

# La primacía de la realidad sobre las formas, “Una realidad en cuidados intensivos”<sup>1</sup>

Doris Castro Santiago<sup>2</sup>,  
Carlos Andrés Aranda Camacho<sup>3</sup>

Fecha de Recepción: 6 de septiembre de 2011  
Fecha de Aceptación: 3 de noviembre de 2011

Para citar este artículo: Castro, D. y Aranda, C. (2011). “La primacía de la realidad sobre las formas. Una realidad en cuidados intensivos”. *Revista In Vestigium Ire*. Vol 4, pp. 43-52

## RESUMEN

La orientación política hacia la racionalización y minimización de los gastos de personal, como una estrategia para reducir los costos de funcionamiento de las organizaciones privadas y públicas del sector salud, ha llevado a una reducción significativa del personal vinculado casi en la totalidad de los hospitales públicos de todo el país, incluyendo, obviamente, al departamento de Boyacá. Sumado a lo anterior, la reforma laboral establecida mediante las leyes 789 de 2002 y 1438 de 2011, con el argumento de la flexibilización laboral y la disminución de la carga laboral para las empresas del país, orientó la vinculación en todas las empresas públicas y privadas a través de contrataciones a término fijo con honorarios fijos sin otros complementos para el contratista, el cual deja de ser un empleado, dependiente de una empresa que paga su salario y lo vincula a la seguridad social, para ser un trabajador independiente y como tal, responsable de su propia protección social. Ahora, al terminarse la relación laboral directa con prestaciones y la seguridad social a cargo de las empresas, se ha reducido en más de un 30% el nivel de ingresos que tenían antes de la nueva reforma laboral. El estudio se centra en la evaluación de tal situación en el personal de salud y seguridad social en los últimos años.

## PALABRAS CLAVE

Reforma, tercerización, seguridad social, empleo, sector salud, flexibilización laboral.

## ABSTRACT

The political orientation towards rationalizing and minimizing staff costs as a strategy to reduce operating costs of private and public organizations in the health sector, has led to a significant reduction of the personnel involved in almost all public hospitals across the country, including, obviously, the department of Boyaca. Added to this, the labor reform laws established by the 2002 and 1438 789 2011, on the grounds of labor flexibility and reduced workload for companies in the country, guided the link in all public and private through fixed-term contracts with fixed fees without other accessories for the contractor, which ceases to be an employee, employee of a company that pays your salary and links to social security, to be self-employed and as such, responsible for their own social protection. Now, upon termination of direct labor and social security benefits by enterprises has been reduced by more than 30% income level they had before the new labor reform. The study focuses on the evaluation of such a situation in health personnel and social security in recent years.

## KEY WORDS

Reform, outsourcing, social security, employment, health sector, flexible labor.

## RÉSUMÉ

L'orientation politique vers la rationalisation et la réduction des coûts de personnel comme une stratégie visant à réduire les coûts de fonctionnement des organismes privés et publics dans le secteur de la santé, a conduit à une réduction importante du personnel impliqué dans presque tous les hôpitaux publics à travers le pays, y compris, évidemment, le département de Boyaca. Ajouté à cela, les lois sur la réforme du travail établies par le 2002 et 1438 789 2011 en raison de la flexibilité du travail et la réduction de la charge de travail pour les entreprises dans le pays, ont guidé le lien dans tous les établissements publics et privés grâce à des contrats à durée déterminée avec des frais fixes sans autres accessoires pour l'entrepreneur, qui cesse d'être un employé, un employé d'une entreprise qui paie votre salaire et des liens à la sécurité sociale, à être indépendants et à ce titre, responsables de leur propre protection sociale. Maintenant, à la fin de la main-d'oeuvre directe et des prestations sociales par les entreprises a été réduit de plus de 30% le niveau de revenu qu'ils avaient avant la nouvelle réforme du travail. L'étude se concentre sur l'évaluation d'une telle situation dans le personnel de santé et de sécurité sociale au cours des dernières années.

## MOTS-CLÉS

Réforme, l'externalisation, la sécurité sociale, l'emploi, le secteur de la santé, du travail flexible.

1 Artículo de investigación, en donde se muestran avances parciales de investigación del grupo de Investigación en Ciencias Administrativas y Contables dentro de la línea de Investigación en Administración Pública.

2 Directora de la Investigación, Economista, Magíster en Educación, Docente de tiempo completo de la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja.

