



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Estabilidad laboral de especialistas en medicina interna en la ciudad de Bogotá: comparativo entre la contratación pública y privada.

Jackeline Cruz Romero

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D. C., Colombia

2023

Estabilidad laboral de especialistas en medicina interna en la ciudad de Bogotá: comparativo entre la contratación pública y privada.

Jackeline Cruz Romero

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
**Magíster en Derecho con área de profundización en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social**

Director:
Mg. Daniel Alberto Libreros Caicedo

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D. C., Colombia

2023

A la memoria de mis padres

María del Carmen Romero Huertas, fiel reflejo de la entereza y amor por la vida, ni la esclerosis múltiple la detuvo para lograr brindarnos su amor y cuidados.

Jorge Benjamín Cruz Alonso, trabajador incansable, ejemplo de fortaleza, a pesar del cáncer, no perdió la esperanza de recuperar su salud.

A Rafael Eduardo por su apoyo incondicional en los momentos más difíciles.

Al personal de la salud que día a día mantienen en pie el sistema de salud.

A la Doctora Diana Colorado, por su valioso tiempo, aportes, y sus enseñanzas en especialización y maestría sobre el sistema general de seguridad social en salud, que sin duda alguna fueron insumo valioso para el presente trabajo.

Al Doctor Daniel Alberto Libreros Caicedo mis agradecimientos por su paciencia, dedicación y dirección en el presente trabajo de tesis, sus conocimientos sobre la financiarización, globalización me ayudaron a comprender de una forma diversa la fluctuación del mercado de la salud.

Resumen

Estabilidad laboral de especialistas en medicina interna en la ciudad de Bogotá: comparativo entre la contratación pública y privada.

El presente trabajo de investigación realiza un comparativo entre las formas de vinculación al sector público y privado del personal de la salud, evidenciando la precariedad laboral de los médicos especialistas en medicina interna en Bogotá, con la contratación a través de figuras que han sido introducidas por la flexibilización de las normas laborales, figuras que no cumplen con las perspectivas del trabajo decente y digno. Para ello es necesario partir de un análisis descriptivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, sus antecedentes, la doble dimensión del concepto de salud como servicio y derecho fundamenta con la sentencia T-760 de 2008, su financiarización en integración con la globalización económica, para así entender su concepto como mercado del cual el personal de la salud es un elemento esencial, destacamos dentro del presente trabajo la crisis mundial a la que se vio enfrentada el personal sanitario por la declaratoria de pandemia mundial por COVID 19 que agudizo las condiciones de precariedad del personal de la salud.

Palabras clave: (Talento humano en salud, salud tercerización flexibilidad laboral financiación del sistema de salud medicina interna).

Abstract

Job stability of internal medicine specialists in the city of Bogotá: a comparison between public and private.

This research work makes a comparative study between the forms of linkage to the public and private sector of health personnel, evidencing the labor precariousness of internal medicine specialists in Bogota, with the hiring through figures that have been introduced by the flexibilization of labor regulations, figures that do not comply with the prospects of decent and dignified work. For this, it is necessary to start from a descriptive analysis of the General System of Social Security in Health in Colombia, its background, the double dimension of the concept of health as a service and right founded with the sentence T-760 of 2008, its financialization in integration with the economic globalization, in order to understand its concept as a market of which the health personnel is an essential element, we highlight within the present work the world crisis faced by the health personnel due to the declaration of a world pandemic by COVID 19 which aggravated the conditions of precariousness of the health personnel.

Keywords: (Human talent in health, health, outsourcing, labor flexibility. financing of the health system, internal medicine).

Contenido

Resumen	VII
Lista de figuras.....	XI
Lista de abreviaturas y siglas.....	XII
Introducción	1
1. Tensiones entre las diferentes formas de contratación laboral en el sector privado y Público, en el sistema de salud	5
1.1 Las relaciones de trabajo en Colombia entre el contrato laboral y la flexibilidad.	5
1.2 El Contrato de trabajo	8
1.3 La subordinación	10
1.4 Globalización en el mundo del trabajo.....	12
1.5 Formas jurídico-laborales atípicas.....	15
1.6 La subordinación en Colombia implementación normativa, evolución y flexibilización.....	21
1.7 Modalidades de contratación materia laboral sector privado.	23
1.7.1 Clasificación según la forma	23
1.7.2 Clasificación según la duración.....	24
1.7.3 Acceso a la seguridad social como elemento clave de la formalidad del empleo.	26
1.7.4 Contrato de prestación de servicios en el sector privado.	27
1.8 Vinculación al servicio del Estado, sector público.....	27
1.8.1 Contrato de Prestación de servicios en las entidades públicas:	30
1.8.2 Prohibición legal para las Entidades Sociales del Estado (ESE) y los hospitales públicos de delegar en contratos de orden de prestación de servicios (OPS) funciones de carácter permanente	32
1.9 Otras formas de contratación que se han introducido en el ordenamiento jurídico como mecanismos de flexibilidad laboral, cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales y contrato sindical	34
1.9.1 Cooperativas de Trabajo asociado.....	36
1.9.2 Contrato Colectivo Sindical	37
1.9.3 Empresas de servicios temporales.	40
1.10 Condiciones de trabajo en la especialidad de medicina interna en la ciudad de Bogotá.	42
2. El sistema de salud en Colombia mercantilización y enfoque de derechos.....	53
2.1 Antecedentes del Sistema de Seguridad Social de Salud colombiano.	53
2.1.1 Periodo de dispersión: hasta 1945.....	54

2.1.2	Período de organización del sistema: desde 1945 hasta 1967	54
2.1.3	Periodo de expansión (1967-1977).....	55
2.1.4	Período de cambios y crisis: 1977 a 1990.....	55
2.1.5	Periodo de reformas estructurales	56
2.1.6	Expedición de la Ley 100 de 1993 organización del sistema de salud.	57
2.2	Estructura financiera y de administración en el sistema de salud colombiano. .	63
2.2.1	La Financiarización de la Economía a escala Internacional:	63
2.2.2	Un Nuevo Orden Jurídico Internacional:	66
2.2.3	Latinoamérica en la Globalización financiera:	68
2.2.4	Los cambios normativos en Colombia durante la década del noventa:	69
2.3	Instituciones Prestadoras De Salud (IPS) Como Empresas	86
2.4	La salud como derecho humano	87
2.5	Derecho a la salud doble dimensión como servicio y como derecho fundamental Sentencia T-760 de 2008.....	88
3.	La precarización laboral del talento humano en salud, análisis enfocado a la especialidad de medicina interna.....	91
3.1	Problemáticas del Talento humano en salud en Colombia	93
3.1.1	Oportunidades de empleo e ingresos:	100
3.1.2	Promoción de los derechos fundamentales en el trabajo-	101
3.1.3	Principio de la primacía de la realidad como mecanismo judicial para reconocimiento de contratos laborales	103
3.1.4	Protección Social en las diferentes formas de contratación del talento humano en salud:	108
3.2	Pandemia por covid-19, sensibilización de la importancia del Talento humano en salud. 110	
3.2.1	Organización Internacional del Trabajo determinó cinco formas de proteger al personal de salud durante la crisis del COVID-19	113
3.3	Tratamiento de las entidades estatales a las problemáticas del Talento Humano en Salud.	114
3.3.1	Avances en el mejoramiento de las condiciones dignas y de trabajo decente para el sector salud:	117
3.3.2	Ley de residencias medicas.....	117
	Conclusiones.....	121
	Referencias Bibliográficas.....	127

Lista de figuras

Figura 1: Contratos sindicales por rama económica	39
Figura 2: Entidades con mayor número de contratos sindicales.	39
Figura 3: contratación de personal sanitario 2022	41
Figura 4: Profesionales especializados en medicina interna en Colombia. 2011-2020.	44
Figura 5: Prestadores de servicios de salud en Bogotá.	45
Figura 6: Oportunidad de la atención médica por especialidad en Bogotá.....	46
Figura 7: Incremento de la cobertura de salud a nivel nacional 1995-2022.	59
Figura 8: Estadística de tutelas por derechos 2022	90
Figura 9: Horas de trabajo personal sanitario.	98
Figura 10: Contagio personal de la salud por COVID-19 América Latina.....	112

Lista de abreviaturas y siglas

Abreviatura Término

AL	Auto de Sala de Casación Laboral
APL	Auto de Sala Plena
C	Sentencia de constitucionalidad
CC	Corte Constitucional
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CS de la J	Consejo Superior de la Judicatura
Exp.	Expediente
Rad.	Radicación interna
SL	Sentencia de Sala de Casación Laboral
STL	Sentencia de tutela de la Sala de Casación Laboral
STP	Sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal
T-	Sentencia de tutela
Art.	Artículo
C.S.T	Código Sustantivo del Trabajo
CE	Consejo de Estado
OPS	Orden de Prestación de Servicios
ESE	Empresa Social del Estado
EPS	Empresa Prestadora de Servicios de Salud
IPS	Instituciones Prestadoras de salud
UPC	Unidad de Pago Percapita
SGSSS	Sistema General de Seguridad Social en Salud
PBS	Plan de Beneficios en Salud

Introducción

La medicina interna constituye una de las especialidades clínicas con más diligencia en el sistema de salud, de mayor contacto con la medicina general y familiar, siendo clave en la atención primaria en salud; al tiempo que es la especialidad con mayores relaciones de reciprocidad o interdependencia con la mayoría de las especialidades clínicas, quirúrgicas y de diagnóstico. Así mismo, es una de las especializaciones de mayor relevancia clínica y epidemiológica por su efectividad en el manejo de enfermedades crónicas e infecciosas, es por ello que la medicina interna se vincula a un aumento de la carga laboral en todos los niveles asistenciales y administrativos, intra y extrahospitalarios, dada su relevancia en el diagnóstico, tratamiento y manejo de los pacientes complejos (Luna García, (2015)).

En Colombia, pese a existir garantías constitucionales para los trabajadores, los efectos y exigencias de la flexibilidad laboral, especialmente en el sector de la salud, han traído formas de precarización de las relaciones laborales. Las diversas formas de contratación para emplear a los especialistas y sub especialistas médicos no contemplan en su totalidad los derechos que le asisten por orden constitucional al trabajador en el ámbito laboral y de seguridad social (art. 53 y 48 de la Constitución Política), incidiendo de manera directa en la calidad de la prestación de los servicios de salud a la población.

En Colombia, con la expedición de la Ley 50 de 1990, se introdujeron modificaciones al C.S.T en sus partes individual y colectiva, dentro de las cuales se implementó el concepto de Empresas de Servicios Temporales y su funcionamiento, la eliminación de estabilidad reforzada respecto de los trabajadores con más de 10 años de servicio, la creación del régimen de liquidación anual de cesantías, la contratación a término fijo por períodos inferiores a 1 año, se introdujo la figura del salario integral, entre otras modificaciones que tenían como propósito flexibilizar el mercado laboral para que se generaran más oportunidades de empleo.

Adicionalmente la Ley 789 de 2002, también oficializó una política de flexibilización laboral, relacionada estrechamente con la globalización y la firme internacionalización de la economía, la cual implantó cambios importantes en las relaciones laborales, al hacer una reducción de las indemnizaciones por despido injusto, reducir el pago de horas extras y disminuir los recargos por festivos y dominicales entre otros.

Las normas que flexibilizan la contratación no son ajenas al personal sanitario, si bien el sistema de salud se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, esta norma no contempla un marco jurídico que especifique las condiciones laborales del personal de la salud, esta Ley se centra en determinar, a partir de su artículo 152, la organización del sistema de salud, las entidades que lo integran, entre otros tópicos. Fue tan solo hasta el año 2007 con la expedición de la Ley 1164 por la cual se establecen disposiciones sobre los procesos de planeación, formación, vigilancia y control del ejercicio, desempeño y ética del Talento Humano del área de la salud.

En nuestro país la dinámica del sistema de salud opera bajo los supuestos de un mercado, en tanto hay un intercambio de servicios entre las personas que necesitan estar sanas y los oferentes que prestan los servicios dentro del sistema de salud, limitando la calidad de la atención en salud a la capacidad económica de los usuarios. Las personas demandan servicios en un ambiente de competencia imperfecta, en el cual se encuentra un nicho de productos médicos y hospitalarios. Este mercado de la salud, a su vez, hace parte de un proceso complejo de transnacionalización de la economía que ha venido operando en las últimas décadas y que ha sido caracterizado como Financiarización, una nueva fase de internacionalización en la producción de bienes y servicios intermediada en los mercados de capitales y en las transacciones financieras en general. Por ello es importante para este trabajo estudiar el concepto de financiarización como resultado de la globalización y cómo estos términos juegan un papel determinante en el mercado de la salud.

El talento humano en salud está inmerso en este mercado de servicios hospitalarios y médicos a hora transnacionalizado, sin embargo, esta importante fuerza laboral, presenta una continua vulneración de sus derechos en el desempeño de sus profesiones en los diferentes tipos de contratación que les ofrece el mercado de la salud, como por ejemplo, la orden de prestación de servicios (OPS) que puede conllevar a ocultar un contrato

realidad, tal como lo han reconocido las altas cortes (Barona Betancourt (2012)), además del uso abusivo de la tercerización, la baja remuneración (FEDESARROLLO (2001)), la intermediación laboral, la mala utilización del contrato sindical de forma ventajosa por los sindicatos, la contratación a través de prestación de servicios, el no pago de honorarios (FEDESARROLLO (2011-2012)), la falta de insumos, el no pago de los aportes a seguridad social, la violencia en el lugar de trabajo (LUNA, Jairo 2011-2012) entre otros de los tantos males que aquejan a esta importante fuerza laboral.

No obstante, pese a ser considerada la salud como un servicio, en Colombia se produjo un hito con la Sentencia T-760 de 2008 en la que se estudiaron varios expedientes en los que se trataba el reconocimiento del derecho a la salud, en esta importante sentencia se analizaron diferentes facetas de dicho derecho y sus implicaciones, con la finalidad de garantizar su goce universal equitativo y efectivo, a partir de esta sentencia se empieza a considerar a la salud con una doble connotación, como un derecho fundamental y un servicio, así, lo señala la Corte Constitucional en la sentencia T-121 del año 2015.

A partir de la consideración de la salud como derecho fundamental, la acción de tutela se ha convertido en una herramienta judicial eficaz, a través de la cual los ciudadanos pueden lograr su protección inmediata, gracias a las características de sumariedad, informalidad y prevalencia. Valga anotar que entre el periodo comprendido entre el año 2019 y 2022 se han presentado un aproximado de 448.732 acciones de tutela, en las que los accionantes solicitan la protección del derecho a la salud (Corte Constitucional, 2023).

Bajo ese contexto, el objetivo primordial de este trabajo está centrado en identificar las condiciones laborales del personal sanitario especializado en medicina interna, tanto en el sistema público como en el sistema privado, en el marco de la contratación laboral flexible que ha permitido diferentes tipos de relaciones contractuales, en detrimento de las garantías laborales y derechos sociales.

Para ello tomaremos como punto de partida el pronunciamiento de la Corte Constitucional realizado en la sentencia T-760 de 2008, en el que se deja de entender la salud exclusivamente como un servicio, conforme el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, sino que también es un derecho fundamental de básica necesidad humana *“un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de dolencia*

o enfermedad". (C.C. Sent.T-636 (2007)). A partir de pronunciamientos como este, se han tenido avances en la cobertura, en el financiamiento para la equidad social, la atención a la enfermedad de los sectores pobres de la sociedad (Procuraduría General de la Nación (2008)), cambios que se han materializado a partir de normas como la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015.

En este documento, es importante resaltar el trabajo del personal de la salud durante la pandemia por el COVID-19, que nos demostró la fortaleza y capacidad del personal médico para salvar el mayor número de vida posibles y enfrentar una de las mayores crisis sanitarias de la última década; durante la pandemia, los especialistas en medicina interna tuvieron que asumir importantes roles como cubrir a otras especialidades v.gr la de medicina de cuidados intensivos ante la alta mortalidad que trajo el virus.

En razón de la importancia de los especialistas en medicina interna es necesario poder responder a la siguiente cuestión: ¿Cuáles son los mecanismos jurídicos para que los especialistas en medicina interna como parte del talento humano en el sector de la salud, logren una mayor estabilidad laboral y garantías sociales en las diferentes Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, tanto en el sistema público como privado de Bogotá?

Para dar respuesta a esta pregunta analizaremos las tensiones que se producen entre el derecho laboral y civil en relación con la contratación laboral en el sistema de salud en Colombia, que no son exclusivas del sector privado, han sido llevadas al sector público. Posteriormente, analizaremos la evolución en Colombia del Sistema General de salud y su financiamiento, y como a los profesionales de la salud se les han precarizado los derechos laborales por las interacciones económicas que se gestan en el servicio de la salud como mercado, para así avanzar en la aplicación de los principios constitucionales en conexión con la dignidad humana.

1. Tensiones entre las diferentes formas de contratación laboral en el sector privado y Público, en el sistema de salud

En este primer capítulo se abordarán las formas de contratación que se emplean en el sistema de salud en Colombia para el personal sanitario, partiendo en primera medida de la definición de trabajo y de contrato de trabajo, para detenernos en uno de sus elementos de mayor relevancia, la subordinación, elemento fundamental para determinar en instancias judiciales la existencia de una relación laboral, y así, entender cómo se desarrollan las relaciones de trabajo en Colombia. Luego se hará un análisis del uso de algunas figuras contractuales del derecho civil para emplear a los profesionales de la salud precarizando sus condiciones de trabajo.

1.1 Las relaciones de trabajo en Colombia entre el contrato laboral y la flexibilidad.

A través de la evolución social, el individuo ha tenido que desarrollar actividades físicas o intelectuales que le permitan obtener recursos para cubrir sus necesidades básicas y la de su núcleo familiar, actividades que pueden ser propias o ajenas, denominadas “trabajo” dentro de un entorno o medio social. El trabajo es, en sí mismo, tan antiguo como el propio individuo, convirtiéndose así en un elemento importante para la subsistencia (Chamocho Cantudo, Ramos Vázquez, (2013)), en Colombia la Constitución Política define el trabajo así:

“ARTÍCULO 25. *El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.*

Como puede observarse en el postulado constitucional se consagra el trabajo como un derecho de carácter fundamental y tutelable, es una actividad libre, que no puede ser prohibida ni impedida a quienes quieran ejercerla y el Estado tiene la obligación de proteger ese derecho, intrínsecamente relacionado con la posibilidad de llevar una vida digna.

La Corte Constitucional ha explicado que el trabajo tiene una triple connotación jurídica y política, señala:

“la lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la Ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.” (CC C-583 de 2014)

Señala este mismo pronunciamiento, la protección constitucional que se desprende del derecho fundamental del trabajo, como principio fundante del Estado Social de Derecho, señalando los artículos de la Constitución que se encuentran relacionados con el derecho del trabajo:

“La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el

*asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que “Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”. Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta. El **artículo 25** de la Constitución Política dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el **artículo 26** regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u 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; los **artículos 48 y 49** de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el **artículo 53** regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el **artículo 54** establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los **artículos 55 y 56** consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el **artículo 60** otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el **artículo 64** regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el **artículo 77** que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública; los **artículos 122 a 125** señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el **artículo 215** impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los “estados de excepción”, los derechos de los*

*trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el **artículo 334** superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el **artículo 336** de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores. (negrilla fuera del texto original)*

Como se puede observar, la sentencia C-583 de 2014, resalta la importancia constitucional del derecho del trabajo, sin establecer diferencias entre tipos de contratación laboral o civil, destacando el trabajo como un derecho fundamental.

1.2 El Contrato de trabajo

El C.S.T señala en el artículo 22, que se presenta un contrato de trabajo cuando una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. La norma en mención lo define como un consenso de voluntades entre empleador y trabajador, es un acto jurídico que tiene las siguientes características:

- Es sinalagmático, puesto que las partes se obligan recíprocamente, es decir, el trabajador a realizar la prestación y el empleador a pagar una remuneración en contraprestación.
- Es consensual, en otras palabras, se perfecciona con el solo consentimiento de las partes.
- Es oneroso, puesto que las partes tienen por objeto percibir utilidad del contrato.
- Es de tracto sucesivo, esto es, que se ejecuta a través del tiempo y este suceder de actos genera nuevas obligaciones de orden legal: primas, cesantías, vacaciones, indemnizaciones, entre otros.
- Puede ser verbal o escrito y debe establecer, por lo menos, la prestación personal que se contrata.
- Se considera un acto jurídico conmutativo en el sentido de condicionar su ejecución al cumplimiento recíproco de las obligaciones, de ahí que se pueda dar aplicación

al mutuo disenso tácito en caso de incumplimiento por parte del trabajador. (Granados Quimbaya, Perafán (2016)).

Así mismo, el C.S.T en el artículo 23 señala los elementos esenciales del contrato del trabajo:

- a) *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
- b) ***La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliquen al país, y***
- c) *Un salario como retribución del servicio.*

De la lectura de esta norma, es importante destacar el elemento de la subordinación o dependencia, frente al cual la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reitera que es determinante para identificar una verdadera relación laboral. Al respecto señala en pronunciamiento del año 2021:

“La subordinación se ha definido como un poder de sujeción jurídica y material entre dos personas y que en el ámbito de una relación laboral se concreta en “la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente” (CSJ SL-31262021 rad. (68162), 19/05/2021.).

En atención a este importante elemento pasaremos a analizar su evolución e importancia para identificar una relación de trabajo.

1.3 La subordinación

El profesor José Luis Ugarte, en su artículo “La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo”, indica que en el principio de las legislaciones laborales no se precisa un concepto de subordinación, esto obedece a que el legislador por las circunstancias del momento, como lo fue la revolución industrial, emitió normas, como respuesta a las condiciones económicas de miseria de los trabajadores, quienes estaban en total desprotección. En dicha obra, la subordinación es definida como criterio de calificación de las relaciones de trabajo, que cumple con la función de dotar de independencia al derecho laboral desde dos planos: en el normativo ya que unifica las normas existentes, siendo el derecho del trabajo una especie, y como segundo plano en lo dogmático, toda vez que unificó la reflexión científica distinguiéndola de las relaciones civiles, hasta el punto de tener al derecho del trabajo como ciencia o disciplina de estudio. (Ugarte (2005)).

Por otra parte, dentro de los autores latinoamericanos encontramos a Oscar Ermida Uriarte quien realiza una crítica de la subordinación y la define de la siguiente manera:

“el concepto de subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo fue propuesto, en los albores mismos de la formación de la disciplina, por un autor clásico, Ludovico Barassi, en su libro Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano, cuya primera edición fue publicada en 1901. Barassi definió la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.

En general, la doctrina latinoamericana acepta la subordinación como un elemento fundamental para la existencia del contrato de trabajo y, consecuentemente, para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho Laboral. Es de observar que buena parte de ella. Aun reafirmando el carácter esencial de la subordinación, considera que ésta no es un factor exclusivo para tal determinación, sino que puede estar acompañada de otros, tales como el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo”. (Ermida Uriarte, (2002) p 4).

En España, a título de ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores señala que la subordinación está presente cuando los servicios se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otro (Real Decreto Legislativo 2/2015, Art. 8.). En Gran Bretaña, el énfasis se encuentra en el poder de mando o poder de control del empleador sobre el trabajador. Es el empleador, en definitiva, quien detenta la potestad de determinar qué, cómo, dónde y cuándo realizar el trabajo.

En su texto, Uriarte manifiesta que existe una crisis de la subordinación, que hoy en día es cuestionada desde la economía neoliberal, desde la política y las pautas culturales, sin embargo, la dependencia o subordinación, ha venido sufriendo cambios de enfoque que tienen que ver, a su vez, con cambios en la producción. El paradigma Fordista que hacía fácil ver las diferencias entre subordinación y autonomía, ha sido superado por nuevas modalidades de relaciones personales de trabajo, no necesariamente del tipo clásico dependiente, aunque el tipo clásico no desaparezca.

Los cambios en el término de subordinación han sido producidos entre otros por la flexibilización laboral, el trabajo a distancia, la necesidad de reducir los costos sociales provocada por la competitividad de la globalización, la empresa virtual a través del outsourcing o tercerización de servicios, los cambios tecnológicos en materia de comunicaciones, la automatización y la robótica, la decadencia del derecho colectivo por la crisis sindical, los cambios en la negociación colectiva y las nuevas características de los conflictos de trabajo, están produciendo modificaciones trascendentales a las que debemos enfrentarnos y que exigen de nosotros una definición para afirmar la existencia, importancia y vigencia del derecho del trabajo. (Pérez Albela (2005))

En los últimos años se ha ido borrando la frontera entre el trabajo subordinado y el independiente, sus líneas se han ido desdibujando, ha crecido la duda en una zona intermedia en que el trabajo denominado parasubordinado puede quedar no incluido en el ámbito del derecho de trabajo. Hay muchas actividades que, siendo trabajo personal, no quedan necesariamente calificadas como trabajo subordinado y, por consiguiente, comprendidas en el ámbito protector del derecho del trabajo, por ser consideradas prestaciones independientes. Una de las causas de la transformación del concepto de subordinación es la globalización en el mundo del trabajo, por ello es necesario entender su definición.

1.4 Globalización en el mundo del trabajo

Los procesos de globalización desarrollados desde los siglos XX y XXI han generado diversas transformaciones en el mundo como, por ejemplo, se ha sustituido el papel del Estado-nación para dar paso a las relaciones de cooperación transnacionales por parte de los Estados y las Organizaciones Internacionales, se han generado profundos cambios en las dinámicas económicas a nivel mundial con la apertura de los mercados y el libre comercio, entre otras consecuencias.

En este orden de ideas, el mundo del trabajo se ha visto afectado por estas transformaciones económicas producto de los procesos de globalización, en especial porque el derecho del trabajo surge en un contexto económico en donde el libre comercio y las políticas de apertura de mercados no se encontraban desarrolladas, las dinámicas empresariales cursaban de una forma diferente, por ejemplo, las empresas se caracterizaban por ser una sola unidad grande que desarrollaba todos los procesos de producción, también contaba con una única plantilla de trabajadores y las relaciones de trabajo eran estables, sin embargo con las transformaciones económicas producto de la globalización, las dinámicas empresariales han cambiado. A grandes rasgos, las empresas han segmentado todos los procesos de producción con diferentes empresas, las plantillas de trabajo son muy reducidas, se flexibiliza las relaciones laborales con un alto grado de inestabilidad en el empleo para los trabajadores y bajo el desarrollo de formas de contratación atípica.

Estas nuevas dinámicas, han afectado profundamente el campo del derecho del trabajo, por lo que es pertinente revisar los elementos esenciales del contrato de trabajo, para determinar hasta qué punto han dejado de estar en uso o han perdido fuerza como consecuencia de las transformaciones de la globalización.

