantitativos para la economía y la empresa, vol. 24, diciembre, 2017, pp. 89-128 universidad pablo de olavide Sevilla, España. *Métodos cuantitativos para la economía y la empresa.*
- Secretaría de Salud Departamental del Putumayo. (2021). *Respuesta a información solicitada referente a demandas laborales por contrato realidad en las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Putumayo de fecha 28 de abril de 2021 – Radicación SSD - 1999.* Mocoa Putumayo.
- Secretaría de Salud Departamento del Putumayo. (2021). *Respuesta a información solicitada referente al número de contratistas, personal de nómina, y presupuesto de vigencias 2016 a 2021 Empresas Sociales del Estado Departamento del Putumayo.* Mocoa Putumayo.
- Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E 2020. (s.f.).
- Torres, C. D. (2019). *La incidencia de la informalidad laboral en el sistema general de pensiones en Colombia.* Universidad libre facultad de derecho centro de investigaciones socio jurídicas. Bogotá.