3 Co-investigador, Abogado “Cum Laude”, Especialista en Derecho Administrativo, Magíster (c) en Derecho Administrativo, Docente de tiempo completo de la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja. c.aranda@irc.com.co

## INTRODUCCIÓN

Con el presente artículo se pretende desarrollar y plasmar resultados parciales del proyecto de investigación adscrito al Centro de Investigaciones “CIUSTA” de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, titulado: “IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL Y LOS AJUSTES INSTITUCIONALES SOBRE LA SITUACIÓN LABORAL DEL PERSONAL DE SALUD EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, DURANTE EL PERÍODO 2000 – 2011”.

El proyecto busca construir conocimiento sobre un problema de la realidad contemporánea que afecta a un sector de la población Colombiana que supera el millón de personas en el país: Los trabajadores del sector de la salud y la seguridad social, afectados por un sistema de seguridad social, orientado fundamentalmente por las reglas del libre mercado, que desconoce la importancia del recurso humano en el desarrollo social del país y empresarial del sector y ha precarizado en forma significativa el tipo de vinculación de los trabajadores de la salud, factor que se busca estudiar en detalle para comprender el funcionamiento de este sector, específicamente en el Departamento de Boyacá.

Si bien es cierto, es notoria la inconformidad y malestar de los trabajadores de la salud en el nuevo SGSSS, las manifestaciones a través de organizaciones que los representan son parciales y débiles, sin mayor fuerza política que alcance un impacto real sobre la situación.

La desviación de los recursos del sistema mediante múltiples maniobras de quienes fueron beneficiados directamente por el Ministerio de Protección Social en la reforma, con la posición dominante al entregarles funciones esenciales, como el recaudo de los dineros de las cotizaciones de los afiliados, la administración delegada de ellos, la retención de las UPC (Unidad de Pago por Capitación -dinero que reciben del sistema las EPS por cada afiliado al año-) por los afiliados “demostrados” (En bases de datos de afiliados sin ningún control por el Ministerio de Protección Social por más de 15 años), la contratación con los prestadores de servicios de salud y el pago por los servicios, generó un gravísimo problema de quiebra y crisis financiera de miles de IPS en el país y una merma considerable de los ingresos del personal de salud, condición que el anterior Gobierno Nacional trató de “aliviar” mediante los decretos de la mal llamada Emergencia Social, en cuyas normas, se entregaban un número considerable de mayores recursos económicos preferencialmente a las aseguradoras y se imponían

sanciones al personal de la salud que se desviara de las directrices de control de las mismas, así como mayores costos a las personas que demandaran servicios no contemplados en el POS, como un castigo para reducir sus pretensiones y las tutelas. (RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR SALUD: El caso de la ciudad de Cali. s.f)

Todo lo anterior, es evidente que en los años de operación del sistema y ha sido publicado en múltiples artículos por las asociaciones de profesionales y de usuarios, sin el interés en mejorarlas por el Gobierno Nacional.

Es clara la relación entre el gasto público en salud y los indicadores de salud, como lo dice Franco (2006) en su investigación “Efecto del ajuste estructural sobre la situación de salud en América Latina y el Caribe, 1980–2000”, cuando afirma que:

*“Si bien esa experiencia de ajustes estructurales ha sido estudiada en relación con sus implicaciones sociales y económicas, no se ha hecho un análisis integral de su impacto en el sector de la salud. Existen solo algunos estudios parciales al respecto, que señalan que una de las consecuencias de las reformas económicas ha sido el desmonte de los sistemas de seguridad social y de los programas basados en la solidaridad sistémica y en la protección social, como la salud, la educación y el trabajo” (Franco, 2006: p. 6)*

Vale resaltar que en gran medida se ha seguido a manera de marco de antecedentes el estudio denominado “RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR SALUD: El caso de la ciudad de Cali”. Igualmente, lo que se desea es evidenciar el impacto de las reformas en el Departamento de Boyacá, por lo anterior, en primera medida es necesario decir que la reforma laboral establecida por la Ley 50 del veintiocho de diciembre de 1990 “por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones” en desarrollo de la política de flexibilización laboral, determinó lo siguiente:

- Formaliza el empleo temporal (Artículos 71 al 96)
- Elimina el concepto de unidad de empresa (Artículo 32)
- Permite jornadas de 6 horas para evitar el pago de horas extras y compensatorios (Artículos 30 y 31)
- Autoriza contratos a término fijo inferiores a 1 año (Artículo 3)