Las sociedades contemporáneas se han acompañado de grandes transformaciones, que se expresan en los cambios de paradigmas. Para el profesor Kuhn, ello daría cuenta del desarrollo de una ciencia determinada, con sus periodos “normales” y sus “revoluciones”. La pluralidad de escenarios societales induce cambios en las estructuras de los poderes

públicos. Las revoluciones científicas y tecnológicas han llegado a los ciudadanos mediatizando sus vidas y sus entornos sociales. (Torres Corredor, (2022))

El derecho del trabajo desde sus inicios se caracterizó por la protección a los trabajadores subordinados jugando un papel central en la determinación de los contratos de trabajo, Ojeda Avilés citando al autor KAHN-FREUND (2010), señala que: “ (...) *la relación de empleo es en sus inicios un acto de sumisión y en su desarrollo tiene condición subordinada, sin importar hasta qué punto la sumisión y la subordinación pueden ser canceladas por esa indispensable ficción de la mente legal conocida como el contrato de trabajo. (...)*” (Ojeda Avilés (2010) p. 43)

Como se señaló anteriormente, el derecho del trabajo se caracterizó por la protección al trabajador subordinado, no obstante, muchas garantías del derecho del trabajo son aplicadas a otra clase de trabajadores que no son subordinados, el autor señala:

“(...) Algunos de los derechos asignados a los trabajadores subordinados también se conceden a los trabajadores autónomos y semiautónomos, como los de seguridad y salud, por lo que el ámbito subjetivo de la legislación laboral se expande al tiempo que se relativiza; una expansión que halla su plena justificación en el despliegue de la propia función integradora del Derecho del Trabajo (...) Es la crisis de la subordinación como criterio para determinar el ámbito del Derecho del Trabajo, crisis inducida por las nuevas fórmulas productivas, como la externalización, el trabajo telemático o el trabajo funcionalmente integrado (...)” (Ojeda Avilés (2010) p. 85-86).

El autor Ojeda Avilés manifiesta que el derecho del trabajo tiende a fracasar en la medida en que se continúe con esa pretensión totalizadora, de tomar la parte de la subordinación como el único elemento determinador de las relaciones de trabajo, por lo cual el autor señala que se debe renunciar a esa pretensión totalizadora para poder extenderse a todas las formas jurídico – laborales existentes.

En el texto Apología Para Un Derecho Social Colombiano, Leonardo Corredor Avendaño, señala que:

“(…) se manejan nuevas relaciones de poder traducidas de facto en la transformación de la subordinación verticalizada exterminando la autoridad jerárquica a la vez que se abre un espacio a una especie de subordinación horizontalidad el traslado de la subordinación hacia un concepto de dependencia económica, cristalizada en la sujeción de este tipo de vinculación frente al poderoso contratante que camufla los hilos del poder de facto”. (Corredor Avendaño (2018) p. 261, 262)

Así mismo nos indica en este artículo que la incidencia de la estrategia económica empresarial en el mercado del trabajo, está enmarcada en el ámbito de la globalización, y se caracteriza por: la prevalencia del capital sobre el trabajo, la sustitución de la mano de obra por tecnología, la no intervención del estado en las relaciones laborales individuales, la tendencia hacia la limitación de las relaciones colectivas, la descentralización de la organización del trabajo, el aumento del desempleo, las empresas industriales se multilateralizan para la producción industrial, la externalización de los trabajos entre otras.

Los indicadores de la subordinación podrían ser: la relación jerárquica; la sujeción a la función organizadora y directiva del titular, y a la actividad propia de la empresa; la dación de órdenes e instrucciones y la voluntad prevaleciente del empleador; la dirección y control, y el ejercicio del poder disciplinario y sancionador por quien proporciona el trabajo; el carácter personal del servicio, la exclusividad, la continuidad, el horario y los controles; el marco reglamentario interno, la prestación diaria, la disponibilidad personal, el lugar específico de la prestación y la ajenidad, entre otros.

Sin embargo, se señala en el texto la prueba de laboralidad o de indicios, en el que se realiza un análisis positivo y negativo para determinar si existe o no relación laboral, con base en la sentencia STS 9-12-2004 del tribunal supremo español señalando lo siguiente

En cuanto a la dependencia:

- *asistencia al centro de trabajo del empleador.*
- *sometimiento a horarios.*
- *desempeño personal del trabajo, compatible con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones.*
- *programación por el empleador de la actividad del trabajador*

- *ausencia de organización empresarial propia del trabajador.*

En cuanto a la ajenidad:

- *entrega o puesta a disposición del empresario de los productos elaborados o de los servicios realizados.*
- *adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o relaciones con el público.*
- *carácter fijo y/o periódico de la remuneración del trabajo.*
- *Cálculo de la retribución según un criterio que guarde cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario y el ejercicio libre de las profesiones.*
- *percepción de una retribución garantizada a cargo de una entidad intermediaria en la prestación de servicios*
- *remuneración en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados.*
- *remuneración por capitación. (Corredor Avendaño (2018) p. 269)*

El test de indicios según el autor tiene un análisis negativo de existencias de relaciones laborales, en el que se analizan los siguientes puntos:

- *Percepción de honorarios por actuación, esos servicios son fijados de acuerdo a indicaciones corporativas.*
- *Percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes.*
- *Retribución aleatoria no garantizada directa o indirectamente.*
- *Existencia de tarifas gremiales para la fijación de la retribución.*
- *Remuneración de servicios por evento cubierto es decir una tarea profesional concreta. (Corredor Avendaño (2018) p. 270)*

1.5 Formas jurídico-laborales atípicas

Entre las formas jurídicas laborales atípicas el autor Ojeda Avilés, plantea la forma del empleador subordinado, que se produce cuando grandes empresas subcontratan a otras

empresas el desarrollo de sus actividades, y se puede evidenciar que, en el mercado, la empresa principal es quien consigue los contratos para repartirlos entre las otras empresas, quedando aquella liberada de ciertos costos laborales.

Las subcontratación, representa un fenómeno jurídico laboral diferente, si bien las subcontratas no son nuevas en el mundo, en los últimos años éstas han tenido una evolución importante que ha favorecido a las empresas (Ojeda Avilés (2010)), el autor mencionado señala que el tema de la identidad del subcontratista va a ser de gran relevancia en la legislación, para los casos donde se cede parte o toda la ejecución propia de una empresa a un tercero y la posible responsabilidad solidaria que está puede generar.

Igualmente, señala que en este fenómeno de la subcontratación participan, el promotor, quien es la persona física o jurídica que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación; también se encuentra el propietario del terreno o servicio que se va a realizar; y por último está el subcontratista o empresarios auxiliares, subordinados al empresario principal (Ojeda Avilés (2010)).

El proceso de subcontratación ha generado una serie de peculiaridades en los procesos de deconstrucción del derecho del trabajo, el profesor manifiesta que la subcontratación se ha convertido en la figura predilecta de contratación del nuevo orden económico, esto como consecuencia de los avances en la economía, los procesos de reparto entre los pequeños y medianos empresarios de las partes de la producción, la posibilidad de prescindir de unas actividades cuando dejan de ser útil. también esta figura permite la división y especialización en los procesos de producción del trabajo, generando menores costos de producción y el acceso a un mercado secundario de empleo. (Ojeda Avilés (2010))

Los ordenamientos jurídicos han respondido a este fenómeno de diversas formas, primero se ha procedido por determinar una responsabilidad al empresario principal por las decisiones laborales vinculadas, y se han generado teorías de la responsabilidad derivada cuando dos o más empresarios generan un proceso de dirección frente a unos trabajadores; en segundo lugar, se ha determinado un grado de responsabilidad cuando

la contrata se realice en el centro lugar de trabajo de la principal, pero esta regla puede tener una excepciones; de igual forma se ha determinado que puede existir un grado de responsabilidad cuando existe la presencia de medios personales empresariales, se ha propuesto que la responsabilidad solidaria se limita solamente a las condiciones percibidas por los trabajadores, pero también se ha señalado que la empresa principal debe poner interés en conocer hasta al último de sus empresarios auxiliares y deben prevenir los riesgos laborales en sus centros de trabajo so pena de responder por los mismos.

Otro fenómeno que impacta en el mundo del trabajo son los grupos empresariales, esta figura obedece a dos circunstancias según Ojeda a la articulación de varias empresas para poder competir de una mejor forma y para limitar la responsabilidad jurídica de sus acciones, estos grupos pueden constituirse de manera contractual o de manera fáctica. En lo concerniente al derecho del trabajo, el punto central para determinar esta figura se centra en el control de una empresa sobre otra u otras, estos grupos pueden ser nacionales o multinacionales, otros elementos que los caracterizan son:

- El funcionamiento unitario de las empresas que integran el grupo.
- Una planilla única de trabajadores.
- Confusión de patrimonios.
- Apariencia externa de unidad de dirección.
- Prácticas abusivas en desmedro de los trabajadores.

Se plantea en este sentido por parte del autor Ojeda Avilés, que se debería establecer los requisitos para la conservación de derechos adquiridos durante la circulación del trabajador por el grupo, y no que simplemente se califique como una cesión ilegal. (Ojeda Avilés (2010))

Alguna de las respuestas dadas por la doctrina consiste en sostener que en los casos donde se presente controversia por alguna acreencia laboral, el trabajador puede demandar ante cualquier empresa del grupo empresarial, pues estas empresas actúan de forma descentralizada pero cooperada.

Dentro del capítulo de subcontratación el escritor trae a colación las franquicias, definidas como el contrato entre dos partes jurídica y económicamente independientes, a cuya virtud una de ellas, el franquiciador, otorga a la otra, el franquiciado, el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial y comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica.

La doctrina incluye al contrato de franquicia dentro de los contratos de colaboración mercantil, dando a entender la débil conexión entre el empresario principal y el subordinado, y en cualquier caso, la independencia entre ambos pues se trataría de una cooperación económica duradera que no conlleva, empero, la unidad jurídica; para ejemplificarlos, el autor lo compara con las licencias de fabricación o distribución.

Entre las ventajas de la franquicia se encuentra, la creación de empleo autónomo para quien adquiere la franquicia y el fomento de la creación de empresa, así mismo, implica el respaldo de la red empresarial creada por la marca y lograr una red de distribución con bajo costo, sin embargo, como una desventaja señala el autor la pérdida de control para el franquiciado

La evolución de la franquicia ha traído la complejidad progresiva de las relaciones laborales. Según el objeto las franquicias pueden ser de producción, distribución Industrial o de servicios; según el grado de integración hallaremos la franquicia asociativa, financiera, activa, integrada, semi integrada vertical y horizontal; y según la causa la multi-franquicia, pluri-franquicia, franquicia córner y franquicia Máster. En la práctica, el tipo más frecuente de utilización de la franquicia es la comercial o de distribución. Aspectos como las visitas de evaluación o el control de cuentas no logran establecer un tipo de dependencia idéntico al laboral.

Según el profesor Ojeda Avilés, muchas veces el empresario franquiciado puede llegar a estar subordinado si se comprueba que hay una dependencia económica y su ordenación personal, y se manifestaría una intencionalidad fraudulenta en los supuestos de franquicia con personas físicas; pero desenmascarar estas relaciones es competencia de los tribunales o los árbitros. El escritor realiza una similitud con las muñecas rusas haciendo alusión a un fraude enquistado que consiste en franquiciar a una sociedad cuyo gerente, o director, o titular sea realmente el trabajador.

Para los trabajadores de las franquicias los problemas pasan a ser distintos pues a pesar de que las organizaciones sindicales de clase les ofrecen un fácil medio de sindicación y facilidades representativas y negociadoras de la cuales carecen los franquiciados, no parece existir identidad como para permitir actuaciones colectivas específicas, ni siquiera en los sectores donde parece disponer de un peso relevante como los de comida precocinada o mensajería.

El autor Ojeda Avilés nos habla del empleador difuso, haciendo referencia a la disminución del número de trabajadores por cada empresario, según el hecho de la multiplicación del número de empresarios por cada trabajador: en el ámbito de las tecnologías de la información y comunicación, unos pocos trabajadores pueden estar cubriendo los objetivos empresariales de varias firmas al mismo tiempo, como una aproximación a los trabajadores autónomos cuya actividad es dirigida a una pluralidad de clientes.

Dentro de esta modalidad enmarca el autor a las empresas de trabajo temporal, dedicadas a suministrar personal a otras empresas, manteniendo la titularidad del contrato de trabajo con los trabajadores cedidos, este tipo de empleador difuso se enmarca, en el mercado laboral, con la flexibilización. Según downsizing el trabajador tendría dos tipos de empresario: uno formal y otro material, poderes que no siempre son identificables.

La OIT en el Convenio 181 de 1997 sobre agencias de empleo privadas, incluyó expresamente a las empresas de servicios temporales, a efectos de permitir su funcionamiento y al tiempo, proteger a los trabajadores empleados por ellas, estableciendo un sistema de licencias o autorizaciones para determinar las actividades de la cesión de trabajadores, también autoriza una posible prohibición de la actuación de las empresas de servicios temporales en ciertas ramas económicas, para ciertas categorías de trabajadores.

La temporalidad constituye un elemento estructural del préstamo de mano de obra, en el sentido de cubrir necesidades eventuales o imprevistas de una persona. Si una empresa necesita con urgencia un especialista a quien sólo requiere para un tiempo concreto de actividad, parece lógico que se acuda a una empresa de servicios temporales, que posee un amplio fichero. Desde la perspectiva de los trabajadores, servir a una red desde una mínima plataforma funcional puede llegar a convertirse en precariedad e inseguridad, laborar con objetivos difusos.

Retomando el análisis que realiza el autor citado, manifiesta que la tecnología y las redes encarnan uno de los abismos de la deconstrucción del derecho del trabajo, pues la inseguridad de la desinformación, la falta de instrumentos jurídicos para la defensa del trabajador, aparecen en tales estructuras en todo su esplendor, pero sobre todo muestran los males del empresario difuso. El progreso tecnológico viene impulsando transformaciones a nivel global sobre las formas de organización de la producción.

El profesor Ojeda Avilés define las redes de empresas, como una coordinación empresarial estable de medios instrumentales con repercusión laboral, para impulsar los objetivos propios de cada empresa miembro; indica además, que es una coordinación estable aunque no necesariamente permanente, con influencia directa sobre unos o varios trabajadores para impulsar los objetivos propios de cada empresario, no para sustituirlos como entidad empresarial, el autor manifiesta la dificultad para identificar este tipo de redes y evidencia algunos de sus tipos:

1. Las Agrupaciones de Interés Económico, definidas como un instrumento de los socios agrupados.
2. Las Uniones Temporales de Empresas, que tienen por objeto la colaboración entre empresas para hacer posible la ejecución de una obra, servicio o suministro fijado.
3. Las Agrupaciones Portuarias de Interés económico, con un carácter público.
4. Las Agrupaciones Europeas de Interés Económico, constituidas por personas físicas o jurídicas de los diferentes estados de la unión europea.

Continúa el profesor español indicando las transformaciones que ha tenido el trabajador hasta llegar a convertirse, hoy en día, en un trabajador nómada, caracterizándose por la precariedad y temporalidad. El trabajador periférico según Ojeda Avilés surge en los años 80 con la globalización, informatización del trabajo y la atomización de las empresas. El tradicional ámbito seguro y tranquilo comenzó a sufrir estremecimientos intensivos y progresivos, en donde las fronteras se tornan difusas, generando una crisis para el derecho del trabajo.

El trabajador periférico pasa a someterse a patrones estándar que consagran su distanciamiento y, al mismo tiempo, su proximidad al contrato de trabajo, las situaciones

periféricas descritas pueden agruparse de este modo en tres grandes grupos bastante heterogéneos:

- a. Trabajos menores ya sea por su corta duración su aplicación a tiempo parcial u otras circunstancias.
- b. Trabajo autónomo con dependencia económica.
- c. Trabajo irregular o informal.

No todo el trabajo realizado en la economía informal es trabajo subordinado, ni tampoco exclusivamente autónomo, en principio, hay tres situaciones a diferenciar: la del autónomo, la del subordinado y en medio de ellas el semindependiente o semiautónomo, este último con una situación ambigua en donde coexisten falsos autónomos con verdaderos autónomos que sin embargo dependen económicamente de un empresario.

El doctor Ojeda Avilés, opina que la creación de un mundo intermedio, con la regulación básica referida a los aspectos personales del trabajador, ha obtenido ya algunas de las manifestaciones que deben tenerse en cuenta a pesar de las reticencias de la doctrina. Posiblemente su mayor valor sea el mismo intento de establecer un espacio común de normas para el trabajo intermedio, así como, de los criterios utilizados para definir es espacio, ya que las reglas que dotan las relaciones resultan bastante embrionarias. Los países donde ha surgido este concepto intermedio han sido Alemania, Italia, España y Reino Unido, a partir del concepto de trabajador en sentido lato.

1.6 La subordinación en Colombia implementación normativa, evolución y flexibilización

El concepto de la subordinación laboral ha sufrido en Colombia un proceso evolutivo, acompasado con las distintas etapas de desarrollo económico y social del país, a partir del primer tercio del siglo XX, su necesidad social, como eje de la relación laboral, sólo se hizo manifiesta cuando Colombia emprendió su ingreso a la economía del mundo occidental, dentro del modelo de producción capitalista y el Estado se revistió de herramientas intervencionistas. (Molina (2006)) Mientras tal fenómeno no sucedió, la relación laboral en Colombia se rigió por los cánones del derecho privado, con un estado gendarme. Así sucedió durante el primer siglo de vida república independiente.

La estrategia de impulsar el desarrollo económico nacional dio sin duda la esencia necesaria para que se diera origen a la relación de trabajo, en la Ley 10 de 1934 en su artículo 12, surgió el concepto de “ajenidad”, que sin duda suplió las necesidades del primer sistema de relaciones laborales que existió en el país. La Ley 6 de 1945, introdujo el concepto de dependencia, que la jurisprudencia asimiló al de subordinación, con lo que el sistema jurídico colombiano entra en la corriente dominante del Derecho del Trabajo proveniente de Europa.

Con la publicación del C.S.T, la noción de subordinación o dependencia se consagrará como eje de la relación laboral dependiente entre particulares y se le aceptará como forma legítima de la relación en el sector público para sus trabajadores oficiales y para los empleados vinculados con empresas industriales y comerciales del Estado. La desregulación de varios campos, entre ellos el laboral, comenzó a exigirse como premisa para que el país fuera competitivo en el mercado internacional.

La Ley 50 de 1990 sería el mecanismo diseñado para que el sistema de relaciones laborales engranara en tal cometido, se introdujeron modificaciones al C.S.T y de Seguridad Social en sus partes individual y colectiva. Dentro de las modificaciones se implementó el concepto de Empresas de Servicios Temporales y su funcionamiento, la eliminación de estabilidad reforzada respecto de los trabajadores con más de 10 años de servicio, la creación del régimen de liquidación anual de cesantías, la contratación a término fijo por períodos inferiores a 1 año, se introdujo la figura del salario integral, entre otras modificaciones, que tenían como propósito flexibilizar el mercado laboral para que se generaran más oportunidades de empleo.

Sin embargo, el concepto de subordinación no se debilitó en la Ley 50 de 1990. Por el contrario, dicha Ley vinculó normativamente a instrumentos internacionales- más perennes- y estatales, el poder subordinante del empleador, con el fin de limitarlo.

La promulgación de la Constitución de 1991 daría una renovada dimensión al concepto, profundamente recalada en los derechos humanos fundamentales y en sus instrumentos internacionales, consagró el trabajo como fundamento del estado colombiano y la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo reconoció como uno de los ámbitos más importantes para el ejercicio de los derechos humanos. Los valores y principios que sustentan la carta del 91, así como la acción de tutela, creada para proteger su ejercicio,

impregnaron la noción de subordinación laboral, la apartaron de sus modelos clásicos transformando profundamente el Derecho del Trabajo.

El nuevo modelo económico, al exigir una gran agilidad en la producción y en el suministro de servicios, exigió un alto grado de flexibilidad en las relaciones de trabajo, e implica una nueva conceptualización de la idea clásica de subordinación. Se suscita entonces un arduo debate entre quienes aspiran a una especie de retorno a los cánones del derecho privado para regir toda relación de trabajo y entre aquellos que exigen la permanencia a ultranza de los elementos clásicos de la subordinación y los principios que rigen las relaciones de trabajo, y, finalmente, entre quienes aceptan que la propia subordinación adopte formas flexibles, pero respetando ciertos derechos fundamentales. En la última corriente, destaca la posición preconizada por la OIT, cuando habla de la defensa del “trabajo decente” o digno.

Existe hoy, una tensión entre el concepto de subordinación, consagrado por la legislación y desarrollado por la jurisprudencia, y un modelo de desarrollo económico para el cual dicho concepto no siempre es funcional.

1.7 Modalidades de contratación materia laboral sector privado.

Como señala el C.S.T, el contrato de trabajo es aquel en el que una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, el mismo cuerpo normativo nos indica cuales son las modalidades de contratación laboral en Colombia en los artículos 37 al 54, las cuales señalaremos de manera breve:

1.7.1 Clasificación según la forma

Según la forma el contrato de trabajo podrá ser verbal o escrito, salvo estipulación en contrario, señala el artículo 38 del C.S.T que en el contrato verbal se debe llegar a un acuerdo sobre los siguientes puntos:

1. La índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse.

2. La cuantía y forma de la remuneración, ya sea por unidad de tiempo, por obra ejecutada por tarea, a destajo u otra cualquiera, y los períodos que regulen su pago.

3. La duración del contrato

Sobre el contrato escrito señala el artículo 39 del C.S.T que el contrato de trabajo escrito se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, debe contener necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente, las siguientes: la identificación y domicilio de las partes; el lugar y la fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y en donde haya de prestar el servicio; la naturaleza del trabajo, la cuantía de la remuneración, su forma y períodos de pago, la estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y de alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación.

1.7.2 Clasificación según la duración

Conforme al artículo 45 del C.S.T el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por un tiempo indefinido, o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, dentro de esta clasificación encontramos los siguientes contratos:

- **Termino fijo:**

Esta modalidad se encuentra regulada por el artículo 46 del C.S.T y señala que el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente, no obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea.

- **Indefinido**

El C.S.T señala en su artículo 47 que el contrato de trabajo no estipulado a término fijo o cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido. El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, no requiere de formalidad puede ser verbal o escrito.

- **De obra o labor contratada.**

El artículo 45 del C.S.T se encarga de regular la duración del contrato de trabajo, y allí encontramos que puede ser por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por ello su duración está supeditada a la terminación de la obra o labor por la cual se ha contratado al trabajador. Terminada la obra, termina el contrato, sin posibilidad de renovación o prórroga, a no ser que exista una nueva obra para lo cual se debe firmar un nuevo contrato de obra o labor.

- **Contrato accidental ocasional o transitorio.**

Señala el autor Barona Betancourt en su libro “La Contratación de Profesionales y Trabajadores de la Salud”, que los trabajadores ocasionales en Colombia son aquellos que prestan una labor orientada a satisfacer necesidades extraordinarias, exigencias y necesidades momentáneas o extraordinarias del empleador, que justifica la brevedad de su vinculación.

Las diferentes modalidades de contratación, descritas, son utilizadas en el sector privado, y conllevan varios tipos de obligaciones que garantizan derechos fundamentales de los trabajadores y sus familias entre ellas:

- Aportes a seguridad social (salud, pensión, riesgos laborales).
- Aportes a caja de compensación familiar.
- Prestaciones sociales (prima de servicios, cesantías e intereses a las cesantías).
- Vacaciones.
- Horas extra, trabajo suplementario, dominicales y festivos.,
- Pago de incapacidades de origen común o laboral, Licencias laborales (de maternidad, paternidad, por luto)

- Viáticos

Todos los aspectos relativos a la relación entre trabajador y empleador como la terminación de contrato, obligaciones, deberes y prohibiciones del trabajador y del empleador, horas extra, salario integral, prima de servicios, auxilio de las cesantías, entre otros, se encuentran regulados de manera expresa en el C.S.T.

1.7.3 Acceso a la seguridad social como elemento clave de la formalidad del empleo.

La seguridad social está definida en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en los instrumentos de la Organización de Naciones Unidas, como un derecho fundamental, sin embargo, no toda la población tiene acceso a la seguridad social. En el caso de las personas con contrato de trabajo, a través de los aportes por parte del trabajador y el empleador a las entidades que integran el sistema de seguridad social, el trabajador tiene acceso y cubrimiento de las contingencias de pensiones, salud y riesgos laborales.

- a) Pensiones:** Tiene por objeto garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la Ley.
- b) Salud:** Genera condiciones de acceso a la población en todos los niveles de atención al servicio de salud, permitiendo la protección integral del derecho al acceso a las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías.
- c) Riesgos laborales:** es la protección a la que tiene acceso el trabajador en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, proporciona protección en caso de que se presenten incapacidades invalidez o muerte tendrá derecho a los servicios asistenciales y el reconocimiento de prestaciones económicas.

La formalidad y estabilidad en el empleo se convierte en una herramienta efectiva de acceso a la protección en materia de seguridad social.

1.7.4 Contrato de prestación de servicios en el sector privado.

Aunque nuestro código civil no consagra un contrato específico que regule la prestación de servicios del personal que trabaja en el sector salud como tal, no quiere esto decir que la relación contractual se encuentra en el limbo jurídico, puesto que a este contrato se le aplica a las normas del libro cuarto del código civil, que regula las obligaciones en general de los contratos, por tal razón debe tenerse en cuenta las siguientes normas del libro cuarto del código civil (Barona Betancourt (2015) p.224):

- artículo 1495 contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para otra a hacer o no hacer alguna cosa.
- artículo 1497 el contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes y grabándose cada uno a beneficio del otro.
- artículo 1602 todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo por acuerdos legales.
- artículo 1618 conocida la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Dentro de sus características puede destacarse que es bilateral por las obligaciones recíprocas que se desprenden de él, es oneroso, existe la autonomía de la voluntad privada que es el Reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de la voluntad de los particulares, en otras palabras, consiste en la delegación del legislador hacia los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que aquellos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos (Barona Betancourt (2015) p.225),

1.8 Vinculación al servicio del Estado, sector público.

En Colombia se le dieron atribuciones especiales a los trabajadores que laboran al servicio del Estado, como un régimen especial, el Constituyente Primario utilizó de forma general el concepto de servidor público para comprender a todas las personas naturales que tienen una relación laboral con el Estado, y trabajan a su servicio para efectos de asegurar el cumplimiento de sus fines constitucionales, también es utilizado el termino de funcionarios,

(CE Sección Segunda, Subsección B 2014-01511-00 rad. (4912-14)26/07/2018).
Conforme señala el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia:

*“**Artículo 123.-** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (...)*

En la sentencia de la referencia también se habla de la clasificación de los servidores públicos, en dos tipos: los empleados públicos, o las personas naturales vinculadas a la administración pública en virtud de una relación legal y reglamentaria, es decir, a través de un acto administrativo de nombramiento, y los trabajadores oficiales, quienes se vinculan a través de un contrato de trabajo. Estos últimos, por regla general, constituyen el personal que labora en las entidades descentralizadas y desconcentradas por servicios o por colaboración, tales como sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado. *(C.E Sección Segunda, Subsección B, 2014-01511-00, rad. (4912-14)26/07/2018).*

De acuerdo con el artículo 122 de la Constitución Política “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.” Debe tenerse en cuenta que los empleos públicos de cada entidad deben estar contemplados en su planta de personal, la cual tiene fundamento en la Constitución Política en los artículos 189 numeral 14, para el orden nacional y en los artículos 305 numeral 7 y 315 numeral 7 para el orden territorial, Gobernaciones y Alcaldías.

Las funciones y requisitos generales de los empleos están definidos en la Ley. Para el orden nacional, se encuentran en el Decreto Ley 770 de 2005 “Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004”.

Para el orden territorial en el Decreto Ley 785 de 2005 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”

Cada entidad deberá establecer su propio manual específico de funciones y requisitos, según lo contemplado en el artículo 9º del Decreto 2539 de 2005 en el cual se establecen las competencias laborales generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de las entidades a las cuales se aplican los Decretos Ley 770 y 785 de 2005.

Los emolumentos de los empleos deben constar en el presupuesto correspondiente a cada entidad. En los citados Decretos los empleos se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

Sin embargo, en el sector salud la Ley 10 de 1992 por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones, señalaba en su artículo 26 la *“clasificación de empleos para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Adicionalmente señalaba en su parágrafo que “Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”.*

El artículo 195 de la Ley 100 de 1993, que trata sobre el régimen jurídico de las empresas sociales del Estado, establece que Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

El Consejo de Estado como tribunal de cierre de lo contencioso administrativo, además de las dos clasificaciones de empleados públicos y trabajadores oficiales, señaladas, contempla una tercera en la sentencia (CE Sección segunda, 2017-00031-01(3874-18)) en esta señala:

*“Existen tres formas para vincularse con una entidad pública. La primera de ellas se da a través de una relación legal y reglamentaria y corresponde a los denominados empleados públicos; la segunda por medio de un contrato laboral y cobija los llamados trabajadores oficiales y; finalmente, **los contratistas de prestación de servicios, vinculación que ha sido considerada como una relación de naturaleza contractual con el Estado.**”*

La jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto a que los contratos de prestación de servicios no pueden ser motivo para el ocultamiento de verdaderas relaciones de trabajo y enmascarar un contrato realidad.

1.8.1 Contrato de Prestación de servicios en las entidades públicas:

El contrato de prestación de servicios suscrito con una entidad pública es una forma de vinculación con el Estado regulada en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la Ley contractual (CE Sección Segunda. 23001233300020130026001(0088-15) 5/08/2016), y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes.

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la Ley o el reglamento para un empleo público (CC sentencia C-614 de 2009.).

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura (CE sentencia Sección Segunda, Subsección B. 05001233100020040039101 (0151-13). 10/07/2014) y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de esta, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal (CC sentencia C-614 de 2009.).

Así mismo, el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de mayo 10 de 2001, Radicación No. 1.344, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, señaló:

“La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.

Es así como los trabajadores oficiales perciben por sus servicios un salario, que constituye asignación, la retribución de los contratistas de prestación de servicios son los honorarios, que no tienen tal carácter. Así, la fuente del reconocimiento es bien distinta: en el primero, la vinculación laboral administrativa y, en el segundo, el negocio jurídico, fundado en la autonomía de la voluntad.

De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la Ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos.”

De acuerdo con lo expuesto, los contratistas de prestación de servicios no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos para los empleados públicos y trabajadores oficiales. Todo hace imposible aplicarles el régimen de éstos, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general.

1.8.2 Prohibición legal para las Entidades Sociales del Estado (ESE) y los hospitales públicos de delegar en contratos de orden de prestación de servicios (OPS) funciones de carácter permanente

El artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968 señala que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de las funciones.

El artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 indica que las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad. Sin embargo, la sentencia C171 de 2012 determinó exequible la norma en tanto solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no pueden llevarse a cabo por el personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados

Es importante señalar que en esta sentencia C-171-12 la Corte Constitucional reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de las entidades en los siguientes términos:

(iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante, lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, **el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional**, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

(viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que **los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.**

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar

funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

*(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, **la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.***

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo (...)."

De la sentencia citada es evidente que la intención de la Corte Constitucional ha sido la de proteger el derecho fundamental del trabajo, impidiendo que en los hospitales públicos se contrate de forma prolongada actividades a través de contratos de prestación de servicios.

1.9 Otras formas de contratación que se han introducido en el ordenamiento jurídico como mecanismos de flexibilidad laboral, cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales y contrato sindical

Los cambios producidos en el mundo han traído nuevas formas de relacionarse, y los vínculos laborales no son la excepción, la estabilidad laboral ha pasado a ser un tema del pasado y ahora la premisa es que el trabajo es un medio esencialmente para la sobrevivencia, particularmente para aquellos que tienen menos nivel de empleabilidad.

La globalización ha traído la flexibilidad laboral y con ella la pérdida de estabilidad laboral, y para muchos, la calidad del empleo. Este fenómeno se ha enfrentado principalmente a

través de la creación social y jurídica de nuevas modalidades de trabajo y de una normativa más flexible respecto de las modalidades tradicionales, con el fin de generar nuevas fuentes de empleo cuyos esquemas de costos de mano de obra sean más competitivos.

La flexibilización laboral como otra forma de precariedad del mercado de trabajo, se viene dando en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 50 de 1990 con el cambio de modelos económicos y tuvo incidencia directa en la elaboración de normas de carácter laboral como la Ley 789 de 2002 que modificó el C.S.T.

El profesor Marcel Silva Romero en su libro flujos y reflujos, señaló, que la Ley 50 de 1990 creó una patente de corso para que las empresas no cumplieran función social alguna y consagró un mecanismo de burla a sí misma, pues esta laxitud con los empleadores no conlleva ni a permitir el reacondicionamiento, de la estructura industrial ni a la estabilidad de los trabajadores, adicionalmente señala, las disposiciones propias del capitalismo salvaje, no han generado en el país más empleo, ni nuevas fuentes de trabajo. Han significado en muchos casos el despido masivo de trabajadores como el paso previo para desmantelar empresas y llevarse recursos para el exterior.

En el trimestre móvil junio - agosto 2022 la proporción de ocupados informales fue 58,1%, (Boletín DANE 2022), en el país existe precariedad laboral con un índice alto de ocupación informal.

En Colombia se cuenta con empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado, contratos por prestación de servicios, contratos a término fijo, el contrato sindical, figuras que buscan el fortalecimiento de las organizaciones. El aumento de estas modalidades de contratación laboral y comercial se incrementa cada año, y se pactan tanto para personal no calificado como para el calificado.

La flexibilidad laboral se ha propuesto como una salida a las preocupaciones de las organizaciones por su competitividad y viabilidad económica, a partir de la globalización de la economía, a través de figuras que, como las cooperativas de trabajo asociado, figuras que no son ajenas a la contratación del personal sanitario, analizaremos estas de manera sucinta:

1.9.1 Cooperativas de Trabajo asociado

El cooperativismo, surge en Colombia en el marco de procesos económicos, sociales y culturales que, a finales del siglo XX, desencadenados por la apertura económica, el neoliberalismo y la globalización. El Consejo de Estado ha indicado que las cooperativas de trabajo asociado son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras que contribuyen económicamente a la cooperatividad y son aportantes directos con 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 (CE Rad. 00370 2003 21/08/2003)

Las cooperativas de trabajo asociado están reguladas por el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 del Sector Trabajo, que señala en el artículo art. 2.2.8.1.3 su naturaleza como *“organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía”*, señala además en su art. 2.2.8.1.3 que su objeto corresponde a *“generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno”*, sin embargo, la utilización de esta figura en el ámbito del Talento humano en salud ha sido desmedida, pese a que existe la prohibición en el artículo 2.2.8.1.16 para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales, es evidente que instituciones prestadoras de servicios de salud utilizan esta figura para ocultar verdaderas relaciones de trabajo (obsérvese figura 3).

Una de las principales características de las cooperativas de trabajo asociado es la libertad de establecer una compensación que no es salario, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en las cooperativas de trabajo asociado, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será determinado en los estatutos y reglamentos, como quiera que tales materias tienen origen en el acuerdo cooperativo y escapan del ámbito de regulación de la legislación laboral, generando una desigualdad con las personas que tienen un contrato de trabajo.

Mediante la Ley 1438 de 2011 “*Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones*”, se prohíbe de manera tácita que el personal en misión sea contratado a través de cooperativas de trabajo asociado:

ART. 103. —Contratación del personal misional permanente. El personal misional permanente de las instituciones públicas prestadoras de salud no podrá estar vinculado mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Cuando la actividad sea la prestación de servicios en los sectores de salud, transporte y vigilancia y seguridad privada, educación, deberá ser especializadas en la respectiva rama de la actividad y tener el registro en la superintendencia de la Economía Solidaria entidad que regula la actividad de este tipo de asociaciones.

1.9.2 Contrato Colectivo Sindical

El contrato sindical es un acuerdo de voluntades, de naturaleza colectivo laboral, cuya celebración y ejecución puede darse entre sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados (Art. 482 del C.S.T y Decreto 1429 de 2010).

Los sindicatos pueden participar en la gestión de las empresas y en la promoción del trabajo colectivo, permitiendo a su vez que sus afiliados mejoren sus condiciones laborales, enmarcado ello dentro de las facultades propias de los sindicatos, como lo es la celebración de convenciones colectivas y contratos sindicales

La sentencia T-457 de 2001 de la Corte Constitucional establece los objetivos del contrato sindical:

- Mejorar los ingresos para los afiliados a la organización promoviendo el bienestar social
- Participación activa a los sindicalizados en el desarrollo y sostenibilidad de las empresas

- Promover el trabajo colectivo o grupal motivando la contratación colectiva
- Crear confianza y transparencia en las relaciones de la empresa o empleador con los sindicatos y sus afiliados
- Ser aliados en la productividad y la calidad.

Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han señalado que el contrato sindical tiene una influencia del contrato civil de prestación de servicios o de ejecución de obra o labor, por cuanto la autonomía jurídica propia del contrato civil es la que predomina en este tipo de relaciones contractuales, cuyas partes son los sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores (CC T-457 de 2011 y CSJ, SL Sentencia del 13 de diciembre de 1994).

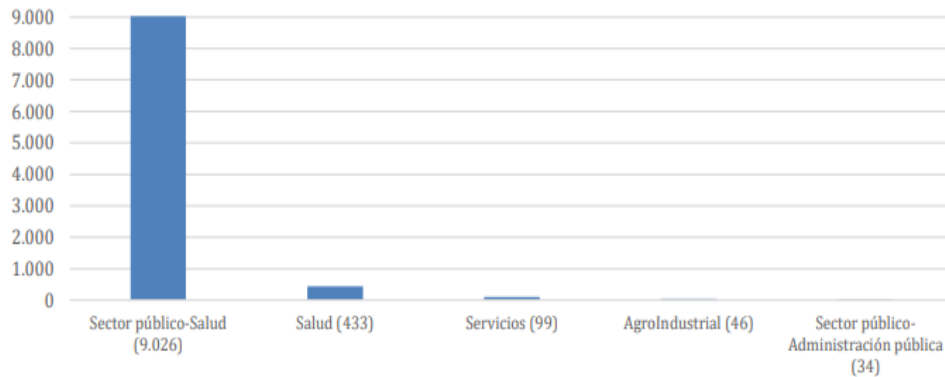
El contrato colectivo sindical en nuestro país, busca promover el derecho a la negociación colectiva, a la promoción del derecho de asociación sindical y a generar múltiples empleos más dignos para los afiliados, en procura de dar una dinámica a la actividad sindical, sin embargo, el uso de la figura, evidencia una intermediación laboral ilegal, cuyos trabajadores se someten a un contrato con el sindicato, pero el beneficio es la empresa contratante, toda vez que se desdibuja la figura de empleador y se le atribuyen las responsabilidades por cada afiliado al sindicato.

Las condiciones laborales que tiene un trabajador vinculado por medio de un contrato sindical se encuentran plasmadas en el propio contrato acordado entre la empresa y el sindicato, que excluye al trabajador. Este simplemente se adhiere a unas condiciones laborales preestablecidas, de las que es acreedor una vez haya sido seleccionado por el sindicato. A pesar de que la remuneración percibida por cualquier trabajador se denomina salario, en el marco del contrato sindical, esta contraprestación es denominada compensación ordinaria, aunque reúne todas las características del salario previstas en el artículo 127 del C.S.T.

En el artículo “*El contrato sindical en Colombia: usos, efectos y ganadores*” se realiza un análisis de la figura del contrato sindical, desarrollado por un grupo de investigación de la Universidad de Antioquia para el año 2019 en el que se logra evidenciar a partir de la información obtenida del Ministerio de Trabajo, muestra que el contrato sindical ha sido utilizado en gran medida en el sector salud en Entidades Sociales del Estado (E.S.E) es

decir entidades públicas, para la contratación del personal de salud, con un total de 9026 contratos como se muestra a continuación:

Figura 1: Contratos sindicales por rama económica



Fuente: El contrato sindical en Colombia: usos, efectos y ganadores

Así mismo muestra el artículo que las empresas con mayor número de contratos sindicales se encuentran en la ciudad de Bogotá en la subred de atención norte, centro y oriente.

Figura 2: Entidades con mayor número de contratos sindicales.

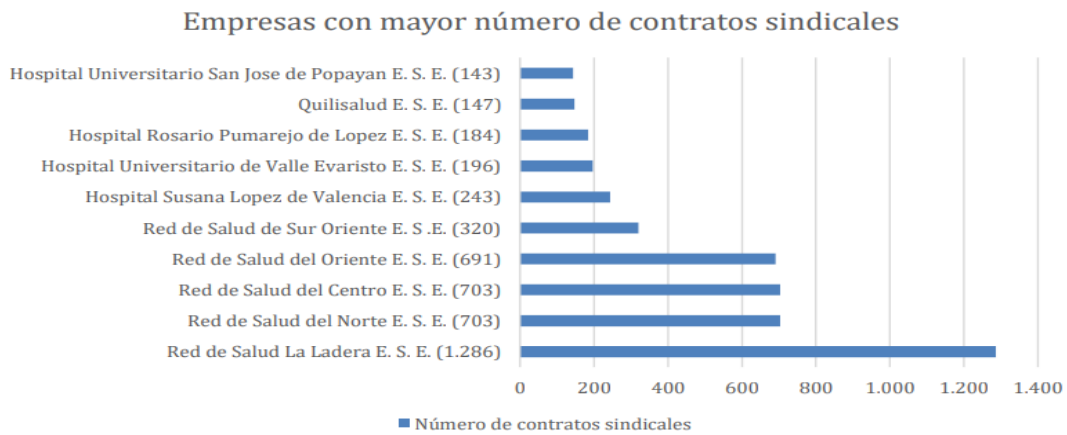


Figura 3. Empresas con mayor número de contratos sindicales inscritos en el Ministerio del Trabajo (2010 - 2019)

Fuente: elaboración propia con datos suministrados por el Ministerio del Trabajo (2019).

Fuente: El contrato sindical en Colombia: usos, efectos y ganadores

Como podemos evidenciar se utiliza el contrato sindical para la contratación del personal de la salud de forma reiterativa.

1.9.3 Empresas de servicios temporales.

Las empresas de servicios temporales en Colombia surgieron con el decreto 1433 de 1983 sin embargo tuvieron una regulación especial en la Ley 50 de 1990, en los eventos que daban lugar a una contratación del trabajador para reemplazos, con carácter temporal por vacaciones, licencias, incrementos de la producción, para actividades que no eran permanentes en las empresas.

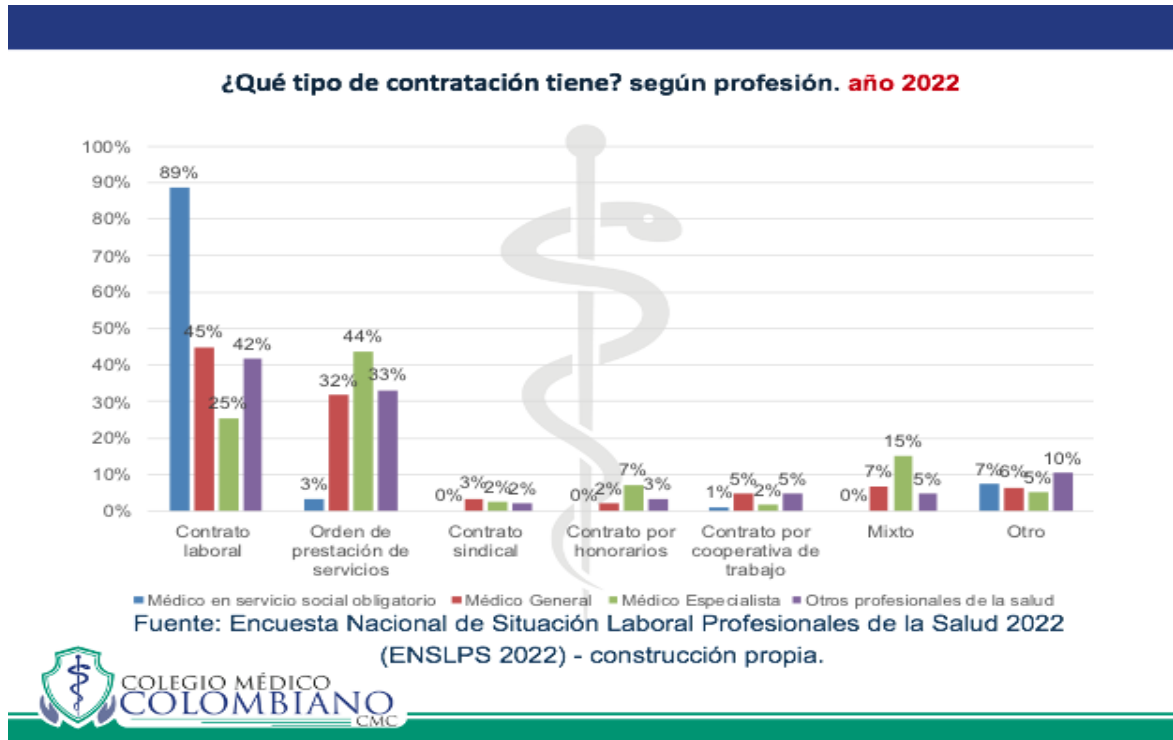
Las empresas de servicios temporales contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales la cual viene con respecto de éstas el carácter de empleador.

A las empresas de servicios temporales se encuentran adscritos 2 tipos de trabajadores: de planta y trabajadores en misión, los trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de las empresas usuarias a cumplir la tarea de servicio contratado por estos. La Ley 50 de 1990 señaló que el periodo de contratación de los trabajadores es de máximo 12 meses, en caso de que se supere ese término máximo, la empresa usuaria se convierte en empleadora directa, y no la empresa de servicios temporales, como lo señala la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 467-2019: *“Del mismo modo, el yerro del fallador se finca en que no tuvo por probado que el nexa con las empresas de servicios temporales, superó los máximos establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1993 y lleva a que la empresa usuaria sea tenida como el verdadero empleado”*

Las empresas de servicios temporales no fueron creadas para prestar servicios de manera permanente: *“se adoctrinó que las empresas de servicios temporales pueden ser utilizadas para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en la norma en cita, sean o no del giro habitual de sus negocios, pero no para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente”*. (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2710-2019)

En la siguiente grafica se muestra un panorama de la contratación de personal de la salud, con base en una encuesta realizada por el Colegio Médico Colombiano para el año 2022.

Figura 3: contratación de personal sanitario 2022



Fuente: Pagina web Colegio Médico Colombiano.

Cada una de las formas de contratación analizadas tanto en el sector privado como público advierten de la disparidad existente para la contratación de los profesionales de la salud en Colombia, como señala la encuesta realizada por el Colegio Médico Colombiano “*Más de 75% de los profesionales de la salud han tenido problemáticas laborales y no está conforme con los ingresos derivados de su ejercicio profesional*” (Colegio Médico Colombiano 2022) hay profundas inconformidades por parte de los profesionales de la salud, en la citada encuesta un 5,94% de los profesionales especializados que participaron en ella corresponden a medicina interna.

1.10 Condiciones de trabajo en la especialidad de medicina interna en la ciudad de Bogotá.

La Medicina Interna es una especialidad médica que se dedica a la atención integral del adulto enfermo, enfocada al diagnóstico y el tratamiento no quirúrgico de las enfermedades que afectan a sus órganos y sistemas internos, y a su prevención, en Colombia según lo señala el Ministerio de salud y Protección Social ha venido en aumento desde el año 2011 el número de profesionales en medicina que toman la decisión de especializarse en medicina interna:

La medicina interna desempeña un papel fundamental en el sistema de salud colombiano, teniendo en cuenta que del desempeño de esta importante especialidad se encarga de:

- **Atención integral:** La medicina interna se enfoca en el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades denominadas crónicas en adultos. Los médicos internistas están capacitados para manejar una amplia gama de condiciones médicas, lo que les permite brindar una atención integral y coordinada a los pacientes.
- **Diagnóstico y manejo de enfermedades complejas:** Los médicos internistas son especialistas en el diagnóstico y manejo de enfermedades complejas y multisistémicas. Su formación les permite evaluar los síntomas, realizar análisis exhaustivos y coordinar la atención de especialistas cuando es necesario.
- **Coordinación de la atención médica:** Los médicos internistas suelen actuar como médicos de cabecera para los pacientes, coordinando su atención y colaborando con otros especialistas según sea necesario. Esto ayuda a garantizar una atención integrada y continuidad en el cuidado de la salud.
- **Prevención y promoción de la salud:** Los médicos internistas no solo tratan enfermedades, sino que también se centran en la prevención de enfermedades y la promoción de la salud. Trabajan en la identificación y manejo de factores de riesgo, realizan exámenes de detección y brindan recomendaciones para mantener una vida saludable.

- Contribución a la formación médica: Los médicos internistas desempeñan un papel importante en la formación y educación de otros profesionales de la salud. Pueden ser docentes en universidades, hospitales y programas de residencia, compartiendo su conocimiento y experiencia con las generaciones futuras de médicos.

En este aspecto las reflexiones de los responsables de la Asociación Colombiana de Medicina Interna (ACMI), preocupados por las nuevas responsabilidades profesionales surgidas de las transformaciones contemporáneas en el sector salud son importantes:

“Los cambios sustanciales en los entornos de práctica de las décadas recientes en Colombia han creado la necesidad de un avance en la educación médica. Parte de este llamado se refleja en publicaciones relacionadas, algunas de ellas por fortuna dedicadas al currículo en medicina interna. La reciente reflexión de Pinilla y sus colegas (1), es un nuevo y valioso aporte hacia la definición de un plan de formación, que además desarrolla una formulación previa de competencias para nuestros nuevos internistas (2). Construyendo sobre esta base, creemos necesario incorporar más de los entornos tradicionales y emergentes, que reafirman el valor presente o potencial del internista. Partimos de que el rol de integrador constituye el deber ser del internista. Ese rol se expresa adquiriendo, interpretando y conectando información demográfica y clínica de diferentes ángulos de sus pacientes con el conocimiento científico y la experiencia acumulada. Pero opiniones en las decisiones para el cuidado de la salud de los adultos a su cargo. Dado este carácter, creemos que el currículo actual aprovecha menos de lo que debiera algunos entornos de práctica que reúnen esta condición integradora. Estos escenarios hoy (V.g. salas de hospitalización, urgencias, consulta externa, cuidado crítico) ocupan en los programas apenas una fracción (menos de la mitad) del tiempo de formación. En el periodo 2004- 2006 el promedio de tiempo de rotación en pisos de medicina interna fue ocho meses para 14 programas encuestados (3). Allí cabe pensar no sólo en aumentar, sino en diversificar la exposición a nuevos escenarios que mantienen esta condición (V.g. geriatría, medicina preventiva, telemedicina, medicina perioperatoria, hospital de día, atención domiciliaria, entre otros” (Barrera Garavito (2019))

La especialidad de medicina interna ha venido creciendo en nuestro país, como se puede evidenciar en la siguiente gráfica, entre el 2011 y el 2020 ha crecido el número de profesionales especializados en medicina interna en Colombia.

Figura 4: Profesionales especializados en medicina interna en Colombia. 2011-2020.



El subespecialista tiende a concentrarse en solucionar un problema atingente a su subespecialidad y deriva el paciente a otros médicos para resolver problemas clínicos que considere ajenos a su área de experiencia. En cambio, el internista atiende integralmente al paciente y solicita la ayuda de otros especialistas cuando algún problema clínico alcanza una complejidad diagnóstica o terapéutica que hagan razonable contar con su mayor experiencia, o requiera una tecnología de su dominio.

La Medicina Interna tiene otra característica histórica, no explícita en esta definición, y que la distingue de la Medicina General: intenta incorporar al conocimiento clínico de las enfermedades y a su tratamiento los progresos de las ciencias. Para cumplir con el concepto de atención integral, a las ciencias biológicas se suman los avances en psicología y en ciencias sociales que contribuyen al propósito integrador.

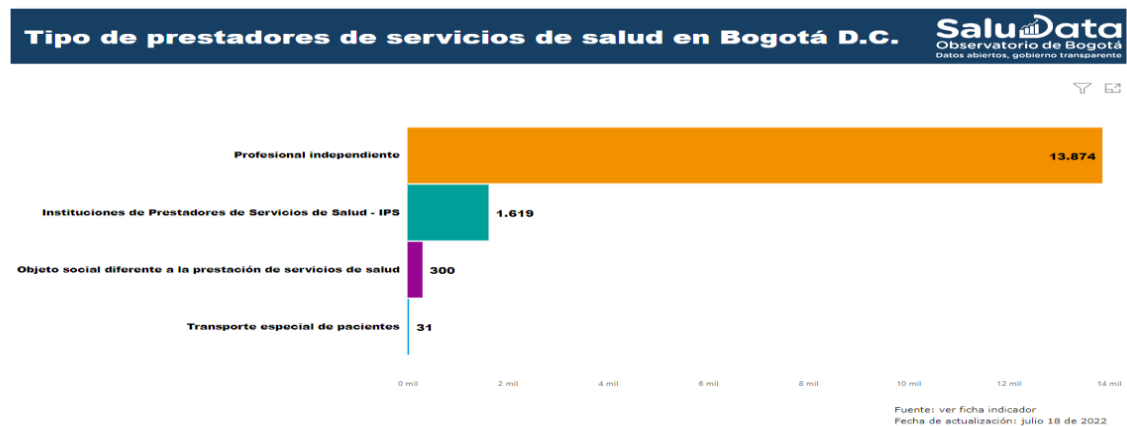
Las condiciones y el medio ambiente laboral deberían ser motivo de preocupación en todos los ámbitos de trabajo y en especial en el sector Salud, ya que estos repercuten en la salud del trabajador y en su entorno, y lo que es aún más importante, en el paciente y su familia.