- Permite contratos civiles de prestación de servicios para suprimir el pago de prestaciones sociales (Artículo 2)
- Elimina la obligatoriedad del reintegro para empleados con vinculaciones de más de 10 años (Artículo 6)
- Permite despidos colectivos cuando el empleador lo considere conveniente por adecuación tecnológica o razones económicas (Artículo 67)
- Suprime la retroactividad de las cesantías para los que se vinculen a los nuevos fondos de pensiones y a los vinculados a partir de la vigencia de la ley (Artículo 98)
- Implanta salario integral (Artículo 18)

Adicionalmente, la Ley 789 del veintisiete (27) de diciembre de 2002 “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo” también complementa la anterior en la flexibilización laboral, estableciendo:

- Jornadas diurnas más prolongadas.
- Restricción del tiempo de la jornada nocturna.
- Reducción de sobrecargos laborales por trabajo dominical y festivo.
- Disminución de indemnización por despido cuando la vinculación es de más de 10 años.
- Indemnizaciones variables sin justa causa según nivel salarial.
- Se promueven salarios en contratos de aprendizaje inferiores al salario mínimo.

Todo lo anterior afecta directamente las características del empleo y los ingresos del personal de las empresas de salud y seguridad social, situación que se ha venido deteriorando progresivamente desde el año 2000, debido a que en esta década es cuando se han implementado los ajustes institucionales (Reestructuraciones) de los hospitales y empresas públicas en general, razones por las que es indispensable que actores sociales diferentes al mismo Ministerio de Protección Social, realicen estudios sobre el impacto de tales reformas

y ajustes en las condiciones del personal de salud, crítico para la maduración y adecuada operación del SGSSS.

Giraldo (2007), manifestó que:

“Las reformas sobre la protección social se inscriben en las reformas económicas e institucionales que se vienen aplicando en el país desde mediados de la década del 80: flexibilización laboral, apertura comercial y de capitales, disciplina fiscal, banca central independiente, entre otras. Con las reformas se nos anunciaron resultados venturosos, pero en la práctica lo que se registra es un deterioro en las condiciones sociales. Este deterioro se puede observar a través de un aumento en la pobreza y en la desigualdad, y en un desmejoramiento de las condiciones laborales” (Giraldo, 2007: p. 251)

Sin embargo, es necesario siempre tener presente que el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra inspirado por la Constitución Política 1991, que consagra en su artículo 53 lo siguiente:

(...) **“ARTÍCULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo<sup>4</sup>. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes **principios mínimos fundamentales**:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos** establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social**, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)*

(La negrita es nuestra)

Con el anterior precepto constitucional, que se encuentra ubicado en la parte dogmática de nuestra “norma de normas” se prevé la importancia del principio de *primacía de la realidad* sobre

4 Vale anotar que con 22 años de vigencia de la Constitución Política de Colombia en el seno del Honorable Congreso de la República no se ha expedido el Estatuto del Trabajo conforme a los principios constitucionales por ende las relaciones laborales por regla general son reguladas por el **Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950**.

las formalidades al interior del derecho laboral colombiano, que justamente resulta de gran relevancia para el análisis del impacto de la reforma laboral y los ajustes institucionales sobre la situación laboral del personal de salud en las empresas sociales del estado del departamento de Boyacá, ya que es un principio que puede “apoyarse” de otros como lo son la estabilidad laboral, la garantía a la seguridad social y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos.

Vale advertir al lector, que la actual ponencia se presenta como un avance de investigación del proyecto que se referencia a continuación:

## PROYECTO:

IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL Y LOS AJUSTES INSTITUCIONALES SOBRE LA SITUACIÓN LABORAL DEL PERSONAL DE SALUD EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, DURANTE EL PERÍODO 2000 – 2011

**PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:** Se tiene como problema de la investigación el siguiente: ¿Cuál ha sido el impacto de la reforma laboral y los ajustes institucionales sobre la situación laboral del personal de salud en las empresas sociales del estado del departamento de Boyacá, durante el período 2000 – 2011?

**OBJETIVO GENERAL:** Analizar el impacto de la reforma laboral y los ajustes institucionales sobre la situación laboral del personal de salud en las empresas sociales del estado del departamento de Boyacá, durante el período 2000 – 2011

**PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO:** Se describe *in extenso* el primer objetivo específico del proyecto de investigación ya referenciado, en la medida que es el que se pretende desarrollar durante el presente artículo, es así como se tiene: *Realizar un análisis de los cambios y ajustes en las relaciones laborales en el sector de la salud y la seguridad social en la operación del SGSSS durante los años 2000 a 2011.*

## MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Para el desarrollo de la totalidad de la investigación se utilizará el método descriptivo, teniendo en cuenta que se quiere establecer la relación entre las reformas laborales e institucionales y la situación laboral del personal de salud en las empresas sociales del estado del departamento de Boyacá,

Igualmente, para cumplir el propósito de la investigación será necesario, tal como lo plantea Méndez: “...se acude a técnicas específicas en la recolección de información, como la observación, la entrevista y los cuestionarios. También pueden utilizarse informes y documentos por otros investigadores. La mayoría de las veces se utiliza el muestreo para la recolección de investigación, y la información obtenida es sometida a un proceso de codificación, tabulación y análisis estadístico” (Méndez, 2003: p. 137)

**Población seleccionada:** Para cumplir con el objetivo de la investigación, se estudiará la actual situación laboral del personal asistencial vinculado a las empresas sociales del estado de Tunja y 3 municipios del departamento de Boyacá. (En cuanto a los objetivos específicos 2 y 3)

**Fuentes de información:**

### Fuentes primarias

- ✓ Encuesta diseñada directamente por los investigadores para ser aplicada en los trabajadores de las empresas seleccionadas.
- ✓ Registro de nómina de las empresas estudiadas.

**Fuentes secundarias** (con plena aplicación para el desarrollo del primer objetivo específico)

- ✓ Reformas laborales expedidas durante el período de estudio.
- ✓ Reformas al SGSSS que afecten las formas de vinculación del personal asistencial en las empresas sociales del estado.
- ✓ Estudios del Ministerio de Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) y otras entidades reconocidas, relacionados con el objeto de estudio.

En vista de la anterior metodología y teniendo en cuenta que se desea desarrollar el primer objetivo específico, se va a estructurar la ponencia de la siguiente manera: en primera medida hablaremos de la contratación de personal de la salud por medio de contratos de prestación de servicios (antes OPS) donde se esbozará la notable aplicación de la primacía de la realidad sobre las formalidades, luego, se hará remisión necesaria a las cooperativas de trabajo asociado, posterior a ello, veremos la característica “tripartita” de la legislación laboral, donde se observará el paso de un derecho protector



o tuitivo de la parte débil a un derecho con libertad contractual; finalmente, *-desbordando un poco el límite temporal de la investigación-* con el estudio de las “luchas” recientes del Ministerio del Trabajo en aras de garantizar derechos a la clase trabajadora de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E).

En ese orden de ideas, encontramos:

## I. Contratación por Prestación de Servicios (antes OPS) de funciones permanentes

En primera medida, vale decir que mediante la ley 1438 de 2011, se permitió a las Empresas Sociales del Estado la contratación de “terceros” para cumplir funciones de la entidad mediante prestación de servicios, dicha norma fue objeto de control de constitucionalidad y bajo el *PRINCIPIO DE INDUBIO PRO LEGISLATORE*, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C- 171 de 2012, determinó que mediante la implementación de este principio de interpretación constitucional, no debía declararse la inexecutable del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, que permite que las ESE desarrollen sus funciones permanentes mediante la contratación de terceros, es decir bajo la figura del contrato de prestación de servicios, pues argumento esta corporación que tal norma, si bien en su interpretación resultaba inconstitucional, podría mantenerse dentro del ordenamiento jurídico, dándole un alcance interpretativo que no contrariara la Constitución Política.

Mediante la figura de la exequibilidad condicionada, la H. Corte Constitucional permitió que esta norma siguiese vigente dentro del ordenamiento jurídico, bajo el entendido que solo podrán las ESE (Empresas Sociales del Estado) contratar bajo la figura de la prestación de servicios en tres eventos: **“1. cuando no se trate de funciones propias o permanentes de la entidad, 2. No puedan ser llevadas a cabo por trabajadores de la planta de personal y 3. Se requieran de conocimientos especializados.”** (H. Corte Constitucional, 2012)

Será propio comprender las razones que llevaron a la Corte Constitucional a declarar la exequibilidad de este articulado. En primer lugar se debe entender por **PRINCIPIO PRO LEGISLATORES O INDUBIO PRO LEGISLATORE**, que cuando haya una duda sobre la constitucionalidad de una norma, el órgano encargado de decidir sobre la exequibilidad de las leyes, resolverá esta en favor del legislador,

permitiendo así que la ley puesta en conocimiento, por una vulneración a la Constitución Política se conserve dentro del ordenamiento jurídico, pero dándole un alcance interpretativo distinto al original que se acomode a los preceptos emanados de la constitución sin vulnerarlos (Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012).