Como se observa en el documento los profesionales de medicina interna, hace parte de la precariedad del sistema y su importancia es vital en el tratamiento de pacientes crónicos,

por ello la preocupación del presente trabajo, de visibilizar la vulneración de los principios y postulados constitucionales inherentes al Derecho del trabajo.

Según consulta realizada a la página web de la Secretaria de Salud de Bogotá, Observatorio de Bogotá Salud Data, 13.874 prestadores de salud son independientes señala la descripción de la tabla: “En Bogotá 15.824 prestadores de servicios de salud se encuentran inscritos en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud del Ministerio de Salud y Protección Social (REPS). El mayor número de prestadores son Profesionales independientes representando el 87,7 % del total de registrados, seguido de las Instituciones Prestadores de Servicios de Salud – IPS con un 10,2 %. De acuerdo con la naturaleza jurídica, se encontró que la gran mayoría son de naturaleza privada (Información con corte a julio 18 de 2022).” obsérvese la siguiente gráfica:

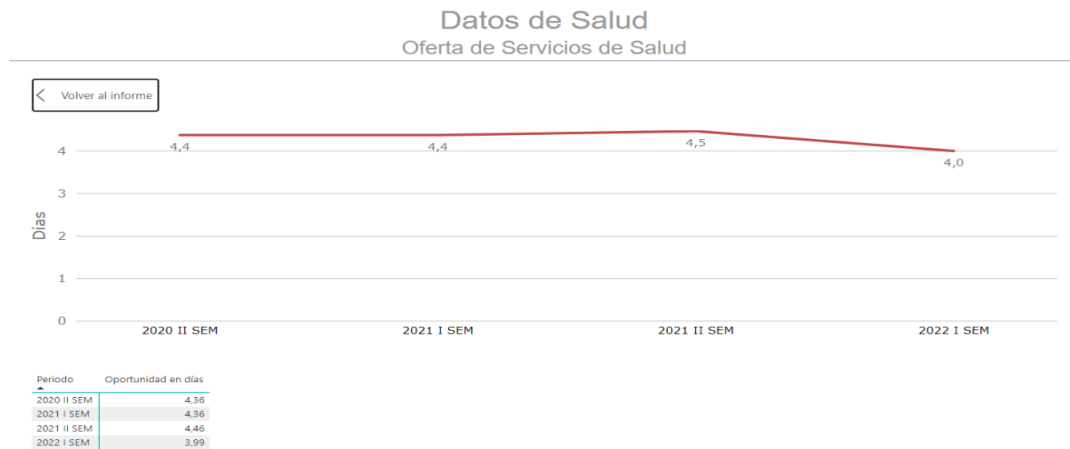
Figura 5: Prestadores de servicios de salud en Bogotá.



Fuente: Pagina web secretaria de salud de Bogotá.

De la anterior grafica podemos observar que los profesionales independientes que son la mayoría están contratados por prestación de servicios. La oportunidad en la atención de la consulta médica de especialidades básicas (Pediatría, Ginecoobstetricia y Medicina Interna) en la Red Pública de Bogotá, reporta 4,0 días para el primer semestre de 2022.

Figura 6: Oportunidad de la atención medica por especialidad en Bogotá



Fuente: Pagina web secretaria de salud de Bogotá.

La Medicina Interna ha ido evolucionando a la vez que se ha hecho más evidente su creciente valoración por nuestra sociedad como eje de la medicina hospitalaria. Esto se ha debido sobre todo a cambios evolutivos tanto sociales como a la adaptación de la propia especialidad, la intermediación laboral, la mala utilización del contrato sindical de forma ventajosa por los sindicatos, la contratación a través de prestación de servicios, el no pago de honorarios la falta de insumos, el no pago de los aportes a seguridad social, la violencia en el lugar de trabajo.

Como este trabajo está enfocado en la ciudad de Bogotá, una de las ciudades donde la mayor parte de la red de atención está contratada por Prestación de servicios, debemos indicar que para el mes de febrero de este año la alcaldía de Bogotá, noticia que se encuentra en la página web de la Alcaldía Mayor de Bogotá:

“En un esfuerzo de la Administración de Bogotá y cumpliendo con el propósito del Plan de Desarrollo Distrital 2020-2024 “Un nuevo Contrato Social y Ambiental para la Bogotá del siglo XXI” la Secretaría de Salud anunció la contratación por un período no menor a dos años de 3.099 profesionales para las cuatro Subredes Integradas de Servicios de Salud y 695 más en la Secretaría Distrital de Salud de la ciudad.

“Les cumplimos a los servidores de la salud con dignificación del trabajo. Honramos el esfuerzo y entrega de 3.099 personas que salvan vidas y ahora tendrán contratos asegurados por mínimo 2 años, garantizando estabilidad y consolidación del equipo de trabajo”, dijo la alcaldesa mayor Claudia López.

Mediante la contratación de Órdenes de Prestación de Servicios hasta diciembre de 2023, nuestro personal de la salud contará con mayor estabilidad económica, facilidad en el desarrollo de sus planes personales y familiares, y traerá mayores oportunidades dentro del sector de la salud en Bogotá.

“Si una persona presta un servicio que se requiere de manera permanente, era necesario utilizar la herramienta de las vigencias futuras para construir dignidad laboral. Eso es lo que estamos celebrando hoy: son miles de familias beneficiadas, gracias a la estabilidad que genera tener un contrato por dos años”, dijo el secretario de salud, Alejandro Gómez.

Con ingreso digno y mejores condiciones, 2.466 auxiliares y 633 enfermeros de las cuatro Subredes de Salud tendrán garantizado contratos por más de dos años. Esta contratación se distribuye así:

- Subred Norte: 798 auxiliares de enfermería
- Subred Sur: 557 auxiliares de enfermería y 75 enfermeros(as)
- Subred Sur Occidente: 881 auxiliares en distintos campos y 259 enfermeros(as)
- Subred Centro Oriente: 230 auxiliares de enfermería y 299 enfermeros(as)

Este logro es posible mediante una vigencia actual por 87.444.860.312 millones de pesos y una vigencia futura de 2023 por 89.037.489.882 millones de pesos.

Teniendo en cuenta que los contratos se realizaban cada 6 meses y no había garantía alguna que se suscribiera nuevamente el contrato de prestación de servicios generando inestabilidad para el contratista, la decisión de la alcaldía les evita la zozobra y el trámite excesivo de documentos cada seis meses, sin embargo, esta solución está alejada de

garantizar una verdadera garantía del trabajo decente ya que este personal asistencial desarrolla funciones de carácter permanente.

1. Cargas de trabajo excesivas: Los médicos internistas a menudo enfrentan cargas de trabajo pesadas debido al alto volumen de pacientes y la demanda de atención médica. Esto puede llevar a largas jornadas laborales y agotamiento.
2. Falta de personal: En algunos casos, puede haber una escasez de médicos internistas, lo que significa que hay una mayor carga de trabajo para los que están disponibles. Esto puede resultar en una distribución desigual de la carga de trabajo y un aumento en el estrés laboral.
3. Remuneración insatisfactoria: Algunos médicos internistas pueden sentir que su remuneración no es adecuada en comparación con la cantidad de trabajo y responsabilidad que tienen. Esto puede generar insatisfacción y dificultades económicas.
4. Condiciones laborales precarias: Algunos médicos internistas pueden enfrentar condiciones laborales deficientes, como falta de recursos médicos adecuados, equipos obsoletos o falta de apoyo administrativo, lo que dificulta su desempeño eficiente y la calidad de la atención médica que brindan.
5. Riesgos para la salud y seguridad: Dado que los médicos internistas a menudo trabajan en entornos de atención médica donde pueden estar expuestos a enfermedades contagiosas y situaciones de riesgo, es fundamental contar con medidas adecuadas de protección y seguridad en el trabajo. La falta de estas medidas puede generar preocupaciones y riesgos adicionales para su salud y seguridad.

El presente trabajo nos lleva a reflexionar sobre las condiciones laborales de los profesionales de la salud, y a plantear soluciones alternativas, como por ejemplo Se definan garantías efectivas del pago oportuno de la remuneración al talento humano en salud, en un plazo máximo de 30 días luego de presentada la facturación en el caso de pago por honorarios, para esto la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debería asumir el conocimiento ya que se trata de un conflicto del sector salud.

Se equipare el pago por concepto de honorarios al pago de salario y se le dé prelación de créditos de manera idéntica a las acreencias laborales, para que por principio de igualdad los profesionales que perciban honorarios como fuente de ingreso, no pierdan sus acreencias en los constantes procesos de liquidación.

Al ser la salud un servicio público esencial y fundamental, se hace necesario establecer un sistema de escalafón con criterios técnicos de remuneración y ascenso, similar al que existe en la rama judicial, en el sector público y privado, con un criterio orientador para la contratación en el sector privado o público.

A través de la vía legislativa, debe proponerse una regulación justa que de garantía en el pago oportuno de la remuneración al talento humano en salud, debe contemplar garantías de estabilidad en las diferentes modalidades de contratación, garantías del ejercicio médico profesional bajo los postulados de trabajo digno y decente, se promueva un sistema de escalafón que responda técnica y económicamente a la formación y experiencia del profesional de la medicina y que sea un parámetro orientador para la contratación en el sector privado.

Pese a que en el seguimiento legislativo se han presentado proyectos de Ley que terminan archivados, como es el caso de los siguientes:

- Proyecto de Ley 12 de 2017 que pretendía otorgar facultades especiales al presidente de la república para expedir un régimen especial para trabajadores de las Entidades Sociales del Estado.
- El proyecto de Ley 166 de 2017 Por la cual se regulan la contratación de los trabajadores que prestan servicios de salud y administrativos ante las I.P.S. (instituciones prestadoras de servicio de salud).
- El Proyecto de Ley 220 de 2021 Cámara: “Por medio del cual se fomenta el trabajo digno del talento humano en salud en el sector público y se dictan otras disposiciones”.

Proyectos de Ley que no pudieron concretarse, como en el caso del Proyecto de Ley 220 de 2021 el más reciente en el que el Ministerio de Hacienda y crédito Público, emitió concepto desfavorable, mediante el radicado 2-2022-016657 el 22 de abril de 2022, la iniciativa legislativa consagra la prohibición de suscribir contratos de prestaciones de servicios (CPS) u órdenes de prestación de servicio personales (OPS) de carácter

comercial, civil y/o administrativo para la vinculación directa o indirecta del talento humano en el sector salud, propone además la iniciativa legislativa que los empleadores públicos, privados, mixtos, comunitarios y solidarios deberán suscribir contratos de trabajo y/o relación reglamentaria, según se trate del sector privado o público.

En la negativa por parte del Ministerio de Hacienda y crédito Público se destaca:

“Por lo anterior, en caso de insistirse en el trámite legislativo de la iniciativa del asunto sin contar con el aval del Gobierno nacional, representado en el Ministerio de Hacienda en materia fiscal, corre el riesgo de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad, toda vez que prohibir la vinculación del talento humano del área de la salud equivale a modificar la estructura de las entidades del Estado del sector de la salud y requeriría apropiaciones por parte de la Nación que están supeditadas a disponibilidad de recursos y adiciones no previstas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo, ni en el Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector salud ni en el presupuesto nacional vigente.

Aunado a lo anterior, también resulta importante resaltar que, la incorporación de los trabajadores de la salud a las diferentes Empresas Sociales del Estado mediante contratos de trabajo o vinculaciones legales implicaría la modificación de las plantas de personal de estas Empresas, frente a lo cual, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, deberán cumplir con las siguientes condiciones¹⁶: “i) La expedición de la reforma por la autoridad competente, cuya actuación es reglada y no discrecional ni fundada; ii) debe estar motivada, fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración o basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren. Para la conformación de la planta de personal, las entidades públicas deben tener en cuenta un análisis de las funciones de las dependencias, los perfiles de los empleos, la nomenclatura (denominación), clasificación (niveles o categorías) y remuneración (asignación básica) de los empleos, entre otros aspectos”.

Como se puede observar para que exista una reforma deben darse cambios en las plantas de personal, modificaciones de presupuesto de la nación, reglas de sostenibilidad financiera.

La problemática del gremio de la salud ha sido constante, por lo que se hace necesario que, a través de la cátedra en todos los niveles de formación, se informe a los profesionales de la salud sobre los diferentes tipos de contratación, sus características y beneficios para que en el ejercicio se han conscientes de los derechos laborales y prestacionales de los que pueden ser titulares.

Es necesario para tener una mejor comprensión del Sistema General de Seguridad Social en Salud ahondar en su evolución y su funcionamiento como mercado en aras de comprender sus dinámicas, y así entender las problemáticas de su funcionamiento como mercado.

2. El sistema de salud en Colombia mercantilización y enfoque de derechos.

Para el presente trabajo es importante entender los antecedentes, surgimiento y funcionamiento del Sistema de Salud, como servicio, derecho fundamental y nicho de mercado, cómo está relacionado con la globalización, teniendo en cuenta que hace parte de un mercado del cual el talento humano en salud es un elemento.

2.1 Antecedentes del Sistema de Seguridad Social de Salud colombiano.

La salud definida por la Organización Mundial de la Salud es el estado óptimo de bienestar físico mental, social y no simplemente la ausencia de enfermedad se asume de esta forma que la salud es también un fenómeno colectivo vale decir se concibe como un proceso social. (Torres Corredor, (2003)). Partiendo de esta definición citada por el doctor Hernando Torres Corredor en el libro Sistema de Seguridad Social Salud Legislación, es necesario hacer una breve reseña del sistema de seguridad social en salud en Colombia y su trasegar, como se ha desarrollado en un ámbito de intercambio de servicios.

En la obra del profesor Gerardo Arenas Monsalve, el Derecho Colombiano de la Seguridad Social ((Arenas Monsalve, (2018)), señala cinco etapas para mostrar una visión de lo que ha sido el desarrollo de la seguridad social en Colombia, mencionaremos estas etapas en lo relativo a la evolución del sistema de salud con el fin de tener claros los antecedentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

2.1.1 Período de dispersión: hasta 1945.

En este periodo del nacimiento de la república, se empiezan a identificar beneficios asistenciales de seguridad social con prácticas mutuales en los militares, gremios de artesanos y las primeras organizaciones obreras. Señala en su obra Gerardo Arenas que la asistencia en salud inicialmente fue privada.

Destaca en esta primera etapa la prestación de algunos servicios de salud por parte de organizaciones religiosas y la Construcción del Hospital San José en Bogotá, obra de la sociedad de Cirugía fundada en 1902, financiado a través de donaciones. Se resalta que *“en una sociedad como la colombiana de fines del siglo XIX de las primeras décadas del siglo XX, los médicos dedicados a conservar la salud y curar las enfermedades de los pobres eran necesariamente líderes y se convertían en destacados hombres de estado”*. (Arenas Monsalve, (2018) p. 55, 56), con esta cita podemos observar la importancia con la que siempre se ha destacado a los profesionales sanitarios. Señala además que, con la creación del hospital San José surge la combinación de la asistencia privada y pública, toda vez, que, el gobierno en turno aprobó la Ley 65 de 1911, por la cual se autorizó un auxilio anual de la nación, para su funcionamiento.

2.1.2 Período de organización del sistema: desde 1945 hasta 1967

En este periodo se empieza a identificar una organización del sistema con la creación de instituciones y beneficios de seguridad social, como prestaciones sociales a cargo del empleador, con la expedición del decreto 2350 de 1944 que luego se convirtió en la Ley 6° de 1945, menciona la creación de 2 entidades:

- Para el sector público se creó con la Ley 6 de 1945 la Caja Nacional de previsión y autorizó la creación de otras cajas oficiales.
- Para el sector privado se creó una entidad estatal de seguridad social con la Ley 90 en 1946, el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, diseñada para administrar un régimen de seguros sociales obligatorios que reemplazará a los empleadores en el reconocimiento y pago de las principales prestaciones sociales.

Con la creación de estas entidades se introdujeron prestaciones sociales a cargo del empleador, se expidió por primera vez un estatuto del trabajo que organizó la legislación laboral a través del Decreto Ley 2350 de 1944. (Arenas Monsalve, (2018)).

2.1.3 Periodo de expansión (1967-1977)

Se caracteriza por la ampliación de los beneficios de seguridad social. Hasta 1967, el instituto de seguros sociales sólo cubría los riesgos de enfermedad, maternidad y riesgos profesionales; mediante el Decreto 1824 de 1965 se aprueba el reglamento de inscripciones, aportes y recaudos para seguros de invalidez, vejez y muerte, con el Decreto 3041 de 1966 se aprueba reglamento general para estas contingencias.

En 1970, se creó el seguro médico familiar como resultado de la asesoría de organismos internacionales, sin embargo, su puesta en marcha se dio hasta el año 1975, en virtud de este, la familia del afiliado tendría derecho a los mismos beneficios asistenciales del afiliado, inicialmente cubrió enfermedad y maternidad.

Señala el profesor Arenas Monsalve que para los años 70 se vivió una crisis de los trabajadores sanitarios que laboraban para el Seguro Social, resalta la actividad sindical del personal médico y paramédico del instituto cuya lucha estaba centrada en la remuneración del personal y la naturaleza jurídica del vínculo del personal asistencial al Instituto de Seguro Sociales. Tras varias negociaciones con el Gobierno Nacional sobre el aspecto remunerativo, finalmente hubo acuerdo, sin embargo, sobre el segundo aspecto, relativo a la naturaleza jurídica de la vinculación del personal asistencial, se prolongó la protesta, quizás una de las más largas de la historia médica con 52 días de cese de actividades. (Arenas Monsalve, (2018))

2.1.4 Período de cambios y crisis: 1977 a 1990.

Es un periodo en el que se introducen cambios en el sistema de seguridad social, pero es también un periodo donde los estudios económicos y sociales señalan la magnitud de crisis del sistema y se proponen diversos mecanismos para su solución, como ejemplo, se puede citar el Decreto Ley 1650 de 1977 donde se confirieron facultades especiales al Presidente de la República para reorganizar todo el régimen de seguros sociales en el país buscando

mejoramiento de recursos y servicios de la entidad, pero esto terminó en la reestructuración parcial del seguro social

Dentro de este periodo destaca el profesor Gerardo Arenas que en este periodo se pone fin a la crisis sindical y de personal del Instituto de Seguros Sociales con la expedición de un régimen especial que crea los funcionarios de seguridad social del instituto como categoría especial intermedia entre empleados públicos y trabajadores oficiales, el paro médico del instituto de seguros sociales finalizó con la promesa gubernamental de resolver la problemática de la negociación colectiva del personal asistencial, el instrumento de la reforma que hizo posible tal solución fue el Decreto Ley 1651 de 1977, en el que se brinda la oportunidad a los trabajadores de la salud de ejercer el derecho a la negociación colectiva respecto de las asignaciones básicas; sin embargo la Corte Constitucional declaró inexecutable la existencia de esa categoría que en el nuevo marco normativo desconocía el principio constitucional de igualdad en la sentencia C-579 de 1996. (Arenas Monsalve, (2018))

2.1.5 Periodo de reformas estructurales

Este periodo que inicia en 1990 se origina en procesos de globalización de la economía, en Colombia se produce un cambio institucional significativo: la convocatoria a una asamblea nacional constituyente cuya actividad finalizó con la expedición de la nueva Constitución Política de 1991 en ella se registró una nueva visión de los derechos laborales y también un nuevo modelo de seguridad social para el país.

Señala el doctor Hernando Torres Corredor que algunas de las características del sistema de salud antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 eran entre otros: insuficiente cobertura, inexistencia de control de la gestión de salud, deficiente prestación de servicios, desconocimiento de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, regímenes distintos frente a organizaciones administrativas financieras con una falta de reglamentación, la falta de solidaridad en el sistema de salud. Señala en su obra, que el sistema de seguridad social en salud debía dirigirse hacia la unificación, organización financiera, la superación de la noción de asistencia pública y principalmente la garantía de

acceso de toda la población al servicio de salud eficiente y de calidad para la población. (Torres Corredor, (2003)).

Previo a la expedición de la Ley 100 de 1993, se profirieron una serie de normas que deben de mencionarse dentro de los antecedentes de lo que hoy conocemos como seguridad social en salud, tales como:

La Ley 10 de 1990, con la expedición de esta Ley se introdujo en el país un modelo descentralista, señalaba su artículo primero que la prestación de los servicios de salud era un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, esta norma contribuyó en fortalecer el mecanismo financiero de los subsidios a la oferta. (Torres Corredor, (2002)).

La Ley 60 de 1993 amplió la disponibilidad de recursos para los municipios, exigiendo requisitos a las entidades territoriales para la asunción de responsabilidades y la respectiva entrega de recursos. Fortaleció el principio de subsidiariedad y complementariedad, la prestación de servicios por entidades privadas, y dio inicio al mecanismo de financiación por subsidios a la demanda para el acceso de la población con necesidades básicas insatisfechas al servicio de salud. (Torres Corredor, (2003)).

2.1.6 Expedición de la Ley 100 de 1993 organización del sistema de salud.

La Ley 100 de 1993, organizó el Sistema de Salud de forma descentralizada, es un sistema jurídico y económico que ha sido denominado “pluralismo estructurado” como un conjunto de relaciones estructuradas entre la población y las instituciones, a fin de satisfacer las necesidades de salud (Arenas Monsalve (2018)).

La organización del Sistema de Seguridad Social en Salud acogería algunos de los aspectos, discutidos en la subcomisión constitucional de salud, que harían parte de

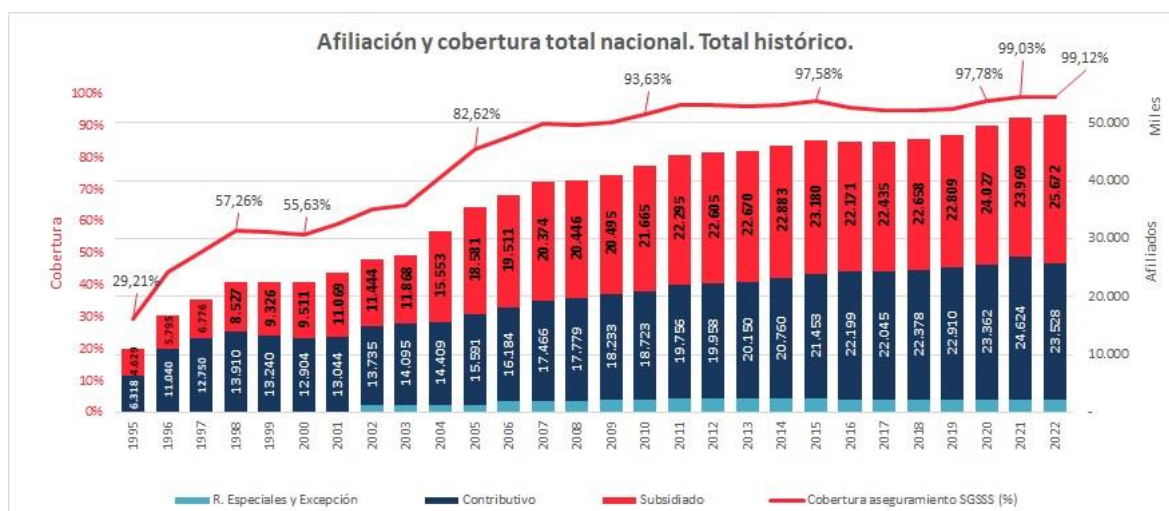
algunas soluciones a la crisis presentada en el sector, acogiendo las siguientes características principales:

- **Separación de la prestación, administración y financiamiento del servicio.** En tal sentido, se crearon las Entidades Promotoras de Salud EPS, encargadas de la afiliación, recaudo, y garantía del acceso al plan de servicios. La prestación de servicios está a cargo de las Instituciones Prestadoras de Salud IPS, las cuales pueden ser oficiales, mixtas, privadas, o solidarias.
- **Estímulo a la cobertura universal.** El sistema señala como obligatoria la afiliación de todos los colombianos, previo pago de una cotización regla monetaria o a través de subsidios. Se afilian los trabajadores dependientes, independientes, con su familia, y se garantizan subsidios a las personas sin capacidad económica.
- **Otorgamiento de un plan integral.** Existe un plan integral de protección a la salud cuyo propósito es cubrir a todas las personas sin discriminación, sin importar sus ingresos o riesgos específicos, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.
- **Creación de mecanismos de control de costos.** Las EPS reciben del sistema un valor fijo por cada uno de sus afiliados o Unidad de Pago por Capitación UPC, que descuentan del recaudo que realicen, la cual garantiza la prestación del servicio, pero sin exceder los topes de UPC. Ésta se revalúa por estudios actuariales.
- **Creación de mecanismos de solidaridad y compensación.** Cuando las EPS recaudan por cotizaciones un mayor valor que el de las UPC a que tienen derecho, ese excedente es utilizado para completar las UPC de las EPS que no lograron su recaudo. Estos mecanismos se efectúan a través del ADRES.
- **Sustitución de la asistencia pública.** A las personas sin capacidad económica se les garantiza el acceso al sistema a través de un aseguramiento por subsidio a la demanda, los cuales son administrados por las Administradoras de Régimen Subsidiado ARS, en contraposición a la anterior lógica de transferir recursos a los hospitales para que prestaran los servicios.
- **Libertad de elección.** Los usuarios tienen libertad para elegir EPS, ARS e IPS, para lo cual los diferentes organismos encargados de la vigilancia y control y de la administración del sistema deben adoptar las medidas necesarias para garantizar dicho derecho.

- **Definición de sistemas de organización y gestión.** Creación de un modelo de gestión flexible, descentralizado y autogestionario que permitiera una cobertura universal. En el nivel nacional se regula, controla y dirige, en el nivel territorial se ejecuta a través de las Empresas Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras, Administradoras de Régimen Subsidiado y Empresas Sociales del Estado.
- **Creación de un fondo para Régimen Subsidiado.** Se crea un aporte obligatorio financiado por los cotizantes y aportes estatales para asegurar el acceso de todos los colombianos (fundamento del Régimen Subsidiado). ((Torres Corredor, (2003) p 15).

El artículo primero de la Ley 100 de 1993, establece la seguridad social como un derecho irrenunciable que el estado debe garantizar a todos los habitantes, disminuyendo las condiciones de desigualdad para la prestación del servicio de salud para los sectores menos favorecidos. (Torres Corredor, (2003)), en la actualidad podemos observar que la cobertura en el sector salud ha aumentado de manera considerable, en reciente publicación del Diario la república se enfatizó en que la cobertura en el sistema de seguridad social en salud aumento del 29,22% al 99% en el periodo comprendido entre 1995 y 2021, como se muestra a continuación:

Figura 7: Incremento de la cobertura de salud a nivel nacional 1995-2022.



Fuente: Ministerio de salud y Protección social. (Ministerio de Salud, Comportamiento del aseguramiento (2023)).

Como señala la gráfica tomada de la página web del Ministerio de Salud y Protección Social, entre 1995 y 2022 ha aumentado aproximadamente en un 69% la cobertura del sistema de salud.

Sin embargo todavía en Colombia hay municipios que por su ubicación geográfica y difícil acceso no tienen oportunidad de recibir servicios de salud oportunos y de calidad, es el caso de los habitantes de Nueva Colombia, una vereda a la que sólo se accede tras 6 horas de camino desde Puerto Rico Meta o San José del Guaviare, en este apartado lugar sus habitantes tienen que hacer colectas para transportar a sus enfermos hasta la ciudad más cercana, sin embargo cuando son casos graves muchas veces los enfermos no resisten el largo trayecto. En artículo publicado por el diario “El Espectador”, el 9 de octubre del 2022 reseñó esta situación para el caso de la vereda “Nueva Colombia”

*“Los habitantes de Nueva Colombia —una vereda a la que solo se accede tras horas de camino desde **Puerto Rico, Meta o San José del Guaviare**— deben hacer vaca para sacar a sus enfermos y enviarlos a la ciudad más cercana. Pero, aun recogiendo el dinero, nunca saben si llegarán a tiempo cuando se trata de una emergencia o si podrán garantizar que tendrán un medio de transporte. “El único transporte con que contamos en el momento, dos o tres veces a la semana, es la ‘voladora’ embarcación que tiene techo y un motor con más potencia que una lancha, pero es demasiado costoso”, comenta Jefferson Parrado, presidente de la **Junta de Acción Comunal**. Hay dos formas de llegar a Nueva Colombia, ambas largas y complejas. Para hacer la primera parte del camino terrestre se debe llegar a San José de Guaviare o a Puerto Rico, Meta.*

*Desde San José hay varias opciones: se paga el servicio de línea que solo sale a una hora específica durante el día o se puede tomar un servicio expreso por tierra **que puede costar por trayecto unos \$450.000**. La otra manera es llegar al centro poblado Puerto Nuevo en moto, a la orilla del río Guayabero.*

*En cualquiera de estas opciones, el resto del recorrido se debe hacer por vía fluvial. Hay que esperar un bote o canoa, cuyo pasaje puede costar hasta \$100.000. **Se navega por el río Guayabero durante 40 minutos hasta detenerse en la orilla contraria**, en el centro poblado Nueva Colombia, del municipio de Vista Hermosa;*

en ese instante se ingresa a tierras metenses. En total, son de cuatro a cinco horas de viaje. (El Espectador, (2022) Voces del Guayabero. La salud no llega a la vereda de Nueva Colombia)

El sistema de seguridad social en Colombia se fundamenta en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, la Ley 100 de 1993 en su artículo 153, modificado por el artículo 3° de la Ley 1438 de 2011 señala de manera específica, veintiún (21) principios a aplicar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud como son, la obligatoriedad, igualdad, la -prevalencia de derechos, el enfoque diferencial, la equidad, la calidad, eficiencia, progresividad, libre escogencia sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, prevención, continuidad.

Señala el profesor Gerardo Arenas que la finalidad de la intervención estatal en el modelo de salud es garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales, asegurar la obligatoriedad del sistema, lograr la cobertura progresiva de la atención básica, desarrollar responsabilidades de dirección, coordinación y control, y por último, pero no menos importante, garantizar el gasto público social de bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, con priorización de dicho gasto, conforme al artículo 366 de la Constitución Política (Arenas Monsalve (2018)).

La Ley 100 de 1993 generó un nuevo enfoque del servicio público de salud el cual puede ser prestado por el Estado de forma directa o indirecta, por las comunidades organizadas o por particulares, conforme a los principios mencionados, descentralizando la prestación del Estado, implementando un modelo de mercado (competitivo con focalización de subsidios a la demanda. Una descripción acertada del Sistema General de Seguridad Social (SGSS) creado por la ley 100, sería:

“El Sistema General de Seguridad Social creado por la Ley 100, se basa en tres usos fundamentales de los recursos “el aseguramiento individual (demanda); los hospitales públicos o atención a los vinculados (oferta); y la salud pública (aseguramiento colectivo). En lo que concierne al primer uso, el financiamiento del SGSSS, parte de la diferenciación de la población, según su capacidad de pago, en dos tipos de regímenes: el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado” (Santamaría, et al., 2011, p. 37). El régimen

contributivo rige y norma la afiliación de los ciudadanos con trabajo formal y capacidad de pago al SGSSS; el Régimen Subsidiado rige y norma la afiliación de la población más pobre y que generalmente no tiene capacidad de pago. Por ello, los agentes financiadores se constituyen a su vez en cotizantes- contribuyentes, con beneficiarios y subsidio a la población pobre en el sistema de salud. La Ley 100 de 1993, considera un tercer tipo de régimen de afiliación: régimen especial y de excepción.

La administración y prestación de los servicios de salud están a cargo de las EPS, las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS o EPS-S) y las IPS, dichas instituciones prestan sus servicios de acuerdo al POS, establecido para cada régimen, a través de un mecanismo de intermediación creado para el financiamiento o Fondo de solidaridad y garantía (Fosyga).

El Fosyga es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, que recauda los aportes y compensa a las EPS y a las EPS-S por beneficiarios con diferentes perfiles salariales o de riesgo. Esta actividad se lleva a cabo mediante la Cuenta de Compensación y la Cuenta de Solidaridad, y las EPS y EPS-S reciben una UPC por cada afiliado. La UPC corresponde al valor de los tratamientos de los eventos incluidos en el POS o en el POS-S, ponderados por su probabilidad de ocurrencia (Santamaría, et al., 2011). Así que, el balance de compensación se realiza de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación (2012), de la siguiente manera:

Las aseguradoras obtienen sus ingresos mediante el reconocimiento que el sistema realiza sobre la base de la UPC o prima, reconocida por cada uno de sus afiliados. (Vargas González, V. (2021). Operativamente, existe el proceso de compensación, que compara el recaudo obtenido por un núcleo familiar con base en el salario o ingresos de uno o más de sus miembros frente al valor de la UPC reconocida para todas las personas incluidas en dicho núcleo familiar. El sistema reconoce mensualmente las UPC teniendo en cuenta el recaudo efectivo de las cotizaciones.

Considerando la reforma al SGSSS, según lo dispuesto en la Ley 1438 de 19 de enero de 2011, que introduce como cambio de gran importancia la sostenibilidad financiera del sector (Congreso de Colombia, 2011) y con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, se crea la Administradora de los Recursos del Sistema

General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, por medio de la cual se unifica el manejo de los recursos del SGSSS. De igual modo, el control y flujo de los mismos recae en la nueva entidad que inició operaciones el primero de agosto de 2017 con el objeto de: “Administrar los recursos que hacen parte del Fosyga, los del Fondo de salvamento y garantías para el sector salud (FONSAET), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social”. (Ley 1753 de 2015.” (Vargas González, V. (2021).

En la actualidad la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, es la entidad del Estado que gestiona y protege el adecuado uso de los dineros que soportan la prestación de los servicios de salud, así como de los pagos, giros y transferencias que se debe realizar a los diferentes agentes que intervienen en el mismo sistema.

2.2 Estructura financiera y de administración en el sistema de salud colombiano.

Para entender las dinámicas que se producen entorno a la salud como servicio es necesario contemplar los antecedentes de la organización económica del mercado de la salud, y así identificar como se integra a los procesos de globalización en el mundo.

2.2.1 La Financiarización de la Economía a escala Internacional:

El ciclo de acumulación de capital iniciado durante la segunda posguerra (conocido como el de “*los Treinta años Gloriosos*” en la historia del capitalismo) estuvo soportado en el régimen fordista de producción, nombre que remitía al sistema de organización del trabajo asociado a la producción en serie en las empresas, popularizado por Henry Ford en la industria automovilística norteamericana desde los inicios del siglo XX tuvo como antecedente el pacto entre los gremios empresariales y los sindicatos cuyo antecedente

debe encontrarse en el llamado “New Deal” realizado en medio de la crisis económica internacional de los años 30 en los Estados Unidos, pacto que se prolongó durante la segunda postguerra en los países metropolitanos y que permitió las siguientes condiciones:

- Aumentos salariales proporcionales al incremento de la productividad (entendida como la producción de un número mayor de bienes y servicios en fracciones menores de tiempo).
- Aumento continuo del consumo (demanda) dada la posibilidad de los trabajadores de participar en la distribución de la riqueza.
- Implementación del llamado “Estado Social de Derecho” soportado en la “tributación directa” lo que permitió el reconocimiento de los derechos económicos y sociales, con énfasis en los derechos laborales.

La recesión de 1973 cerró ese ciclo evidenciándose una baja en de las ganancias de las grandes empresas en los países del norte (entendidas como la diferencia entre los costos de producción, incluyendo los salarios y la utilidad anual de las empresas) y en la productividad del trabajo. Michel Husson un reconocido economista francés ha anotado que ese agotamiento de las ganancias por productividad constituye, en efecto, una característica central del capitalismo contemporáneo. “Durante los *Treinta Gloriosos* (Husson, 2008), la productividad del trabajo aumentó alrededor de un 5 % por año. Hoy en día, en el mejor de los casos alcanza solo el 1 % o el 2 %. Se trata de una transformación profunda en el funcionamiento del capitalismo.” (Husson, 2008, p. 23)

La caída de la productividad y las ganancias tensionó el conflicto distributivo entre trabajadores y empresarios. El anterior discurso de la concertación terminó por agotarse y surgieron las exigencias capitalistas a la necesaria reducción de los salarios como prerrequisito a la inversión. Luego los grandes grupos empresariales iniciaron la reestructuración de las empresas desconociendo a los sindicatos de base y posteriormente, en la década de los ochenta durante los gobiernos de Margaret Thacher en Inglaterra y Ronald Reagan en Estados Unidos comenzó la extinción del “Estado de Bienestar”. Por lo que puede afirmarse que la contracción de los salarios constituye una consecuencia lógica de este cambio en las reglas de juego en la economía internacional.

Sin embargo, el recuperar las ganancias decreciendo los salarios conllevó a un declive en

la inversión empresarial que a medida que se desarrolló el neoliberalismo terminó por propiciar un aumento considerable de los dividendos empresariales.

Paralelo a ello la desregulación financiera (entendida como el desmonte de los controles administrativos de los Estados sobre la circulación de capitales financieros) impulsada por las autoridades monetarias norteamericanas produjo una gran expansión de los sistemas financieros lo que incluyó a nuevos intermediarios del crédito conocidos como Inversionistas Institucionales (Fondos de Pensiones, Mutual Funds, Compañías aseguradoras). Entonces los excedentes empresariales giraron hacia las finanzas privadas que encuentran en los mercados de capitales (bolsas de valores) el lugar para valorizar sus activos. Era el inicio de la “financiarización de la economía” que ya lleva décadas.

La desregulación de capitales posibilitó igualmente incorporar al capital extranjero en el endeudamiento estatal metropolitano, internacionalizando aún más al sistema financiero y la apropiación privada de franjas importantes del patrimonio público.

Una vez consolidados los grupos financieros, comenzaron a apropiarse de las empresas mediante la compra de acciones en los mercados de capitales “Michel Aglietta ha utilizado estadísticas del crecimiento de este tipo de capitalización durante el (lapso 1980-2001), medida en porcentajes del PIB comparándola en Estados Unidos, Francia y Alemania evidenciando incrementos considerables. Así, en Estados Unidos la capitalización bursátil era del 50% en 1980 llegando al 152% en el 2001. En Francia pasó del 8% al 103% y en Alemania del 9% al 61%. Sin embargo, la particularidad de estos aumentos porcentuales es la de que no fueron utilizados para incrementar la inversión empresarial. Esta tendencia se confirma en los países reseñados. En Estados Unidos en el lapso 1970-1989 la utilización de acciones en inversión empresarial fue negativa, -8.8% y en el período 1971-1992 en Alemania tan solo llegó a 0.18%; en Francia llegó al 4.3% de donde se concluye que la ampliación de las capitalizaciones en el mercado bursátil sirvió, en lo fundamental para financiar adquisiciones bursátiles” (Aglietta (2002) p. 23, 25).

En el desarrollo de la globalización financiera esta transformación en las inversiones terminó por producir una reorganización de las empresas transnacionales que en la actualidad entrecruzan inversiones financieras con industriales convirtiéndose en una modalidad organizativa del capital financiero, comenzó en ese período, como anota Serfati: “Las empresas transnacionales (ETN) se definen por su tamaño e internacionalización y constituyen una categoría propia, ya que sirven como centros financieros con actividades

industriales, o son “una modalidad organizativa del capital financiero” (Libreros y Carrero (2021)). La globalización financiera se encuentra entonces soportada en el peso específico que han obtenido estos grandes conglomerados financieros en la economía internacional. Estos grupos controlan y deciden sobre el grueso de las inversiones y de la distribución de la riqueza utilizando la intermediación crediticia en los mercados de capitales.

Estas transformaciones en la economía internacional no hubieran podido producirse sin las decisiones que desde el inicio de la década del setenta implementaron las autoridades económicas norteamericanas. “La *decisión de agosto de 1971 de “cerrar la ventanilla del oro”* significaba que Estados Unidos ya no iba a someterse a la disciplina que le obligaba a mantener la paridad del dólar con el oro o con cualquier otra moneda; se podía dejar fluctuar el dólar como decidiese el Departamento del Tesoro estadounidense y se apuntaba a la eliminación del oro de los asuntos monetarios internacionales. Estados Unidos empujaba a la economía mundial a un patrón basado exclusivamente en el dólar (Peter Gowan; (1999))

2.2.2 Un Nuevo Orden Jurídico Internacional:

Boaventura de Sousa Santos en su artículo *“La Globalización del Derecho”* ha sido uno de los autores que ha resaltado la relación entre la globalización financiera y los cambios normativos en los Estados Nacionales, agregando que como las nuevas formas de acumulación de riqueza transgreden el tiempo y el espacio nacional, las fuentes tradicionales del derecho positivo vienen siendo desplazadas por las regulaciones transnacionales que emite la Organización Mundial de Comercio (OMC), la OCDE y las Instituciones Financieras Internacionales (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional), por lo que puede concluirse que estamos en presencia del surgimiento de un constitucionalismo supra-nacional que puede ejemplificarse en el caso de la Unión Europea en la que opera “una constitución jurídica y política supranacional destinada a crear un mercado interno que comprende las cuatro libertades de movimiento (de bienes, personas, servicios y capitales)” (De Sousa Santos Boaventura, (1998), p 93). la cual, debe agregarse, incluye un sesgo privatizador dado que la unificación monetaria (el euro) y las exigencias presupuestales a los Estados miembros obedecen a las exigencias de la institucionalidad neoliberal.

Para Gunther Teubner, en el texto *Regímenes Globales privados ¿Derecho Neoespontáneo y Constitución dual de sectores autónomos?*, señala, estos nuevos parámetros de la política y el derecho globalizado no operan tan solo desde el exterior de los Estados, sino que, ya han sido interiorizados. *“La deconstrucción a la cual se expone el derecho global, no proviene solo del exterior, es decir, de la constate contracción del potencial de control de la política frente a la economía, sino que también proviene de su interior, esto es, de la erosión de las pretensiones fundamentales de validez que tiene el derecho. A cierta distancia de la globalización política está teniendo lugar una globalización del derecho en la que se están deconstruyendo las formas tradicionales del derecho mediante sus propias rutinas de producción normativa”* (Teubner Gunther, (2010).p 70 a 75).

Ambos autores llegan al punto de asociar esta tendencia a la privatización transnacional del derecho con la antigua *lex mercatoria*, la cual surgió históricamente durante el siglo XI cuando en medio del crecimiento del comercio, los comerciantes inauguraron las ferias urbanas desplazándose de ciudad en ciudad y necesitaron crear un ordenamiento jurídico que enmarcara sus negocios.

De Sousa Santos asocia la tradición de la *lex mercatoria* con el momento en que los países metropolitanos iniciaron la exportación de capitales a las regiones periféricas en el último tercio del siglo XIX lo que obligó a establecer códigos de protección a los derechos de propiedad. “Los países centrales europeos aseguraron efectivamente los derechos económicos de sus nacionales en el extranjero, a través de una red de prohibiciones establecidas en tratados e impuestos a escala global, desde China hasta Latinoamérica. Su propósito era proteger la seguridad personal y la propiedad” (Arendt (1995) p 5).

Durante la globalización financiera, dado el control corporativo de los grupos financieros sobre la producción y el comercio, los postulados de la *lex mercatoria* han adquirido de nuevo gran importancia. Los principios y los tipos jurídicos incluidos en la legislación transnacional de la OMC, en los Tratados de Libre Comercio y en los Tratados de Protección de Inversión confirman esta tesis.

2.2.3 Latinoamérica en la Globalización financiera:

Una vez que la mayoría de los países latinoamericanos oficializaron quiebra (*default*) en los inicios de la década del ochenta, el Fondo Monetario Internacional FMI y el Banco Mundial BM (que tienen reconocimiento de personas jurídicas de carácter internacional) intervinieron de manera directa en la gestión de esta crisis coordinados de manera directa por la Secretaría del Tesoro estadounidense y mediante la utilización de créditos condicionados a planes de ajuste que terminaron por producir una transferencia de riqueza de los países de la región a los capitales financieros metropolitanos. Existió una “división de funciones” entre estas Instituciones financieras Internacionales, mientras el FMI se especializó en el otorgamiento de créditos condicionados, el BM lo hizo en “recomendaciones institucionales” que sirvieron de soporte a las “Reformas neoliberales” en la región.

La sistematización de esos planes de ajuste que incluyeron ajustes fiscales, privatización de los patrimonios públicos, reducciones arancelarias y flexibilidad salarial, entre otras exigencias, fueron sistematizadas en el llamado “Consenso de Washington”. Durante la década de los noventa este catálogo de exigencias fue incorporado en las reformas institucionales diseñadas por el “orden jurídico transnacional” determinando el ingreso de la región a la globalización financiera.

De esta manera se inició un camino en el que el endeudamiento público quedó incorporado en las transacciones de las finanzas privadas. Las reformas institucionales que fueron realizadas años después oficializaron esta “financiarización” de los presupuestos públicos

A decir verdad, en los países latinoamericanos, los Estados no llegaron a brindar los beneficios y las coberturas en DESC que ofrecieron los países metropolitanos, principalmente los del “viejo continente”, pero acompañando el desarrollo del capitalismo en las décadas posteriores a la crisis del treinta, implementaron un modelo intervencionista de protección arancelaria, acompañado de fomento industrial y de presencia directa en áreas de la economía al igual que desarrollaron regulaciones sobre los asalariados que incluían el reconocimiento de derechos y áreas de seguridad social.

2.2.4 Los cambios normativos en Colombia durante la década del noventa:

Desde finales de la década del ochenta el país, si bien no contaba con los niveles de endeudamiento público de la mayoría de los países de la región, tuvo que reconocer las pautas definidas en el “Consenso de Washington” en su normatividad interna como condición ineludible para pertenecer a la Globalización financiera. Cito las más relevantes:

La Ley 45 de 1990 modificó el sistema financiero en el país bajo los siguientes supuestos:

- Incorporó los estándares internacionales que en el funcionamiento de los sistemas financieros definieron los llamados “acuerdos de Basilea” particularmente en lo que hacía referencia al aumento de las exigencias de inversión inicial de capital para crear una institución financiera.
- Terminó con la “nacionalización de la banca” que había sido establecida a mediados de la década del setenta durante el gobierno de López Michelsen y que obligaba a que en la creación de un banco era obligatoria el que por lo menos el 51% del capital perteneciera a capitalistas nacionales posibilitando el ingreso de filiales bancarias multinacionales.
- Oficializó el tránsito de la banca especializada a la banca múltiple (régimen normativo en el que se le otorga al intermediario financiero libertad para que opere en cualquier área del crédito y en cualquier plazo) lo que posibilitó la consolidación de los grupos financieros en el país.
- Abrió la posibilidad de la creación en el país de los intermediarios financieros que ya tenían presencia internacional. Efectivamente, el artículo 1 de esta Ley establece: “Los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial podrán participar en el capital de sociedades fiduciarias, de arrendamiento financiero o leasing, comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías”.

La Ley 9 de 1991, que puede considerarse como el primer Estatuto de Inversión en el período de la globalización financiera oficializó la desregulación de capitales dando paso al mercado de divisas que actualmente constituye el mercado de mayores transacciones financieras a escala internacional.

La reforma constitucional de 1991 modificó la naturaleza jurídica y las funciones del Banco de la República responsabilizándolo de manera exclusiva del control de la inflación y alejándolo de las funciones de fomento que había desarrollado en décadas anteriores. Lo declaró “ente constitucional autónomo” conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Constitución Nacional quitándole al presidente de la República el control sobre esta institución. Con estas modificaciones constitucionales el Banco de la República tomó el formato que los Bancos Centrales a escala internacional adoptaron para coordinar las políticas monetarias con el Banco Internacional de Pagos en las que la Reserva Federal norteamericana (FED) juega el papel de primer orden.

Esa misma reforma constitucional en el tema de los Derechos Económicos y Sociales (Educación y Salud) utilizó definiciones duales abriendo la posibilidad de que fueran regulados como derechos o como servicios. Las Leyes orgánicas que siguieron a la aprobación de la Constitución, los reglamentaron como servicios y solamente décadas después el Congreso expidió las Leyes estatutarias, lo que tuvo consecuencias en la defensa constitucional de estos derechos, por cuanto la tutela que fue el mecanismo aprobado para que los ciudadanos los defendieran ante los jueces se convirtió en el mecanismo protagónico para su defensa.

Debe agregarse que estas definiciones de “servicios” tienen relación directa con un segmento de los negocios internacionales regulado por el Acuerdo General del Comercio de Servicios-AGCS-. organismo que hace parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Efectivamente, en la página oficial de la OMC se anota al respecto:

“La creación del AGCS (acuerdo general de comercio de servicios) fue uno de los logros principales de la Ronda Uruguay, cuyos resultados entraron en vigor en enero de 1995. El AGCS se inspiró básicamente en los mismos objetivos que su equivalente en el comercio de mercancías, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): crear un sistema creíble y fiable de normas comerciales internacionales; garantizar un trato justo y equitativo a todos los participantes (principio de no discriminación); impulsar la actividad económica mediante consolidaciones garantizadas; y fomentar el comercio y el desarrollo a través de una liberalización progresiva.”

Actualmente los servicios representan más de dos tercios de la producción y el empleo mundiales, pero no suponen más del 25% del comercio total si se miden según los datos de la balanza de pagos. Sin embargo, no debemos subestimar este porcentaje aparentemente pequeño. En efecto, las estadísticas de la balanza de pagos no recogen uno de los modos de suministro de servicios definido en el AGCS, a saber: el suministro mediante la presencia comercial en otro país. Además, aunque los servicios son cada vez más objeto de comercio por derecho propio, también constituyen insumos cruciales para la producción de bienes y, en consecuencia, cuando se calcula su contribución en términos de valor añadido, los servicios representan en torno al 50% del comercio mundial” (Organización Mundial de Comercio (2023).

Luego, la expedición de la Ley 100 de 1993, ocurrió en medio de una reformulación institucional interna en la que las pautas institucionales de la globalización financiera imponían la desestructuración de las formas anteriores de intervención estatal con obligaciones en el reconocimiento de los DESC, adecuándolas al dominio corporativo del gran capital que logró transformar estos derechos colectivos en un segmento de los mercados de capitales. El camino había quedado despejado para que los grupos financieros ampliaran la cobertura de sus negocios con la salud.

La alternativa estatal para preservar el discurso legitimante en política social fue la de oficializar los programas de “focalización” de la pobreza, diseñados por el Banco Mundial desde mediados de la década del ochenta. La definición actual de focalización, en la legislación colombiana fue incluida en el artículo 94 de la Ley 715 de 2001, el cual la reconoce como “el proceso mediante el cual se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable” La Corte Constitucional ha ratificado esta definición. En la sentencia T 949 del 2006 anotó a propósito de los programas del SISBEN: “El Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (Sisben) es una herramienta de planeación administrativa cuya finalidad es seleccionar los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana.

En esa misma sentencia que remitía a una decisión sobre pago de cuotas mínimas en el SISBEN salud, este alto tribunal no solo recordó la normatividad exigida, sino, que igualmente agregó que dadas las condiciones de pobreza de esta población debe

presumirse que la declaración que realizan cuando aducen incapacidad de pago debe presumirse como cierta. Cito el aparte pertinente:

“No obstante, la exigencia de tales cuotas, como fue previsto por el legislado y ha sido reiterado por esta Corporación, no puede convertirse en una barrera de acceso de la población más pobre y vulnerable a la prestación de servicios de salud, razón por la cual la normativa vigente dispone que el monto de estas, debe ajustarse a la situación socioeconómica de los usuarios. Para asegurar lo anterior, en los artículo 18 del Decreto 2351 de 1995 y 11 del Acuerdo 260 de 2004 se han establecido las siguientes reglas: (i) la población en estado de indigencia y las comunidades indígenas están exentas del pago de estas cuotas; (ii) la población clasificada en el nivel 1 del Sisbén debe cancelar el 5% de los servicios que recibe, sin exceder por un mismo evento el equivalente a una cuarta parte del salario mínimo mensual legal vigente, y (iii) la población clasificada en el nivel 2 debe cancelar el 10% del valor de los servicios, sin exceder por un mismo evento el equivalente a la mitad de un salario mínimo mensual legal vigente. Además, no hay lugar al pago de estas cuotas por la prestación de servicios de control prenatal, atención del parto y sus complicaciones, y atención del niño durante el primer año de vida.

Ahora bien, en situaciones excepcionales, cuando la población vinculada carece por completo de capacidad de pago para cancelar las cuotas de recuperación, la Corte ha considerado que la referida norma debe ser inaplicada, con el objeto de eximir al usuario del pago de cualquier suma de dinero que obstaculice su acceso efectivo a la prestación de los servicios de salud.