Al hacer una lectura de las razones que llevaron a esta Corporación a pronunciarse en tal sentido, se encuentra que la figura del **INDUBIO PRO LEGISLATORE**, en ninguna parte aparece justificado, es decir, que la Corte no pone en conocimiento duda alguna sobre la ley, por lo que la aplicación del *indubio pro legislatore* no se encuentra justificado y no era dable utilizarlo para condicionar la exequibilidad del artículo 59 de la ley 1438. Debe entenderse que para la Corte Constitucional, la figura del Contrato de prestación de servicios no es de ninguna manera inconstitucional, siempre y cuando se fije para los tres casos ya mencionados, y que el verdadero error de la ley fue consagrar de manera amplia e irrestricta la facultad de las ESE para llevar a cabo sus funciones contratando bajo la modalidad de prestación de servicios, implicando con lo anterior que cualquier persona puede ejercer funciones permanentes de estas entidades mediante un contrato de prestación de servicios, hecho que evidentemente está prohibido y que sólo generan procesos de intermediación laboral, tercerización y paulatinamente procesos de deslaboralización.

Se hace necesario aclarar que las funciones permanentes son aquellas que se consagran a cargo de una entidad por la Constitución y Ley, y que son propias de su naturaleza, en el caso de las ESE, son las de prestar los servicios de salud como una de las formas propias de garantizar la seguridad social en Colombia, y es así que para su cumplimiento se requiere que las entidades creen los cargos dentro de la planta de personal, ello con el fin de que no se disfracen verdaderas relaciones laborales bajo la figura del contrato de prestación de servicios, pues las funciones permanentes implican que para su cumplimiento haya una continuidad en el servicio, una subordinación y una remuneración elementos que originan relaciones laborales (***con notable aplicación de la primacía de la realidad sobre las formalidades***).

Si lo anterior se dejase de lado y se permitiera que en el país las ESE, tuvieran la facultad de utilizar el contrato de prestación de servicios sin atender las limitaciones expuestas por la ley y ratificadas por la jurisprudencia, se abriría campo para que lo que debe darse como excepción se conviertan en una

generalidad, significando ello que las plantas de personal sean reducidas y que existan más personas trabajando bajo la prestación de sus servicios; que se traduce en una tangible violación al principio de las realidades sobre las formalidades pues se esconden verdaderos vínculos laborales, relaciones que nacieron a la vida jurídica no bajo la forma en que se “plasmó en el papel”, es decir, el contrato propiamente dicho, sino la manera como se prestó el servicio.

Por situación actual frente al panorama de los procesos de laboralización en las ESE, será propio acatar el fallo de la Corte Constitucional en un sentido restringido, pues como ya se indicó, los contratos de prestación de servicios en su esencia y para su fin no son ilegales, son una de las maneras en que el Estado puede estructurar mejor su función, pero no se deben utilizar para esconder relaciones laborales, pues éstas deben nacer como consecuencia de la creación de un cargo, deben darse solo en eventos en que las funciones no sean propias o permanentes a la entidad, no haya alguien en la planta de personal que pueda ejercerlas o sean de un especial conocimiento. Por lo cual situaciones que contraríen lo expuesto y se utilicen para menoscabar los derechos laborales serán menester de ser desmanteladas por el principio de la realidad sobre la formalidad, rompiendo la presunción de legalidad que acompaña todos los actos administrativos para reconocer los derechos a que haya lugar.

Ahora, luego de ver lo relacionado con la prestación de servicios en Empresas Sociales del Estado a la ley de la Jurisprudencia Constitucional, nos centraremos en el estudio de las llamadas Cooperativas de Trabajo Asociado.

## II. Cooperativas de trabajo Asociado

Con relación al presente tema, el Gobierno ha dicho que las Cooperativas de trabajo asociado (CTA), de acuerdo a lo estipulado en el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006 son:

*“(…) organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin*

*de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.” (Colombia, Ministerio de Trabajo)*

Entonces, esta creación jurídica en principio pretende mejorar la calidad de vida de los trabajadores, pero este punto de vista se modifica cuando se entiende que, con las CTA se evade la normatividad del Código Sustantivo de Trabajo y lo referente a la Seguridad Social y los Aportes Parafiscales; ello en otras palabras, es la deslaboralización, por cuanto se cambia la naturaleza de un contrato de trabajo por la del convenio cooperativo.

Lo anterior, genera consecuencias nefastas en materia laboral, que van en contra de lo preceptuado por el ordenamiento jurídico, partiendo desde la Constitución Nacional, dichas consecuencias se pueden enumerar así:

- El trabajador no recibe salario.
- Se pierden las prestaciones sociales legales y extralegales.
- Ya no se habla de seguridad social.
- Detrimiento de la calidad de vida.