En relación con la prueba de la incapacidad económica, ha sostenido que, tratándose de vinculados al sistema de salud, en tanto se trata de personas pertenecientes a los sectores más pobres y vulnerables del país, se presume su falta de capacidad de pago. Por tanto, una vez así lo han manifestado, corresponde a los accionados desacreditar tal afirmación

El SISBEN, según la página web del Departamento Nacional de Planeación DNP “es el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales que, a través de un puntaje, clasifica a la población de acuerdo con sus condiciones socioeconómicas” Así mismo, “se utiliza para identificar de manera rápida y objetiva a la población en situación de pobreza y vulnerabilidad para focalizar la inversión social y

garantizar que esta sea asignada a quienes más lo necesitan.” (Departamento Nacional (2019)) Otro programa importante en focalización es el de “Familias en acción” definido como “una ayuda económica no reembolsable otorgada por el Estado, que tiene como fin mejorar los niveles de educación y salud de menores de edad, pertenecientes a hogares de bajos recursos” (Departamento para la prosperidad social, 2019). En el caso de la educación Superior el programa establecido fue el de “Ser pilo paga” definido como “un programa del Gobierno Nacional que busca que los mejores estudiantes del país, con menores recursos económicos, accedan a Instituciones de Educación Superior acreditadas de alta calidad.” (Colombia aprende, 2019), que fue reemplazado parcialmente por el gobierno anterior por el programa denominado “Generación E”.

En los inicios del primer gobierno Santos estos programas fueron centralizados en el Departamento de “Prosperidad Social” en una subdirección especializada denominada “Subdirección General para la superación de la Pobreza” definida como una dependencia, dentro del mismo y bajo el criterio de acercarlos a la oferta de servicios sociales y de carácter técnico que lidera el programa del gobierno nacional para la superación de la pobreza denominado “Estrategia Unidos”. En la página web del Departamento de Prosperidad Social se incluyen los elementos que conforman esta estrategia, diseñados bajo el criterio de “Focalización de la Pobreza”, así:

“La Estrategia de Superación de Pobreza Extrema– Estrategia UNIDOS- es una iniciativa de carácter nacional, transversal e intersectorial, coordinada por Prosperidad Social, que busca mejorar las condiciones de vida de los hogares más pobres del país mediante el acompañamiento familiar y el acceso preferente a la oferta social pública y privada pertinente en áreas de salud, educación, trabajo y vivienda.

- *¿Cuáles son los requisitos de Ingreso?*

La Estrategia UNIDOS NO maneja inscripciones. Prosperidad Social identifica los hogares potenciales a ser vinculados a UNIDOS a través de los resultados de la caracterización del SISBÉN IV. Los hogares deben contar con el levantamiento de información del SISBÉN y en caso de no tenerlo, acudir a la Alcaldía del municipio en el que residen y solicitar ser encuestados.

Los hogares que pueden vincularse a UNIDOS serán aquellos que cuenten con los puntajes más bajos de la encuesta SISBÉN IV, es decir, los hogares más pobres y vulnerables del país.

- *Qué tipo de ayuda o beneficios entrega la Estrategia Unidos*

La Estrategia UNIDOS NO entrega directamente ayudas ni en dinero ni en especie. La Estrategia UNIDOS es una de las ofertas de Prosperidad Social que consiste en el acompañamiento familiar que realizan los cogestores sociales, por un periodo específico de tiempo. En dicho acompañamiento se articula el acceso a los servicios sociales públicos y privados.

- *Que son los logros familiares:*

Los logros familiares son indicadores definidos por Prosperidad Social relacionados con las áreas identificación, salud, ingresos y trabajo, educación y vivienda que permiten visibilizar las carencias o privaciones de los hogares acompañados. Estos posibilitan la medición de su avance en la superación de la pobreza y evidencian las necesidades de acceso a servicios públicos y privados que satisfagan estas necesidades estas necesidades” (Prosperidad social (2023)).

En la orientación ideológica de los debates que precedieron la expedición de la Ley 100 de 1993 el Banco Mundial jugó un papel definitorio desplazando a la Organización Mundial de la Salud-OMS- que desde 1948 y en coordinación con las definiciones de Naciones Unidas venía desempeñando ese papel orientador.

En materia de seguridad social, el Banco Mundial ha realizado una serie de diagnósticos, especialmente en los campos de prestación de los servicios de salud y en el desempeño del sistema pensional. Este organismo ha asumido el liderazgo en el análisis y la provisión de directrices políticas para el sector salud. A partir de 1987, año en que se publicó el documento “Financiamiento de los servicios de salud, una agenda de reforma” ((Banco Mundial (1993)), se plasmó el pensamiento neoliberal, que presenta notables diferencias con lo acordado en 1978, cuando la Organización Mundial de la Salud OMS y la Unicef editaron la Declaración de Alma Ata. De otra parte, en los diagnósticos efectuados por el

Banco Mundial se indican serias dificultades: baja cobertura, restricciones en el financiamiento, deficiente calidad del servicio, inequidad en la prestación de los servicios y exclusión de la población pobre. En efecto, sobre esos problemas reales no hay controversia, donde sí la hay es en las relaciones de causalidad que se establecen para explicar la presencia de tales deficiencias y en las políticas que se formulan para superarlas. ((Banco Mundial (1993)).

Algo que identifica los estudios del Banco Mundial en los temas de salud y pensiones es que en su interpretación las cotizaciones se consideran como impuestos a la nómina; este enfoque orienta el informe que para salud hizo la Escuela de Salud Pública de Harvard y el documento titulado *Envejecimiento sin crisis* (Banco Mundial, 1994). Desde esta perspectiva, el contenido de solidaridad y protección que tiene el sistema se modifica sustancialmente; ahora los agentes económicos deben contribuir de acuerdo con los beneficios que desean obtener” (Arévalo Hernández p.15)

En línea de continuidad con lo anterior, el informe del Banco Mundial de 1993 sobre salud titulado “Informe sobre el Desarrollo Mundial: Invertir en Salud” incluye una serie de recomendaciones resultado de las experiencias privatizadoras en el sector ocurridas durante la década de los ochenta. Puede afirmarse que además de insistir en el “retiro del Estado” de la prestación directa del servicio de salud reduciéndolo al suministro de “bienes públicos” para la población en general, aunque priorizando la focalización de la pobreza, el informe recomienda una mayor presencia del sector privado en la gestión de los recursos, en la prestación de los servicios y en el “aseguramiento” eslabón necesario para expandir el mercado de los seguros, lo que debe venir acompañado de la responsabilidad individual de las personas sobre su estado salud responsabilizándolas del financiamiento del mismo mediante cotizaciones y aseguramientos. Cito un aparte pertinente:

“El financiamiento estatal de medidas de salud pública y de un conjunto de servicios clínicos esenciales definido a nivel nacional haría que el resto de la asistencia clínica se financiara privadamente o mediante seguros sociales, en el contexto de marcos de políticas establecido por los gobiernos. Estos pueden alentar la diversidad y la competencia en la prestación de los servicios de salud y en la esfera de los seguros mediante políticas que:

- *Alíen los seguros sociales o privados (con incentivos reglamentados para promover el acceso equitativo y contener los costos) para cubrir la asistencia clínica no abarcada por el conjunto de servicios esenciales.*
- *Alíen a los proveedores (tanto públicos como privados) a competir en la prestación de servicios clínicos y en el suministro de insumos, como los medicamentos, a todos los servicios de salud, tanto los financiados con fondos públicos como los que financie el sector privado. Los proveedores nacionales no deberían estar protegidos de la competencia internacional.*
- *Generar y difundir información sobre el desempeño de los proveedores de los servicios, los equipos y medicamentos esenciales, los costos y la eficacia de las intervenciones, y sobre el nivel de acreditación de los establecimientos e instituciones que prestan los servicios. (informe banco mundial (1993) p20).*

Estas recomendaciones que quedaron incluidas en la Ley 100 de 1993 ampliaron el mercado de capitales tanto en el caso de las pensiones con la creación de los Fondos Privados de pensiones, como en el caso de la salud al incluir el aseguramiento en el sector. En lo atinente a los Fondos privados de pensiones cuentan con activos por un valor de \$ 348 billones (“El Nuevo Siglo 15 de febrero 2022), una cifra considerable que representa el 28% aproximado del PIB. La inclusión de la seguridad social y del servicio de salud en los mercados de capitales en beneficio de los grandes grupos económicos produjo los resultados que aguardaban.

La Ley 100 de 1993 y sus reglamentaciones posteriores apuntaron a la transnacionalización del servicio de salud concordantes con las definiciones de la AGCS. Las condiciones en que generalmente opera este “comercio de servicios de la salud” pueden enumerarse de la siguiente manera.

- **Suministro transfronterizo:** Comercio que ocurre sin que el proveedor o el consumidor crucen una frontera. Son ejemplos de este tipo de intercambio los estudios que se solicitan en laboratorios de otros países o las consultas médicas que hacen uso de la llamada *telemedicina*. (...) Esta modalidad del comercio de servicios sanitarios comprende principalmente los servicios proporcionados a pacientes extranjeros.

- **Consumo en el extranjero:** Los consumidores se pueden clasificar en la siguiente forma: a) los que van al extranjero para recibir un tratamiento especializado o quirúrgico con una tecnología adelantada que quizás no exista en su país de origen, o para ingresar en un centro de salud prestigioso; b) los que desean pasar la convalecencia en otro país; c) los que van a un lugar determinado para aprovechar sus recursos naturales, como los balnearios o las aguas termales, y que están dispuestos a adoptar el tratamiento médico simultáneamente con otras actividades, como el turismo recreativo; d) los que viajan para recibir tratamiento médico u odontológico como pacientes externos y desean un tratamiento de calidad similar al que podían recibir en su país de origen, pero menos costoso, o servicios determinados que no existen en el país de origen (grupos importantes de esta categoría son los emigrantes y los habitantes de territorios fronterizos); y e) personas ancianas que van a vivir a países donde la vida es menos cara y el clima es mejor que en el país de origen y personas que han vivido muchos años en el extranjero y se jubilan en su país de origen.
- **Presencia comercial:** Establecimiento de operaciones o inversiones en entidades de servicios de salud de otro país(.) En este caso la presencia comercial puede dividirse en cuatro categorías: en el sector de la explotación/gestión de los hospitales, en el sector de los seguros de enfermedad, en el sector de la educación y en la presencia comercial extranjera para una finalidad específica.
- **Presencia de personas naturales:** Comercio que ocurre cuando profesionales de la salud cruzan una frontera para prestar sus servicios temporalmente. El desplazamiento del personal médico puede generar para estos mayores ingresos o mejorar su calidad de vida y sus condiciones de trabajo, además de dar lugar a ingresos de exportación en forma de remesas En este punto aparecen restricciones referentes a la concesión de licencias, acreditación de títulos y reconocimiento de las calificaciones profesionales. (Ardila (2006))

El Tratado de Libre comercio con Estados Unidos incluyó esas variables de la internacionalización. Una reflexión de investigadores del tema ha presentado las posibles ventajas que tiene el país, en el sector salud, en la implementación de este tratado. Las ventajas que puede ofrecer Colombia a los residentes norteamericanos radican en el

menor costo de los procedimientos médicos y en la calidad reconocida de diversas instituciones. Como se ha visto anteriormente, lo primero que se debe analizar es la demanda potencial de servicios, identificando las intervenciones susceptibles de comercio, el número de posibles pacientes y los costos relativos. En primer lugar, hay que reconocer que no todos los servicios suministrados por profesionales de la salud pueden comerciarse, ya sea porque los costos de transporte superan el valor del procedimiento, porque no existe una diferencia considerable entre los dos países o porque la atención no puede postergarse, como el caso de las urgencias. Así las cosas, las características fundamentales de los servicios específicos que pueden consumirse en el exterior son la posibilidad de diferirlo y un costo diferencial elevado, que justifique el desplazamiento al otro país. En un estudio del Cendex¹⁴ se identifican cuatro áreas en las que se tendrían oportunidades importantes: cirugía plástica, odontología, fecundidad y oftalmología.

El trasplante de órganos es otra área en la cual Colombia posee importantes ventajas, tanto en costos como en calidad, pero debido a que en muchos casos la espera puede poner en peligro la vida del paciente y que no siempre la disponibilidad de órganos es adecuada (debe considerarse aquí la demanda interna), es difícil considerar este tipo de cirugías como servicio de exportación, a pesar de que existe una gran demanda y de que los costos favorecen al país. Según la optn (Organ Procurement and Transplantation Network) en el año 2004 había un total de 87.115 pacientes en espera de algún tipo de trasplante, en su mayoría de hígado, riñón y corazón, procedimientos en los que varias instituciones tienen una reconocida trayectoria.

El diferencial de costos es altamente favorable para Colombia. Los trasplantes más costosos, pulmón, corazón e hígado oscilan entre 30 y 100 millones de pesos, dependiendo de las instituciones donde se realice el procedimiento y de las complicaciones que surjan en la cirugía. Mientras tanto, en los Estados Unidos este tipo de trasplantes cuesta entre 250 y 725 millones de pesos, lo cual evidencia las altas posibilidades del país en este sector. (Ardila 2006)

La mercantilización y financiarización de la salud sintetizan el cambio contemporáneo al reconocimiento de los DESC en el otrora “Estado de Bienestar “. La ideología que lo sustenta está soportada en las supuestas ventajas que el suministro privado del “servicio de salud” ofrece frente a la “clientelización e ineficiencia de la gestión estatal de los

servicios, en la “libre escogencia” de los ciudadanos opuesta a la “tiránica planeación estatal”.

El soporte de los intercambios mercantiles en el sector se encuentra en los postulados de la economía neoclásica, incluso en la analogía entre hospital y empresa. Así, el funcionamiento de los hospitales debe basarse en indicadores de gestión, en la relación, costo beneficio, en la contabilidad de costos, en la planeación estratégica. De allí la tendencia, tanto en las instituciones de salud pública como en las privadas, a “tercerizar” el personal de la salud, a cambiar el contrato laboral por el civil, a reducir las nóminas. Esta forma de implementar la gestión hospitalaria es tan solo uno de los componentes de las transformaciones definidas en las reformas a los sistemas de la salud en las últimas décadas, las cuales acompañaron la “financiarización” de la economía. La implementación del “aseguramiento” individual jugó un papel de primer orden en la consolidación de los nuevos sistemas de salud privatizados.

En este contexto, la primera propuesta de transformación de la agenda tuvo lugar en 1987 y fue orientada por John Akin, un economista del Departamento de Población, Salud y Nutrición del Banco. La propuesta se tituló “Financiamiento de los servicios de salud en los países en desarrollo: una agenda para la reforma y consistió en establecer que todas las personas los que podían pagar la atención médica debían hacerlo. El mejor mecanismo de pago sería el seguro de salud. Para los pobres, debería incluirse la utilización de todo tipo de iniciativas filantrópicas o autogestionadas, iniciativas privadas, incluyendo programas cada vez más descentralizados o paquetes de servicios administrados por gobiernos subnacionales (Akin1987).

El argumento, basado en la teoría de la elección racional (Amadae 2003), afirma que la salud se comporta como un “bien privado” en la medida que sea consumido por cada individuo y cumpla con los principios de rivalidad y exclusión; por lo tanto, las personas están dispuestas a pagar por ello. En este tipo de bienes, la competencia en el mercado opera con eficiencia, obteniendo mejor calidad a un precio más bajo. Sólo situaciones con altas externalidades, tales como epidemias o desastres, podrían ser considerados “públicos bienes” en salud y debe ser asumido por los Estados. Así, la financiación debería recaer en mecanismos de pago individuales en forma de seguro médico.

Poco después, en 1993, los economistas neoclásicos del BM desarrollaron una nueva concepción de prestación de servicios para los agentes del mercado de seguros, en el apartado "Invertir en reporte de salud. En este informe, la "carga de la enfermedad" fue medido desde una perspectiva utilitaria que permitiría para priorizar intervenciones más rentables y construir "paquetes de servicios de salud esenciales" para cada país. Así, los agentes de la salud transnacional mercado de seguros fueron llamados a invertir, especialmente en países pobres y, al mismo tiempo, definir servicios paquetes que podrían ser subsidiados con recursos públicos en para incorporar a los pobres al modelo de aseguramiento (Laurell y López-Arellano 2002).

La base del seguro de salud se construyó sobre la teoría del agente-principal promovida por Kenneth Arrow desde la década de 1960 (Arrow 1963), según la cual la atención médica constituye un bien privado por tener muchas incertidumbres, tanto por la complejidad del bien, como por la información asimetrías entre el consumidor/paciente y el servicio proveedor. Bajo estas circunstancias, un "inteligente requiere ser comprador": un agente que represente al paciente en frente al proveedor o al profesional de la salud, lo que ha venido realizándose en los EE. UU. desde la década del 30 (Starr 1991)

Este tipo de reformas a la salud fue promovido tanto en Colombia como en México, por el economista Juan Luis Londoño y el médico Julio Frenk quienes elaboraron el documento titulado "Pluralismo Estructurado: Hacia un Modelo Innovador para la Reforma de los Sistemas de Salud en América Latina", que se convirtió en la síntesis más clara de la agenda de reforma de los sistemas de salud (Londoño y Frenk 1997).

Este pluralismo implica un nuevo arreglo entre los Estado y los mercados, según el cual, mediante un mecanismo de seguro obligatorio vinculado a los ingresos y un subsidio del lado de la demanda pagado por los impuestos para incorporar a los menos favorecidos en seguros, se establece un modelo de financiación pública y los recursos se entregan a los agentes, "articuladores" en competencia regulada", encargada de organizar el servicio redes para sus afiliados. Esta entrega de recursos a las aseguradoras se realiza a través de un pago per cápita unificado. De esta forma, los "articuladores" no compiten por el precio de una póliza, sino por economía de escala y control del gasto. esto es precisamente el modelo más cercano a la propuesta del economista Alain Enthoven, discípulo de Arrow, llamado "competencia gestionada" (Enthoven 1988). La propuesta también incorpora los lineamientos del neoconstitucionalismo en economía promovidos por Douglas North sobre

la necesidad de instituciones que reducir los costos de transacción entre agentes y facilitar la acumulación con los recursos de “gobernanza” y “buen gobierno”, que otorgan seguridad jurídica a los mercados agentes (North 1993).

En este contexto el concepto de “protección financiera” surge a través del “aseguramiento” como la mejor forma de lograr acceso al costoso bien privado de la atención médica (Kutzin 2000). En 2005, la Asamblea Mundial de la Salud formalizó adoptó la propuesta de UHC (OMS 2005), y en 2010, dedicó el Informe sobre la salud en el mundo a promover la propuesta como modelo de financiación de los sistemas de salud. con "financieros protección", se buscó recaudar más recursos para el cuidado de la salud, sin cuestionar sus altos costos (OMS 2010).

A partir de entonces, la agenda-salud se centró en la articulación de recursos para aumentar la población cubierta en el segmento de los seguros, ampliar los servicios incluidos en el paquete, y reducir el gasto familiar directo. Esto ha implicado el desarrollo del aseguramiento en la salud: pública, bien sea en forma obligatoria o subvencionada, y privada. En esto marco de referencia, la APS se asume como un "guardián" para el sistema que garantiza su viabilidad financiera y es la base de asignación a los recursos públicos que se entregan a las aseguradoras en competencia, ahora con competencia administrada y acompañado del subsidio a la demanda para asegurar a los pobres. Lo cual significa que la agenda mundial de salud ha pasado de una lógica de la responsabilidad estatal por la salud de las poblaciones y la provisión directa de bienes y servicios, a una lógica de protección financiera de los individuos a través de sistemas de aseguramiento públicos y privados y prestación de servicios por parte de mercados competidores. Esta transformación de la agenda es basada en una perspectiva neoclásica de la economía, y en una visión neoliberal, individualista y utilitarista desde el punto de vista ético-político (Hernández 2017). Este cambio ha sido funcional a las demandas de acumulación de capital en el campo de los servicios de salud desde la formación del complejo médico-industrial en la década de 1960, en medio de un cambio en el régimen de acumulación del capitalismo contemporáneo: desde uno de tipo industrial fordista (Jessop 2008), hasta el de la financiarización y el capitalismo cognitivo (Burlage y Anderson 2018; Zukerfield 2008). Las consecuencias de esta transformación son evidentes en los casos más avanzados de la implementación de la agenda (Chile y Colombia), donde la expansión del mercado ha dificultado el acceso a los servicios. (Hernández Álvarez, 2017 p.4)

Los responsables de la Asociación Colombiana de Medicina Interna (ACMI) han dejado constancia escrita de lo que para ellos significa la aplicación de estas políticas de privatización y desregulación estatal en el país combinados con la tradición clientelista de la administración pública.

Un sistema que adjudica a todos los actores por igual, sin tener en cuenta calidad ni resultados, minimiza la importancia de éstos como objetivo final del trabajo y de la inversión, básicamente porque no logra estimular la obtención de resultados tales como la disminución de la prevalencia de enfermedades, la disminución de la mortalidad en grupos específicos o al menos mantener las cifras actuales. Porque las acciones en promoción y prevención se limitan a consultas periódicas por personal de enfermería o médicos generales y a la realización de algunos exámenes sin un real impacto en las tasas de prevalencia e incidencia. De igual forma se permitió la creación de muchas empresas (EPS, EPSS) sin el debido respaldo y vigilancia, que se convirtieron en fortines políticos en el mejor de los casos o en nido de corruptos en el peor. Muchas de estas empresas pobremente vigiladas, hicieron y deshicieron con el dinero del sistema, favorecieron familiares en forma directa o indirecta, hecho bastante reprochable y deplorable en cualquier empresa, contubernio de amigos y foco de corrupción, desangrando las pobres finanzas y llevando a la tardía intervención del Estado o a la quiebra de éstas. El negocio entonces no solamente está en la función de intermediario, sino en la fácil desviación de los recursos para beneficio propio. El negocio permite que si para usted no es rentable puede abdicar y devolverle al Estado sus afiliados, como sucede actualmente con una franja de pacientes subsidiados o sisbenizados.

A renglón seguido manifiestan su disgusto por el abandono en las definiciones de política pública de promoción y prevención en salud. Un aspecto importante por discutir es la creencia de que la promoción y prevención es un proceso barato o al menos que obtiene réditos económicos; sin embargo, esta concepción está muy alejada de la realidad. La conformación de un verdadero programa de promoción y prevención en salud implica el despliegue de campañas masivas, que nada tienen de económicas, generan una mejor cultura en salud, propenden por un diagnóstico más temprano y por lo tanto de mejores resultados del acto médico, lo que implica un gasto económico enorme, un número de pacientes mayor para atender, necesidad de tecnología de punta en el diagnóstico y más y mejores insumos. Obviamente es la estrategia que mayor impacto tiene en indicadores como mortalidad, calidad de vida y días laborales perdidos, por mencionar algunos.

Terminan lamentándose por las implicaciones que tiene colocar en el centro de la prestación de la salud los criterios del negocio privado. El sistema en forma maquiavélica permite que sea más barato la pérdida de una vida humana que la atención de un enfermo, razón por la cual Colombia podría ser uno de los pocos países en donde sobran órganos para donación y faltan receptores. Es inexplicable por qué, tal vez con la excepción del riñón, se pierden órganos en el proceso de donación multiorgánica. La tasa de trasplante renal se vio impulsada por la entrada del nuevo sistema de salud, puesto que es más costoso mantener en diálisis a un paciente por un año, tres veces por semana, que el trasplante y la inmunosupresión por el mismo periodo, diferente del paciente con falla cardíaca que muchas veces fallece sin siquiera conocer la posibilidad de que un trasplante hubiese cambiado su evolución y sobrevida.

Los responsables de la Asociación Colombiana de Medicina Interna (ACMI) han dejado constancia escrita de lo que para ellos significa la aplicación de estas políticas de privatización y desregulación estatal en el país combinados con la tradición clientelista de la administración pública.

“Un sistema que adjudica a todos los actores por igual, sin tener en cuenta calidad ni resultados, minimiza la importancia de éstos como objetivo final del trabajo y de la inversión, básicamente porque no logra estimular la obtención de resultados tales como la disminución de la prevalencia de enfermedades, la disminución de la mortalidad en grupos específicos o al menos mantener las cifras actuales. Porque las acciones en promoción y prevención se limitan a consultas periódicas por personal de enfermería o médicos generales y a la realización de algunos exámenes sin un real impacto en las tasas de prevalencia e incidencia. De igual forma se permitió la creación de muchas empresas (EPS, EPSS) sin el debido respaldo y vigilancia, que se convirtieron en fortines políticos en el mejor de los casos o en nido de corruptos en el peor. Muchas de estas empresas pobremente vigiladas, hicieron y deshicieron con el dinero del sistema, favorecieron familiares en forma directa o indirecta, hecho bastante reprochable y deplorable en cualquier empresa, contubernio de amigos y foco de corrupción, desangrando las pobres finanzas y llevando a la tardía intervención del Estado o a la quiebra de éstas. El negocio entonces no solamente está en la función de intermediario, sino en la fácil desviación de los recursos para beneficio propio. El negocio permite que si para

usted no es rentable puede abdicar y devolverle al Estado sus afiliados, como sucede actualmente con una franja de pacientes subsidiados o sisbenizados. (senior (2012))

A renglón seguido manifiestan su disgusto por el abandono en las definiciones de política pública de promoción y prevención en salud, “Un aspecto importante por discutir es la creencia de que la promoción y prevención es un proceso barato o al menos que obtiene réditos económicos; sin embargo, esta concepción está muy alejada de la realidad. La conformación de un verdadero programa de promoción y prevención en salud implica el despliegue de campañas masivas, que nada tienen de económicas, generan una mejor cultura en salud, propenden por un diagnóstico más temprano y por lo tanto de mejores resultados del acto médico, lo que implica un gasto económico enorme, un número de pacientes mayor para atender, necesidad de tecnología de punta en el diagnóstico y más y mejores insumos. Obviamente es la estrategia que mayor impacto tiene en indicadores como mortalidad, calidad de vida y días laborales perdidos, por mencionar algunos

Terminan lamentándose por las implicaciones que tiene colocar en el centro de la prestación de la salud los criterios del negocio privado “El sistema en forma maquiavélica permite que sea más barato la pérdida de una vida humana que la atención de un enfermo, razón por la cual Colombia podría ser uno de los pocos países en donde sobran órganos para donación y faltan receptores. Es inexplicable por qué, tal vez con la excepción del riñón, se pierden órganos en el proceso de donación multiorgánica. La tasa de trasplante renal se vio impulsada por la entrada del nuevo sistema de salud, puesto que es más costoso mantener en diálisis a un paciente por un año, tres veces por semana, que el trasplante y la inmunosupresión por el mismo periodo, diferente del paciente con falla cardíaca que muchas veces fallece sin siquiera conocer la posibilidad de que un trasplante hubiese cambiado su evolución y sobrevida. (senior (2012))

La Constitución Política de Colombia promulgada en 1991, establece las bases para desarrollar el sistema de financiamiento del sector salud en Colombia; así en su artículo 49 establece que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

Como se señala en el recuento de antecedentes en Colombia, la financiación de los servicios de salud se gestiona con base en el principio de eficiencia consagrado en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 que señala *“la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”*. Es decir, se prestan servicios de acuerdo con la demanda de servicios, el financiamiento a la demanda supone fijar con anterioridad la cantidad de actividades a desarrollar, formulando presupuestos, promoviendo el uso de indicadores de gestión en cada institución hospitalaria para justificar la solicitud y posterior asignación de recursos por parte del Estado.