Es decir que, la tercerización o intermediación laboral que se ha generado a partir de las Cooperativas de Trabajo Asociado, son una herramienta “efectiva” para la vulneración de los derechos laborales, por cuanto aún los irrenunciables -como la seguridad social- se ven desconocidos, y el poder de vigilancia del estado frente a estos hecho ha quedado en solo proceder, por cuanto la realidad supera lo escrito.

Por otro lado, resulta de todo lo anterior, la dificultad de acceder a la justicia se presenta en cuanto a la legitimación pasiva de un posible proceso, cuyo fin no será otro que el de buscar el resarcimiento de los derechos propios del trabajador, entonces, por la calidad de asociado del trabajador, se hace improcedente la demanda necesaria para defender los derechos laborales.

Por último, Benavides (2009) ha dicho:

*“(…) al convertir el contrato de trabajo en un acuerdo cooperativo, es decir desnaturalizando su esencia laboral, se viola flagrantemente el derecho a la libertad de asociación y por ende a la libertad sindical y al derecho a la huelga; se desconocen claros principios del derecho laboral como la primacía de la realidad sobre las formas, puesto que una relación de trabajo es camuflada bajo la forma de*

un convenio cooperativo, y se viola flagrantemente el derecho al trabajo expresado básicamente en la estabilidad del empleo, la protección del mismo, la irrenunciabilidad de los derechos, el principio de favorabilidad, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajo del menor.

(...) Pero como si esto no fuera suficiente, las CTA, cuando adelantan actividad desde ‘tercerización’, adicionalmente atropellan los principios cooperativos como el libre acceso y adhesión voluntaria, la participación democrática de los socios en la toma de decisiones, la igualdad entre sus asociados y la participación en los excedentes. Aquí cabe recordar que un trabajador vinculado por medio de una CTA nunca es tenido en cuenta para las decisiones fundamentales de la organización, nunca se beneficia de la parte correspondiente a los excedentes si los llegare a haber, y su ingreso y retiro de la cooperativa nunca son voluntarios sino forzados por la imperiosa necesidad de tener un empleo a como dé lugar.”

Igualmente, con relación a las CTA el H. Consejo de Estado (2011), que contratar “de manera ilegal” funciones inherentes a entidades públicas por medio de dicha figura asociativa genera un proceso de deslaborización, vulnerando derechos y garantías de los trabajadores, en la medida que de permitirse ello, no sólo se desecharía el concurso de méritos como regla general para ingresar a la función pública, sino que *per se* implica evadir responsabilidades de índole laboral (vg. prestacional, estabilidad laboral, igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital). Por ello, el máximo órgano de la jurisdicción administrativa destaca que las CTA se crearon para facilitar el desarrollo del cooperativismo, pero no como mecanismo para desconocer e infringir la realidad de los contratos laborales.

Ahora luego de ver las circunstancias particulares y las problemáticas laborales generadas por las CTA, se plasmará grosso modo una de las características más importante de derecho laboral como lo es el hecho de ser una rama tuitiva o protectora, por ende encontramos:

### III. Del Derecho Tuitivo a la libertad contractual

Cárdenas (2011) en un escrito denominado “Derecho Laboral: Del tripartismo al bipartismo (evolución,

involución, mercado y servidumbre)” manifiesta las tendencias del futuro del derecho del trabajo y dice que “se presentan tres momento evolutivos que parten de la perspectiva mitológica y filosófica, pasando por el modelo clásico de la relación laboral, hasta llegar al modelo actual precarizado”.

Por lo anterior, si se habla de una tendencia actual a la precarización, se puede afirmar de manera enfática que la característica y circunstancia fundamental del derecho laboral de definirse por antonomasia como **tuitivo** o protector de la clase más débil de la relación laboral que en todo caso será el trabajador de conformidad a las reformas referenciadas con anterioridad se está desdibujando y en palabras de Cárdenas (2011) sería una “igualación”,

“(…) que en materia laboral se ha venido dando en los últimos años, permitiendo el Estado, que empresarios y empleados definan las políticas salariales como si se tratara de personas en un mismo equilibrio económico. Esta situación, por supuesto, se describe como una desventaja -en términos materiales- para la parte débil de toda relación laboral: el empleado.”