Analizada desde esta perspectiva la ley 100 determina una asociatividad en la asignación de recursos entre el Estado, trabajadores y empresarios la unidad de asignación de recursos per cápita (UPC) es el valor anual que se reconoce el Estado por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan de Beneficios en Salud (PBS) a las Entidades Promotoras de Salud EPS, en los regímenes contributivo y subsidiado, la UPC intenta agrupar los riesgos sanitarios a que pueda estar sometida una población en un área geográfica, limitándose a las asignaciones presupuestarias dispuestas para dicho plan.

La financiación del PBS, se realiza desde un sistema tripartito constituido por empresarios, empleados y Estado, donde se toma en cuenta la capacidad de pago, considerando los ingresos de los empleados y los aportes fiscales. Los recursos parafiscales son de carácter público, pero de naturaleza corporativa y tienen destinación específica en los agentes generadores de los recursos, de manera que las fuentes de financiamiento se transforman en sistemas de pago a las EPS al realizar el balance de compensación a partir de la determinación de la UPC. Por este motivo se transforman los recursos en gastos con el consumo de servicios por la población afiliada. Sin embargo, esta participación activa del estado en lo financiero no ha venido acompañada de una regulación que garantice la adecuada prestación del servicio de la salud tal y como lo han denunciado los médicos internistas.

Dentro del componente financiero que sostiene al sistema general de seguridad social en salud se encuentran tres normas que han reestructurado el sistema: la Ley 1122 de 2007

que introdujo una primera reestructuración de orden financiero y administrativo al modelo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993, fijando entre otros aspectos, los criterios de racionalidad financiera en el sistema de salud, la Ley 1438 de 2011 y la Ley 1751 de 2015, Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud..

2.3 Instituciones Prestadoras De Salud (IPS) Como Empresas

En el sistema de salud se evidencia el intercambio de bienes y servicios a partir de la necesidad de bienestar físico y mental de las personas, esta interacción a nivel de empresa se evidencia en el texto de Julio Ernesto Toro Restrepo “Hospital y Empresa señala el autor en el texto que *“Toda empresa está orientada para alcanzar un fin, en consecuencia, requiere disponer de todos los elementos humanos económicos y materiales ”* (Toro Restrepo (2000) p 11) la empresa es un socio técnico económico que persigue optimizar sus recursos para alcanzar la máxima rentabilidad, en el caso de las instituciones prestadoras de servicios de salud lo que busca la organización es que la aplicación de sus recursos produzca el máximo bienestar a sus usuarios, adicionalmente debe disponer de las herramientas apropiadas y de los recursos económicos suficientes, al respecto están los indicadores de gestión contenidos en la Ley 715 de 2001.

El artículo 25 del código de comercio de Colombia expresa que *“se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción transformación circulación y administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”* por ello se puede inferir que en las instituciones prestadoras de servicios de salud es inevitable referirse a costos, gastos, pérdidas o ganancias y por supuesto, a ventas de productos, mercancía y por ende a mercados. El servicio a la persona enferma o que acude a la utilización de los servicios de salud, pese a ser un objetivo altruista, no excluye la obligación que tienen estas entidades de refinar sus procesos, aumentar su eficiencia, bajar sus costos en un mercado competitivo y garantizar óptima calidad, en este mercado es indispensable la participación del personal de salud, a efectos de realizar un servicio humano y cálido, sin embargo estas palabras en la situación actual de nuestro sistema de salud, quedan en el vacío ya que la administración las IPS, no cumplen con el pago a los profesionales de la salud.

Los países desarrollados contaron con mecanismos de naturaleza estatal para desarrollar servicios de salud más o menos adecuados. Para controlar el gasto en salud se necesita de un ente central que lo regule, pues poco ayuda a este fin la proliferación de instituciones. Se entiende que la financiación es sólo un medio para lograr los objetivos del sistema de salud y no un fin en sí mismo. Los sistemas de salud nacen a partir de la necesidad económica y social, el modelo inspirado en el comercio tiene dificultades porque en ocasiones desconoce la planeación, no da pie a la planificación sanitaria y responde solo a las necesidades específicas del mercado.

2.4 La salud como derecho humano

En la obra *“El Derecho fundamental a la salud: retos de la Ley Estatutaria”* el profesor Hernando Torres Corredor cita al comité de derechos económicos, sociales y culturales para señalar que el derecho a la salud es considerado como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos (Torres y Colorado (2020) p.21). Asimismo, señala que la Organización Mundial de la Salud es el organismo especializado para gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en la salud a nivel mundial.

El derecho a la salud como parte de la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales, es un bien jurídico exigible al estado, deriva de la noción de respeto a la dignidad humana exigible al estado ((Torres y Colorado (2020) p.23)

Como derecho humano, la salud es exigible a los Estados, frente a unas condiciones que el Estado puede modificar, y precisamente, porque existe esa posibilidad de modificación, es viable hablar de exigibilidad. Si los derechos humanos son, por igual, responsabilidad de todos, nadie tiene el deber preferente de responder por ellos, debido a esta dilución del deber entre el todo (Currea Lugo (2006) p.19).

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en general se considera el instrumento fundamental para la protección del derecho a la salud, se reconoce en el artículo 12 *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. Es importante observar que en el Pacto se otorga a la salud mental, que a menudo ha sido desatendida, la misma consideración que a la salud física,

también se reconoce en varios instrumentos regionales, tales como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales, denominado Protocolo de San Salvador (1988), y la Carta Social Europea (1961, revisada en 1996). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) contienen disposiciones relacionadas con la salud, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el derecho a la familia y la vida privada. (OMS(2008))

2.5 Derecho a la salud doble dimensión como servicio y como derecho fundamental Sentencia T-760 de 2008.

La Salud en Colombia ha sido considerada como un servicio según el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, esta postura, gracias a pronunciamientos judiciales de la honorable Corte Constitucional, ha cambiado, aportando consigo avances en la cobertura, en el financiamiento para la equidad social, la atención a la enfermedad de los sectores pobres de la sociedad (Procuraduría general de la nación (2008)), hoy en día la salud es catalogada, no solamente como un servicio sino también como un derecho fundamental (C.C T-636 de 2007), al respecto la sentencia T-760 de 2008 manifiesta que es un derecho fundamental *“un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de dolencia o enfermedad”*, consagrado así en la Ley estatutaria de salud 1751 de 2015.j

La Corte Constitucional fijó los parámetros en materia de salud en la Sentencia T-760 de 2008, esta constituye un hito, porque definió el derecho a la salud como un “derecho fundamental autónomo” y para su protección y efectividad impartió órdenes a las autoridades que hacen parte del sistema; estas acciones están encaminadas a diseñar las políticas públicas necesarias para solucionar los problemas de congestión judicial por el desbordado ejercicio de la acción de tutela, superior a noventa mil por año, en especial por la ineficiencia en la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades responsables.

“En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia” (CC Sentencia T 760 de 2008).

Antes de definir que es el talento humano en salud, hay que tener en cuenta que la Salud en Colombia fue considerada como un servicio según el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia. Esta postura, gracias a los reiterados pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional, ha cambiado y hoy en día es catalogado no solamente como un servicio, sino también como un derecho fundamental (C.C T-636 de 2007), consagrado así en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que mediante sentencia C-313 de 2014 la Corte Constitucional estudió su constitucionalidad y determinó, como objeto de esta, garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección. (Arenas Monsalve (2018) p. 522).

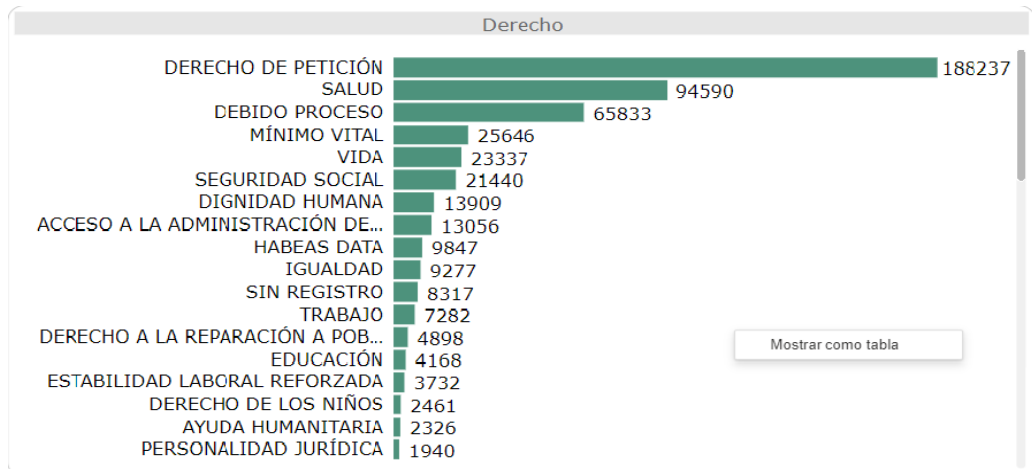
Con la promulgación de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la salud, se establece como un derecho autónomo e irrenunciable de todas las personas, por ello debió impregnar tramite de Ley estatutaria de acuerdo a la Constitución Política de 1991 en su artículo 152 literal a), donde se indica que los derechos fundamentales, han de ser regulados mediante Ley estatutaria, la cual es objeto de un control previo y automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

A pesar de las múltiples manifestaciones por parte de los diferentes órganos del poder público en Colombia frente a la importancia y el carácter fundamental del derecho a la salud, el debate sigue abierto dadas las problemáticas que siguen surgiendo en el país para su plena implementación y ejercicio.

Debe señalarse que aún sigue habiendo un uso desbordado de la acción de tutela en materia de salud, en lo que va corrido del año 2022, se han presentado 94.540, acciones

de tutela, requiriendo protección del derecho fundamental de la salud, como se muestra en la siguiente gráfica, tomada de la página de la Corte Constitucional:

Figura 8: Estadística de tutelas por derechos 2022



Fuente: página web Corte Constitucional.

3. La precarización laboral del talento humano en salud, análisis enfocado a la especialidad de medicina interna

Uno de los elementos trascendentales para el desarrollo del derecho fundamental a la salud en el territorio nacional es su talento humano, todos aquellos técnicos, tecnólogos, profesionales y especialistas que se desempeñan en los diferentes campos que prestan sus servicios al sector salud: médicos, anestesiólogos, radiólogos, bacteriólogos, enfermeras etc., quienes a diario velan por la prestación del servicio de salud y efectivizan el cumplimiento del derecho fundamental.

Una de las especialidades médicas con mayor relevancia en el campo de la salud es la medicina interna, constituye una de las especialidades clínicas con más diligencia en el sistema de salud, es la especialización de mayor contacto con la medicina general y familiar, siendo clave en la atención primaria en salud, al tiempo que es la especialidad con mayores relaciones de reciprocidad o interdependencia con casi la totalidad de especialidades clínicas, quirúrgicas y de diagnóstico, es una de las especializaciones de mayor relevancia clínica y epidemiológica por su efectividad en el manejo de enfermedades crónicas e infecciosas, es por ello que la medicina interna se vincula a un aumento de la carga laboral en todos los niveles asistenciales y administrativos, intra y extrahospitalarios, dada su relevancia en el diagnóstico, tratamiento y manejo de los pacientes complejos

Para comprender la problemática en cuanto a la estabilidad laboral de los especialistas en medicina interna, se hace necesario visibilizar al talento humano en salud en general comprender su definición y problemáticas, que no son ajenas a la especialidad de medicina interna.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el personal de la salud es uno de los seis elementos constitutivos de los sistemas sanitarios, debe ser receptivo, equitativo y eficiente en función de las circunstancias y los recursos existentes, además debe ser suficiente en número y estar disponible (OTHS Colombia, Guía Metodológica. P. 21).

En Colombia, el Talento humano en salud es definido por la Ley 1164 de 2007, la cual tiene por objeto establecer las disposiciones relacionadas con los procesos de planeación, formación, vigilancia y control del ejercicio, desempeño y ética del Talento Humano del área de la salud en el artículo primero, inciso 2:

“todo el personal que interviene en la promoción, educación, información de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad de todos los habitantes del territorio nacional dentro de la estructura organizacional de la prestación de los servicios de salud”

En esta norma se crean organismos para apoyar el desarrollo de labores del personal de la salud, en su artículo 4° crea el Consejo Nacional del Talento Humano en Salud, como un organismo asesor del Gobierno Nacional, de consulta permanente, para la definición de políticas, encaminadas al desarrollo del Talento Humano en Salud; en el artículo 8° crea el Observatorio del Talento Humano en Salud, como una instancia del ámbito nacional y regional, cuya administración y coordinación estará a cargo del Ministerio de la Protección Social y aportará conocimientos e información sobre el Talento Humano en Salud a los diferentes actores involucrados en su desarrollo y organización; y en el artículo 9 asigna funciones públicas a los colegios profesionales, como por ejemplo, la expedición de las tarjetas profesionales. Estos órganos desde el ámbito de su competencia propenden por contribuir con el mejoramiento de las condiciones del personal de la salud, en su desempeño.

La Ley 1164 de 2007 surgió como *“un instrumento para impulsar y mejorar los procesos de preparación del talento humano para lograr el aseguramiento de la calidad en la atención de la salud de los Colombianos”* (Malagón Londoño, (2007) p 207), pero la norma se quedó corta frente a la garantía de los derechos laborales y de seguridad social, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no existen garantías que propendan por un trabajo digno y decente conforme a los postulados de la OIT que, contemplan: *“Oportunidades de empleo e ingresos, promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, Protección*

Social, Dialogo Social”, los profesionales de la salud se ven obligados a recurrir a la vía judicial para que a través del principio de primacía de la realidad sobre las formas se declare el contrato realidad, la Ley 1164 de 2007 no contempló un mecanismo para proteger al personal sanitario de la precarización laboral.

El talento humano en salud es el eje fundamental en la prestación del servicio de salud, muestra de ello fue la batalla que libraron en la atención de la pandemia por COVID-19, a la cual haremos referencia.

3.1 Problemáticas del Talento humano en salud en Colombia

En Colombia se normalizó ver a diario en los medios de comunicación radio, prensa y noticieros de televisión, la precarización de las condiciones laborales del personal de la salud, la falta de pago de salarios, el abuso de la tercerización entre otros se ha convertido en constantes en los medios de comunicación, citamos a continuación algunos ejemplos:

*Tomado del tiempo: **Trabajadores de salud reclaman falta de pagos en hospitales de Cesar**: Fecha de la noticia: 08 de julio de 2020*

Médicos, enfermeros, auxiliares, y en general el personal del Hospital Rosario Pumarejo de López de Valledupar, realizaron esta semana una protesta, en la que reiteraron sus reclamos por falta de garantías laborales y los retrasos en los pagos de sus salarios, en medio de la pandemia del coronavirus.

*“La gerente del hospital ha dicho que nos pagarán abril de este año. **Los doce, once, nueve, ocho y siete meses de salarios que nos deben del año pasado no los puede asumir por falta de recursos**”, afirmó un vocero de los trabajadores de dicho centro. <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/trabajadores-de-la-salud-protestan-por-falta-de-pago-515850>*

*Tomado de RCN radio: **Ya lleva cinco meses sin sueldo el personal médico del hospital San Francisco de Asís en Chocó**. Fecha de la noticia: 21 de diciembre de 2021*

*“kelly Johana Mena, enfermera del hospital San Francisco de Asís en Quibdó (Chocó), hizo un llamado urgente al Gobierno tras los **más de cuatro meses de***

salarios que les adeudan a los trabajadores de ese centro asistencial, además de retroactivos, vacaciones y otras prestaciones.

En diálogo con RCN Radio, la vocera de los empleados aseguró que esta no es la primera vez que se presenta esa situación, mientras agregó que el pasado mes de junio falleció por covid-19 el médico Heandel Rentería Córdoba, esperando el pago de su salario. En estos momentos nos están debiendo cinco meses de salarios, retroactivos, vacaciones, entre otros componentes salariales.
<https://www.rcnradio.com/colombia/pacifico/ya-lleva-cinco-meses-sin-sueldo-el-personal-medico-del-hospital-san-francisco-de>

Tomado de revista semana: **El dilema de los médicos en Colombia: a algunos les deben hasta 14 meses de salario.** Fecha de la noticia: 01 de agosto de 2022

Luego de superar los meses más difíciles para el sistema de salud colombiano por la pandemia de la covid-19, todo parece indicar que las condiciones laborales para ese sector no han mejorado, como se prometió durante el periodo más grave de la crisis sanitaria.

Por el contrario, en muchas regiones de Colombia las cosas han empeorado, SEMANA conoció denuncias de varios médicos, así como de sindicatos, quienes señalan que a la fecha les adeudan hasta 14 meses –no continuos– de salario.

Uno de los casos más llamativos ocurre en el Hospital San Juan de Dios, con sedes en Cali y Cartago, Valle. “Tenemos unos atrasos considerables en lo que tiene que ver con honorarios médicos. A algunos especialistas les realizan abonos cada 45 días, pero eso no salda la deuda que viene de meses atrás”, señaló Luis Enrique Valencia, presidente del sindicato de trabajadores de la salud del Hospital San Juan de Dios. Este hospital es privado, pertenece a una fundación sin ánimo de lucro que maneja una junta directiva, cuyo presidente es el obispo de Cali. Él, a su vez, designa a un gerente.

“Quien reclame se va”

Otro de los casos llamativos se presenta en la IPS Amisalud de Cali, donde varios médicos generales le contaron a SEMANA que les adeudan hasta cuatro meses de salario. “Ni siquiera han sido capaces de darnos un mejor contrato; no tenemos derecho a prima de servicios y tampoco a vacaciones pagas. Pero lo único que estamos pidiendo es que nos paguen cumplido a todos”, manifestó uno de los médicos, que prefirió omitir su identidad.

Tomado de la revista semana Personería inicia vigilancia al Hospital Infantil Concejo de Medellín por falta de pagos Fecha : 28 de abril de 2022.

La Personería de Medellín informó este miércoles sobre el proceso de vigilancia administrativa que iniciará al Hospital Infantil Concejo de Medellín, debido al retraso en los pagos de salario a los especialistas de pediatría, deuda que llega a los 1.600 millones de pesos.

El proceso lo adelanta la agencia del Ministerio Público, con el fin de verificar si hay una falta disciplinaria.

Recordemos que el pasado viernes, 20 médicos del servicio de pediatría del Hospital Infantil Concejo de Medellín anunciaron que dejarían de prestar su servicio a 100 menores, debido a la falta de pagos hace nueve meses.

“De conformidad con el ordenamiento jurídico y en respeto al debido proceso en el desarrollo de esta causa, se espera recopilar todos los elementos que ayuden a determinar si este caso amerita una remisión al área de Averiguación Disciplinaria o la generación de un informe con los hallazgos administrativos y recomendaciones a la entidad vigilada”, comentó Olga Lucía Rodríguez, personera auxiliar de Medellín.

A pesar de que el gremio había anunciado un cese de actividades, el pasado 24 de abril se llegó a un acuerdo de pago y se abonó el 40 % de la deuda a los pediatras.

Sin embargo, el personal denuncia la escasez en los medicamentos, agregado a los malos manejos en el Hospital General de Medellín, que también se encuentra bajo vigilancia y es su administrador.

“Todo se dio por el cambio que hubo en la administración. Durante todo este tiempo la agremiación asumió el pago del servicio, pero ya se sale de las manos. Desde hace nueve meses no pagan, los pediatras siguieron trabajando por un asunto social”, argumentó el abogado de los médicos, Esteban Bustamante.
<https://www.semana.com/nacion/articulo/personeria-inicia-vigilancia-al-hospital-infantil-concejo-de-medellin-por-falta-de-pagos/202222/>

Tomado del periódico **el tiempo Hospitales de Tolima, al borde del cierre por disminución en giros de salud.** Fecha:10 julio de 2022

La crisis se debe a la disminución drástica en el giro directo de recursos que transfieren las EPS a la red pública hospitalaria de alta y media complejidad, a través de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres) por atención a pacientes que a diario acuden a consulta externa y especializada, urgencias, exámenes, hospitalización, cuidados intensivos, cirugías, entre otros servicios.

Tan solo en julio unos 50 hospitales de II y III nivel del Tolima, entre los que figuran los de municipios como Espinal, Chaparral, Lérica, Líbano y Honda, dejaron de recibir 17.458 millones de pesos con una reducción del 85 por ciento de lo facturado, lo que impactó la liquidez de esas entidades.

Tomado de WRADIO: **Fuimos de la primera línea y nos abandonaron”: Personal de salud en Bogotá denuncia falta de pago** fecha: febrero de 2022

Trabajadores de la Sub Red norte en Bogotá denunciaron que desde hace dos meses no reciben pagos por parte del distrito, lo cual ha generado afectación en la mayoría de ellos, por lo que piden una pronta solución. Los más afectados dicen, son quienes trabajan en el Hospital de Suba.

Según uno de los trabajadores: “Estamos denunciando el incumplimiento de Claudia López a todas las promesas que hizo, hace aproximadamente dos meses que no nos pagan el salario. La secretaría de salud sigue sin responder, nos deben

desde enero, somos de diferentes áreas, solo más o menos unas 800 personas de la salud en la Red Norte”.

Además, agrega que “nos dicen que no hay dinero, nos hacen abonos de 500 mil pesos, ya nos dijeron que el próximo mes tampoco hay dinero y que también nos harán el abono, pero imagínese uno trabajando, madrugando para cumplir con las labores, arriendo, alimentación e hijos, venimos de una situación muy dura que es la pandemia, fuimos la primera línea para tocar esta problemática y nos abandonaron, lo cual es bastante triste”.

También otro de los trabajadores señala que “yo soy auxiliar de enfermería, a mi también me han pagado con abonos y tras del hecho nos toca firmar. Queda uno a la zozobra, no sabe uno que hacer porque un día dicen una cosa y al otro día otra cosa, lo qué nos parece una falta de respeto”.

Sobre estas denuncias, por ahora, ni la alcaldesa Claudia López, ni el Secretario de Salud, Alejandro Gómez han respondido. Los trabajadores asearán continuarán protestando de manera pacífica hasta obtener una respuesta”.

Los anteriores son ejemplos que muestran la realidad de la precariedad laboral a la que se encuentran sometidos los profesionales de la salud en el país, con contratos precarios y falta de pago, entre los reclamos más recurrentes.

Algunas agremiaciones médicas han tratado de recopilar información sobre la situación laboral del personal de la salud, es el caso del Colegio Médico Colombiano que recientemente publicó los resultados de una encuesta nacional en el que evidencia la precariedad: se muestran cifras acerca de la situación laboral del personal de la salud, después de la emergencia sanitaria, y señalan que debe prender las alertas del gobierno nacional y convertirse en una prioridad en la agenda política, pues la precariedad laboral acumulada por años afecta la capacidad del sistema de salud para responder de manera oportuna a la demanda de la atención.

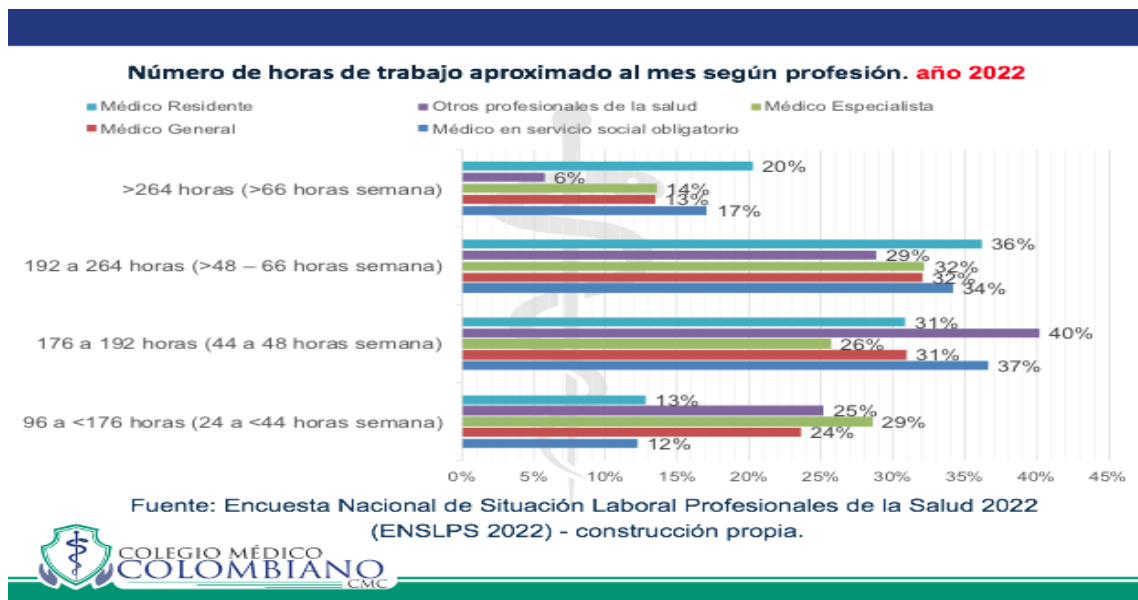
El primero de los ítems trata de las formas de vinculación del personal de salud, como muestra la figura 3, tomada de una encuesta que realizó el Colegio Médico Colombiano en el año 2022, de los tipos de contratación en el sector privado, explicados en el primer capítulo, podemos inferir, que hay una tendencia hacia el contrato de prestación de

servicios para los médicos especialistas del 44%, comparado con 25% contratado mediante un contrato laboral.