Siguiendo la tesis planteada, se observa una inclinación a la libertad contractual en materia laboral, sin embargo, es preciso resaltar que desde la “reaparición” del Ministerio del Trabajo dentro de la estructura del Gobierno Nacional se han adelantado “planes” tendiente a combatir la deslaborización en Colombia y en concreto mejorar las condiciones de los trabajadores del SGSSS.

### IV. La actual lucha del Ministerio del Trabajo (antes Ministerio de la Protección Social <sup>5</sup>)

Como se ha observado durante la presentación del tema, la realidad de la “clase” trabajadora que ha estado en *cuidados intensivos* debido a la “deslaborización” y flexibilización en nuestro ordenamiento jurídico que son fenómenos es innegables; sin embargo, es preciso decir que la labor tanto judicial (de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado) como administrativa (de Min. Trabajo) se ciñen a los postulados de la parte dogmática de nuestra constitución política de 1991 en concreto del artículo 53, sin que se quiera decir que existan otros preceptos constitucionales con

5 Al respecto puede verse la LEY 1444 DE 2011 de mayo 4 de 2011, Diario Oficial No. 48.059, expedida por el Congreso de la República. “Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.”

plena aplicación, por ello, se dijo en un artículo denominado “Min. Trabajo señala cómo formalizar empleos públicos contratados por prestación de servicios” publicado por el periódico ÁMBITO JURÍDICO (2012):

*“Con el fin de avanzar en la eliminación de las nóminas paralelas de las entidades públicas y cumplir con el fallo en el que la **Corte Constitucional** advirtió que los contratos de prestación de servicios no deben ser la generalidad, sino una excepción justificada, el **Ministerio del Trabajo** (Min. Trabajo) anunció las medidas que deberán tener en cuenta las entidades territoriales para elaborar los planes de acción encaminados a formalizar las relaciones de los funcionarios vinculados bajo esa modalidad”.*

Es así como el Ministerio de Trabajo envió una circular dirigida a alcaldes, gobernadores y demás jefes de entidades descentralizadas y representantes legales de los organismos y entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del nivel territorial, de los planes que deberán elaborarse en un término perentorio. La propuesta del Ministerio de Trabajo tendiente a la formalización laboral, puede explicarse de la siguiente manera, en primera medida se sugiere a las entidades realizar un proceso de “medición de las cargas de trabajo”, para determinar la planta básica o mínima necesaria para el cumplimiento de sus funciones. (Ámbito Jurídico 2012).

Seguido de lo anterior, es decir, del análisis de las cargas de trabajo, se deberán identificar los mecanismos de gestión para la mejor prestación del servicio público, lo cual redundará en la formalización laboral. “Para tal fin, se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes alternativas:

- a) Ampliar la planta de personal, creando los empleos de manera permanente.
- b) Crear empleos temporales, con base en las condiciones establecidas en la Ley 909 del 2004 y en el Decreto 1227 del 2005.
- c) Vincular personal supernumerario, en los casos contemplados en el Decreto-Ley 1042 de 1978. Para ello, es necesario tener en cuenta la restricción presupuestal y las reglas fiscales que aplican a cada entidad.

*La tercera fase, consistente en la provisión de los empleos que se creen, deberá efectuarse con base en los procedimientos señalados en la Ley 909, sus disposiciones reglamentarias y el Decreto-Ley 1042” (Ámbito Jurídico 2012).*

Sin lugar a dudas, la lucha emprendida por el Ministerio del Trabajo tiende a la formalización del empleo en Colombia, y es interesante observar que se trae a colación la 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” en la medida que se busca en que los trabajadores del sector público empiecen a obtener una estabilidad laboral conforme a los preceptos Constitucionales y propia de un verdadero Estado Social de Derecho.

En el mismo artículo “Min. Trabajo señala cómo formalizar empleos públicos contratados por prestación de servicios” publicado por el periódico ÁMBITO JURÍDICO (2012) se dijo:

*“La circular reitera que la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios es viable, en la medida en que se celebren en los términos señalados en el Estatuto General de Contratación Pública y sean para ejecutar proyectos institucionales concretos.*

*El Gobierno recordó que en ningún caso se deben interrumpir los servicios contratados mediante la figura de prestación de servicios, mientras se laboran y ponen en marcha los planes de acción para la formalización del empleo.*

*La Escuela Superior de Administración Pública les brindará a las entidades la asesoría y el acompañamiento técnico y jurídico que requieran.*

*Los jefes de las entidades y organismos estatales que a la fecha no han remitido el informe sobre contratos de prestación de servicios solicitado a través de las circulares conjuntas 5, 6 y 7 del 2011 serán reportados a los organismos de control, sin perjuicio de la obligación que aún tienen de presentar esa información”.*

Finalmente, en desarrollo de nuestro primer objetivo específico, podemos llegar a las siguientes:

## V. Conclusiones parciales del proyecto de investigación

En el presente avance de investigación se observa como primer diagnóstico en cuanto al estudio legal se refiere un régimen laboral que afecta los principios constitucionales referenciados por el artículo 53 superior en donde se habla de estabilidad laboral, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones



laborales; garantía a la seguridad social, que a manera de metáfora se puede reiterar que la dicha realidad de los trabajadores del SGSSS se encuentra en cuidados intensivos.

A pesar de que las reformas laborales entre los años 2000 y 2011 que no han sido coherentes y favorables para la clase trabajadora colombiana, se puede decir, que al menos formalmente se ha querido en los últimos años (2011-2012) “luchar” por el mejoramiento de las condiciones laborales de empleados del SGSSS por parte de tanto de la Corte Constitucional Colombiana como del Consejo de Estado, queriendo eliminar las cooperativas de trabajo asociado y la tercerización del empleo por medio de contratos de prestación de servicios.

Finalmente, se desea al concluir la investigación (desarrollo los objetivos específicos restantes) obtener resultados y conclusiones referentes al impacto de la reforma laboral y los ajustes institucionales sobre la situación laboral del personal de salud en las empresas sociales del estado del departamento de Boyacá, durante el período 2000 – 2011, con la realización de trabajos de campo (encuestas) de conformidad al diseño metodológico que permitirán definir y plasmar cual ha sido el verdadero resultado de la aplicación del derecho laboral en la práctica laboral del personal de las E.S.E. en Tunja, Duitama, Paipa y Sogamoso.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arroyo, J. (2000) “Situación y desafíos en el campo de los recursos humanos en salud en el Área Andina en los albores de los 2000”. Organización Panamericana de la salud.
- Benavides, E. (2009) “Las Cooperativas de Trabajo Asociado en Colombia”. Revista Deslinde No. 44. Abril-junio de 2009. p.69.
- Cañón, L. (2007). “Una visión integral de la seguridad social. Editorial Universidad Externado de Colombia”. Bogotá.
- Cárdenas, R. (2011) “Derecho Laboral: Del tripartismo al bipartismo (evolución, involución, mercado y servidumbre)” Revista Principia Iuris N° 15- 1
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991) Constitución Política. Editorial Legis.
- Colombia. Congreso de la República. (1990) “Ley 50 del 28 de diciembre de 1990”. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.
- Colombia. Congreso de la República. (1993) “Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993”. Por medio de la cual se crea Sistema Integral de Seguridad Social.
- Colombia. Congreso de la República. (2002) “Ley 789 del 27 de diciembre de 2002”. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.
- Colombia. Congreso de la República. (2006) “Ley 1122 del 9 de enero 2006”. Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 313 de 2008, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, en lo relativo a las multas por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
- Colombia. Congreso de la República. (2011) “Ley 1438 del 19 de enero de 2011” Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
- Colombia. Congreso de la República. (2011) “Ley 1444 de mayo 4 de 2011” Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.
- Corte Constitucional Colombiana (2012). Sentencia C- 117 de 2012. Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
- Franco, Á. (2006). “Efecto del ajuste estructural sobre la situación de salud en América Latina y el Caribe, 1980-2000”. Universidad de Antioquia. Medellín.

Giraldo, C. (2007). ¿Protección o desprotección social?. Ediciones Desde abako. Bogotá.

Méndez, C. (2003). “Metodología: diseño y desarrollo del proceso de investigación. Editorial McGraw Hill”. Bogotá.

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. (2008). “Recursos humanos de la salud en Colombia. Balance, competencias y Prospectiva”. CENDEX Universidad Javeriana. Segunda edición. Bogotá.

Organización Panamericana de la Salud. RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR SALUD: El caso de la ciudad de Cali. (s.f.) Recuperado el 7 de Mayo de 2013.[http://www.paho.org/col/index.php?option=com\\_content&view=article&id=825:relaciones-laborales-en-el-sector-salud-el-sgsss-en-colombia-el-caso-de-la-ciudad-de-cali&catid=682&Itemid=361t](http://www.paho.org/col/index.php?option=com_content&view=article&id=825:relaciones-laborales-en-el-sector-salud-el-sgsss-en-colombia-el-caso-de-la-ciudad-de-cali&catid=682&Itemid=361t)