En el mismo estudio se demuestra que los trabajadores de la salud se encuentran sometidos a extensas jornadas de trabajo que exceden de la máxima legal de 48 horas “En el otro extremo, el estudio mostró que el 20% de los residentes, el 17% de los que prestan el SSO, el 14% de los médicos especialistas y 13% de los médicos generales trabajan más de 66 horas a la semana”. (Colegio Médico Colombiano (2022) página web diario Epicrisis)

Pese a que la encuesta no fue dirigida al sector público, como se reseña en el inicio del documento, en las Entidades Sociales del Estado y en Hospitales Públicos, abundan los contratos de prestación de servicios y la contratación a través de contratos sindicales, como se observa en los reportajes periodísticos, el mayor número de quejas se presenta en el sector público por la desorganización presupuestal.

Figura 9: Horas de trabajo personal sanitario.



Fuente: Pagina web Colegio Médico Colombiano. Diario Epicrisis.

Este instrumento tiene un precedente y es una encuesta realizada en el año 2019, la cual arroja que la insatisfacción registrada respecto del salario aumenta significativamente en

este último estudio, pues el 77% de los especialistas ha tenido problemas en el pago del salario.

Señala además la encuesta que los profesionales de la salud tienen que esperar hasta 90 días para que se realice efectivo el pago *“A las altas tasas de disposición laboral, entendida como el porcentaje de profesionales que está desempleado, se deben sumar que la cartera retrasada de los profesionales principalmente esta entre 30 a 90 días, y en los especialistas, entre 180 a 365 días; que un alto porcentaje de los médicos rurales se haya visto afectado por acoso laboral y constricción del ejercicio; y que la remuneración que recibe cualquier médico en Colombia no sirve para compensar los exorbitantes costos de la formación profesional.”* (Colegio Médico Colombiano (2022) página web diario Epicrisis).

Cita una de las conclusiones de la encuesta que, pese a que los profesionales de la salud recibieron el reconocimiento mundial, la situación laboral para este grupo de trabajadores empeoró y ahora enfrentan nuevos desafíos a causa de presiones inflacionarias que impactan el nivel de los ingresos reales percibidos por los trabajadores y la incertidumbre de lo que traerá la reforma a la salud.

En otro estudio realizado por la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS), entidad sin ánimo de lucro, y la Universidad del Rosario, asegura que se prevé una profunda crisis en el sector de los trabajadores de la salud se podría experimentar en los próximos años en Colombia, debido a condiciones de desprotección laboral (CODESS (2022)) El informe evidencia inestabilidad y precariedad laboral, diferencias salariales, exposición a riesgos en el desarrollo de sus actividades y sobrecarga laboral, entre las razones se encuentra, que las que auxiliares y enfermeras en Colombia han acelerado la migración a otros países.

También advierte diferencias salariales como brechas de género, pues a pesar de que el sector es fuertemente ocupado por mujeres (80 % para el personal de enfermería), los hombres tienen ingresos laborales en promedio más altos que ellas.

Este estudio refleja la afectación de la calidad en la prestación de servicios de salud *“Frente a la inestabilidad y precariedad laboral, los resultados apuntan a reducir la alta rotación de personal que se presenta en el sector, lo que beneficiaría directamente la calidad en la atención a los pacientes, pues existe una oferta insuficiente de trabajadores de la salud,*

las enfermeras atienden hasta 25 personas por día y son ellas quienes tienen mayor probabilidad de estar en condiciones precarias que el personal médico, que por su parte atiende hasta 23 pacientes en el día, aunque lo recomendado por la OCDE son máximo 15 atenciones diarias” (Radio nacional de Colombia (2022)).

Los objetivos estratégicos del trabajo digno y decente que contempla la OIT deben ser acogidos en la legislación interna y deben ser enfocados al talento humano en salud. A continuación, describimos cómo los objetivos de trabajo digno señalados por la OIT se encuentran ligados con las problemáticas del sector salud:

3.1.1 Oportunidades de empleo e ingresos:

Uno de los incentivos de los trabajadores para desempeñar sus tareas es el de obtener una remuneración que les permita mantener condiciones adecuadas de vida a ellos y a sus familias; ello no se refiere únicamente a la cantidad sino también a la calidad de las condiciones de empleo. Para examinar estas condiciones hay que tener en cuenta factores como la duración de las jornadas de trabajo, el descanso, la existencia de medidas de protección a la salud ocupacional, entre otros.

A la fecha el referente técnico para fijar los honorarios del personal médico se fundamenta en las tarifas ISS 2001, tarifas que fueron establecidas bajo una realidad económica y social que es diferente a la situación económica y social actual del país, esto afecta considerablemente al personal médico que percibe ingresos que no permiten atender las necesidades para él y sus familias, o que al momento de recibirlos son suficientes pero no que al momento de proyectar una pensión de vejez no son suficientes.

Es de aclarar que aparte de la pérdida del poder adquisitivo que ha tenido que afrontar el profesional de la medicina, también se ha visto inmerso en la mora en el pago de su remuneración en las diferentes modalidades de contratación, toda vez que en la mayoría de los casos el pago de la prestación del servicio médico profesional se realiza a más de 90 días, sumado a las glosas que les aplican y que conlleva a un descuento automático en su facturación.

En este objetivo es importante que se establezcan lineamientos legales que propendan por una contratación que garantice los postulados del trabajo digno y decente, protegiendo el ejercicio de los profesionales de la Salud.

3.1.2 Promoción de los derechos fundamentales en el trabajo-

Con este objetivo del trabajo decente, debe sensibilizarse al personal de salud sobre los derechos que tienen en materia laboral y de seguridad social, desde el momento en el que se están formando para la vida profesional se deben brindar herramientas para conocer las formas de contratación en el sector público y privado para acabar con las malas prácticas, que menoscaban la dignidad del personal de la salud, algunos de los principios sobre los que se debe realizar divulgación son:

- **Estabilidad en el empleo:** La Constitución de 1991 consagró en el artículo 53 y 125 la estabilidad en el empleo como un principio mínimo fundamental que hace parte de los derechos sociales laborales y por ello goza de protección constitucional y legal.

La estabilidad laboral comporta una manifestación del principio de seguridad, pues el trabajo además de ser un medio de sustento vital, es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, señala la Corte Constitucional que se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, pero si es conveniente que se sienta como principio laboral la estabilidad, en atención a la garantía del trabajador a permanecer en su actividad en provecho, tanto propio como social. (Sentencia C-023, 1994).

- **Principio de favorabilidad:** La Constitución Política, en su art. 53 registra como uno de los principios mínimos fundamentales del trabajo la “*situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho*”, este principio también se encuentra consagrado en el C.S.T en el artículo 21 “*En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes*

de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”.

En virtud del principio de favorabilidad, los trabajadores, ante cambios normativos en el ámbito prestacional deben conservar un mínimo de derechos derivados de la seguridad social, los cuales deben prevalecer y mantenerse, con el fin de materializar el principio de progresividad laboral e igualdad. En el mismo sentido, en virtud del principio de favorabilidad en sentido estricto, cuando el operador jurídico tenga dudas sobre la aplicación de dos normas jurídicas deberá optar por aquella que beneficie más al trabajador. Sin embargo, la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó que dicho mandato constitucional no tiene aplicación cuando se debate la aplicación de dos normas especiales, pues los destinatarios de estas tienen naturaleza jurídica diferente, lo cual impide que se realice un juicio de igualdad y, por lo tanto, no es posible conocer las condiciones de desproporción o trato diferencial ante situaciones fácticas similares.

- **Indubio pro operario:** indica la existencia de una sola norma que admite 2 o más interpretaciones diversas aplicables al caso concreto entonces, en este caso, toma la interpretación más favorable al trabajador. Este principio supone una auténtica duda y sólo puede aplicarse cuando realmente una norma puede ser interpretada de diversas materias, sin embargo tiene una limitación que consiste en que se aplica la conflicto de normas pero en ningún caso frente a la apreciación de los hechos; una situación es la interpretación de la norma, para favorecer al trabajador y otra bien distinta es la apreciación de la prueba en procura de la verdad real, pues el juez, al analizar los hechos con base en las pruebas regulares y oportunamente allegadas al proceso, debe estar siempre conforme a las reglas de la sana crítica de manera totalmente imparcial y objetiva.
- **Irrenunciabilidad** uno de los principios enunciados por el artículo 53 de la constitución es el de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; se observa que la filosofía de la irrenunciabilidad tiene desarrollo legal suficiente con fundamento en el carácter de orden público que se reconoce a

las normas del trabajo, vale decir que el cumplimiento de ellas es estimado como esencial para la conservación del orden social

3.1.3 Principio de la primacía de la realidad como mecanismo judicial para reconocimiento de contratos laborales

Los contratos de prestación de servicios y otras formas contractuales que frecuentemente se utilizan para encubrir las relaciones laborales, con los que se vincula al talento humano en salud a las Empresas Sociales del Estado y/o de clínicas u hospitales del sector privado, conllevan a situaciones fácticas que terminan en la declaratoria de lo que se denomina un contrato realidad. Las entidades cuentan con autonomía para vincular al sector salud su personal, de acuerdo con las necesidades del servicio, pero han de procurar por el correcto funcionamiento de la entidad, sin defraudar los derechos labores de los trabajadores.

La importancia del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades ha sido la herramienta de los profesionales de la salud en el contexto judicial cuando se pretende desenmascarar verdaderas relaciones de trabajo, frente al contrato de prestación de servicios, el contrato sindical y las cooperativas de trabajo asociado. El juez de conocimiento ya sea en el ámbito contencioso administrativo o laboral, busca identificar si se configuran los elementos de una relación laboral o del contrato de trabajo, siendo determinante el de la subordinación, dado el uso excesivo de los contratos de prestación de servicios y la tercerización, los cuales no pueden transgredir los derechos laborales.

El principio de la primacía de la realidad debe ser estudiado bajo la lógica de otros principios como: el principio protectorio, el principio de la condición más beneficiosa, el principio de la buena fe y el principio de favor de la duda, los cuales, en su conjunto o individualmente, buscarán la justicia social. En conclusión, el principio de la primacía de la realidad indica que la existencia de una relación de trabajo no dependerá de los pactos realizados entre las partes, ni de la apariencia contractual, ni de las relaciones jurídicas subjetivas, sino por el contrario, depende de la situación real en que se halla el trabajador respecto del empleador y de la realidad de los hechos a que aquel que se encuentre vinculado y de las situaciones objetivas que surgen, indistintamente de la nomenclatura utilizada para definir la relación, es decir, este alcance del principio rescata la existencia de la relación laboral aun sobre la voluntad evidenciada de las partes.

Conforme lo señala la jurisprudencia de las altas cortes le corresponde al empleador y/o contratante, la carga de la prueba al desvirtuar dicha subordinación, de cara a la presunción legal contemplada en el artículo 24 del C.S.T.

Como ejemplos podemos citar algunas sentencias en las que ha prosperado la pretensión y se ha reconocido el principio de la primacía de la realidad sobre las formas:

- **Consejo De Estado Sentencia 2008-00270 de 01 de marzo de 2012**

El problema jurídico que resolver en esta sentencia consistía en determinar si la señora Diana Elvia Cuellar Tovar tenía derecho al reconocimiento del “contrato realidad” durante los periodos en que estuvo vinculada bajo órdenes de prestación de servicios al Instituto de Seguros Sociales y a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento como trabajadora social, con los consecuentes pagos salariales y prestacionales que se derivan de una relación laboral.

Los testimonios transcritos afirmaron, que en la planta de personal de la entidad demandada existía el respectivo cargo cuya naturaleza correspondía a las mismas funciones desempeñadas por la actora durante su permanencia en la institución; que la demandante no contaba con la posibilidad de discutir las condiciones de cada uno de los contratos que suscribió, so pena de que no le fueran renovados y afirmaron; que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la prestación del servicio le eran fijados a la actora, de antemano por el hospital.

Estas declaraciones que no fueron controvertidas por la institución demandada, demostraron que la prestación personal del servicio por parte de la demandante, se dio en las mismas condiciones del resto del personal asistencial de planta del hospital, esto es, con sujeción absoluta a las directrices impartidas por funcionarios ubicados en cargos jerárquicamente superiores, a la prestación personal del servicio a cambio de una remuneración, al cumplimiento de un horario y a la realización de las mismas funciones del personal de trabajo social, lo cual desde luego devela el verdadero vínculo que existió entre las partes.

En tales condiciones, es decir, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de

prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el *sub examine* concluye la Sala, que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso, el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la entidad.

- **Consejo de Estado sentencia 2008-00140 de 22 de agosto de 2013**

El problema jurídico a resolver en esta instancia, se contrae a determinar si el señor Luis Orlando Rojas Romero tiene derecho al reconocimiento del “contrato realidad” durante los periodos en que estuvo vinculado bajo órdenes de prestación de servicios a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento como médico neurocirujano, con los consecuentes pagos salariales y prestacionales que se derivan de una relación laboral, no obstante haberse desempeñado como oficial de las Fuerzas Militares, Armada Nacional, durante el tiempo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios.

En reiteradas ocasiones se ha afirmado jurisprudencialmente, que en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de contratos de prestación de servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁽¹²⁾, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto se demandan conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud⁽¹³⁾.

Ahora bien, es necesario señalar que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, la especialidad de que se revisten los servicios de salud tratándose de personas naturales, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido

real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.

- **Consejo de Estado, Sentencia 00233 de 2010 expediente No. 2384-07,**

El Consejo de Estado, en el año 2010, estudió el caso de una enfermería profesional, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tramite mediante el cual esta profesional pretendió dejar sin efectos el acto administrativo que negó sus derechos laborales reclamados ante la entidad contratante y que se reconocieran los mismos, pues estuvo vinculada con el Área de Sanidad de Bolívar de la Policía Nacional, a través de un contrato de prestación de servicios. La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, se pronunció frente al contrato de prestación de servicios suscrito entre la entidad y la enfermería profesional, dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas” Seguidamente, dada la naturaleza propia de sus funciones, se debe tener en consideración que en términos generales le corresponde a los médicos dictar las directrices y órdenes respecto de los cuidados especiales que requiere cada paciente, así como establecer condiciones respecto de cómo asistirlos en todo procedimiento médico y cómo se debe realizar el control de los pacientes en los centros de salud. Lo anterior implica que la relación entre médicos y enfermeras por lo general va más allá de la simple coordinación y pasa a ser de subordinación.” (Subraya fuera de texto) Sin embargo, esta corporación estima que en casos excepcionales, las enfermeras profesionales, pueden actuar de forma autónoma, pero la regla general, es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir”, y tendrá la entidad demandada

entrar a desvirtuar tal situación. Este mismo concepto, fue reiterado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante providencia radicado No. 00086 de fecha 21 de octubre de 2019, C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

▪ **Corte Constitucional Sentencia T-388 de 2020**

“La actora manifestó que el hospital accionado no tuvo en cuenta “la verdadera naturaleza de la relación laboral”, pues su cargo como auxiliar de enfermería consistió en funciones públicas del sector salud y no de un contrato de prestación de servicios. Por tal motivo, es pertinente recordar lo que esta Corte ha explicado sobre la declaratoria del contrato realidad en casos de contrato de prestación de servicios.

El concepto del contrato realidad encuentra fundamento en el artículo 53 de la Constitución según el cual la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales es un principio mínimo fundamental de las relaciones de trabajo.

Consiste en que independientemente del nombre que las partes le asignen o denominen un contrato, en el ámbito público o privado, lo relevante es el contenido de la relación de trabajo que se comprueba cuando se cumplen los siguientes tres presupuestos: (i) prestación personal del servicio, (ii) que se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado, y (iii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

los poderes públicos han utilizado de forma abierta y amplia la figura del contrato de prestación de servicios para enmascarar relaciones laborales y evadir el pago de prestaciones sociales. Al respecto, la mencionada norma dispone que estos contratos se deben efectuar por el término estrictamente indispensable y, en este mismo sentido, en los artículos 7º del Decreto 1950 de 1973⁽⁶⁵⁾, 1º del Decreto 3074 de 1968⁽⁶⁶⁾, 17 de la Ley 790 de 2002⁽⁶⁷⁾ y 48 de la Ley 734 de 2002⁽⁶⁸⁾, se prevé que en ningún caso dichos contratos podrán suscribirse para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se deben crear los empleos correspondientes⁽⁶⁹⁾.

Dado lo anterior, el contrato de prestación de servicios se desnaturaliza cuando no se cumple con el objetivo de que tenga un límite temporal definitivo, sino que se prolonga por varios años, contrariando así las mencionadas normas que indican que el contrato se debe

desarrollar por el término estrictamente necesario o, en su defecto, crearse los empleos que suplan la necesidad permanente del cargo.

56. La jurisprudencia del Consejo de Estado también ha reconocido que una de las características principales del contrato de prestación de servicios es la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, por lo cual estos contratos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes, pues debe consistir en una vinculación excepcional. Así mismo, ha indicado que el objetivo de esta prohibición es “evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal”.

3.1.4 Protección Social en las diferentes formas de contratación del talento humano en salud:

Es pertinente visibilizar en este trabajo que si no existen garantías contractuales para la vinculación del personal de salud a las diferentes Instituciones prestadoras de servicios de salud en el sector público o privado, no van a poder acceder a los cubrimientos en seguridad social, en los casos en que se presenten contingencias como la enfermedad o los accidentes laborales, la maternidad, la muerte, la vejez, el desempleo y la invalidez condiciones físicas de seguridad del lugar de trabajo, con la protección en riesgos laborales.

Para garantizar esta protección social, se hace necesario que la contratación del talento humano en salud se formalice con las garantías consagradas en la constitución y en las normas que regulan la materia, a través de vinculación digna que responda a las obligaciones laborales vigentes.

En el texto Aproximaciones al carácter fundamental del Derecho Fundamental a la salud la Doctora Diana del Pilar Colorado señala: “(...) un sistema segmentado que, por un lado, busca proteger a quienes tienen una relación formal de trabajo y, aún más, mejora la calidad de dichos servicios para quienes pueden pagar más allá de la cuota de aseguramiento general. Por lo tanto, excluye a cierto sector de ciudadanos, como los trabajadores independientes e informales a los desempleados, dejándolos frecuentemente

en total desatención” (Colorado Acevedo (2018) p70) como señala la Dra. Colorado es fundamental para acceder a la atención en salud contar con un vínculo formal de trabajo para no entrar en situaciones de desatención.

Según Álvaro Franco Giraldo existe un mercado de los servicios de salud en tanto hay un intercambio de servicios entre las personas que necesitan estar sanas y los ofertantes que prestan los servicios que dichas personas demandan en un ambiente de competencia imperfecta (Franco Giraldo 2013) como bien lo señala, la salud, lastimosamente se ha convertido en un mercado de servicios médicos y hospitalarios, sin embargo es importante tener en cuenta que en muchos de los casos como en el régimen subsidiado de salud, los usuarios ni participan en la escogencia del servicio, ni en el proceso de atención.

El talento Humano en salud hace parte de este mercado de servicios hospitalarios y médicos, y presenta una continua vulneración de sus derechos frente al desempeño de sus profesiones en los diferentes tipos de contratación que les ofrece el mercado de la salud como la orden de prestación de servicios cuando oculta un contrato realidad (Barona Betancourt, (2012)) como se analizó, además del uso abusivo de la tercerización, la baja remuneración (Fedesarrollo, and Family Health Foundation. (2001) p.25), la intermediación laboral, la mala utilización del contrato sindical de forma ventajosa por los sindicatos, la contratación a través de prestación de servicios, el no pago de honorarios (Fedesarrollo (1997) P. 340), la falta de insumos, el no pago de los aportes a seguridad social, la violencia en el lugar de trabajo, entre otros de los males que aquejan a esta importante fuerza laboral. La seguridad del paciente y la calidad de los resultados de la atención en salud están plenamente relacionadas con el personal que lo atiende y las características de la organización (Ministerio de Salud (2023)).

Tristemente, no existe una aplicación de los principios constitucionales y de la igualdad de derechos para la totalidad del Talento Humano en salud, lo que vulnera los mínimos contemplados por la legislación, los postulados constitucionales y los tratados internacionales que fundamentan el derecho al trabajo digno y decente. El trabajo de los profesionales de la salud debe darse en condiciones de seguridad y salud que cumplan como mínimo con lo exigido en la normatividad vigente. Sin embargo, a pesar de la existencia de un amplio compendio de normas legales, la situación de los profesionales de la salud es cada vez más precaria.

En Colombia, el artículo 48 de la Constitución, señala que le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente, el Estado debe establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, debe establecer las competencias de la Nación, de las entidades territoriales y de los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la Ley, en la administración del sistema general de seguridad social participan en la vinculación del talento humano en salud Entidades Promotoras de Salud (EPS), Entidades Sociales del Estado (ESE), Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) quienes emplean a profesionales y especialistas.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) han formulado tareas conjuntas, para los recursos humanos en salud con el enfoque de trabajo decente promulgado por la OIT; dentro de los puntos prioritarios para desarrollar por estas organizaciones internacionales se encuentran: la dimensión laboral, la regularización de las modalidades de contratación, la generación de mecanismos de protección a la salud de los profesionales del sector, así como, la mejora en sus condiciones salariales y de incentivos tanto monetarios como no monetarios.

3.2 Pandemia por covid-19, sensibilización de la importancia del Talento humano en salud.

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud - OMS declaró el brote de enfermedad por coronavirus - COVID-19 como pandemia esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de trasmisión, con motivo a esta declaratoria el Gobierno Nacional tuvo que tomar medidas y Declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, a través del Decreto 417 de 2020.

Con la declaratoria de emergencia sanitaria en el país, se evidenció que el sistema de salud colombiano no se encontraba preparado para atender una emergencia de salud, de las magnitud del COVID-19, con el fin de garantizar la atención en salud de la población, el Gobierno Nacional modificó disposiciones normativas del Sistema General de Regalías

que le permitieron dar respuesta a la situación sanitaria presentada y a los requerimientos en materia de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

La pandemia convirtió los centros de salud en hospitales de guerra, sin personal, sin elementos de protección para el personal, con jornadas extenuantes y exponiendo su vida, angustia, fatiga, agotamiento ocupacional, incertidumbre, dilemas éticos e inusitadamente, estigma, que se manifiesta en violencia física y psicológica por parte de la población, haciendo crítica la labor de los profesionales de la salud. La pandemia por COVID-19, puso en evidencia las condiciones precarias en las cuales ejercen las ocupaciones del gremio de la salud, el personal sanitario fue la pieza clave para salvar vidas, la primera línea de defensa de la humanidad, ante la magnitud de la pandemia y el contagio que no daba tregua al desarrollo de las vacunas.

Según el Boletín No. 143 del 30 de agosto de 2022 del Instituto Nacional de Salud, durante la pandemia hubo 81.501 casos positivos los cuales contaban 355 personas del personal de la salud que fallecieron, según información recopilada por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación S.C.A.R.E., hubo durante la pandemia falta de pago a los especialistas en anestesiología, , relata el reporte que pese a los esfuerzos del Gobierno Nacional para proteger al talento humano en salud, estos se quedaron cortos en el suministro de elementos de bioseguridad, el cual fue insuficiente, y tuvieron que acudir ante los jueces para que ordenaran a la ARL el cumplimiento de la entrega de elementos de protección personal. En informe presentado por la Contraloría General de la República se evidenció que el 47% de profesionales encuestados en los 32 departamentos del país, manifestaron que tuvieron que adquirir elementos para su autocuidado como: caretas, respiradores N95, guantes, polainas y demás, con sus propios recursos. Adicional, que un 22% informó que el pago de honorarios fue tardío y en su mayoría les adeudaban de 1 a 3 meses de salario.

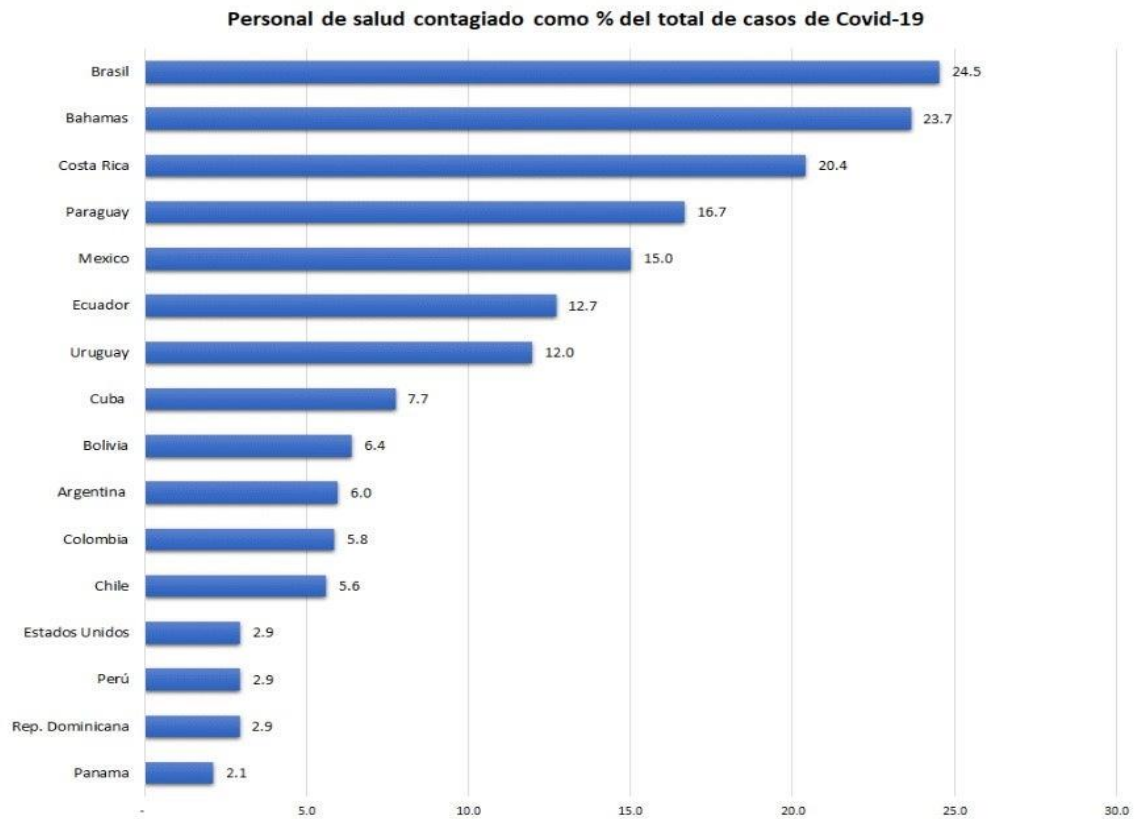
Según datos del Colegio Médico Colombiano, el 54% de los médicos generales y el 56% de los especialistas laboran bajo modalidad de orden de prestación de servicios, lo cual significa que si alguno de estos profesionales resultaba ser aislado por sospecha de contagio y su prueba terminaba siendo negativa, ninguna entidad se haría cargo de pagarle los días que estuvo aislado, ya que no representan días de incapacidad asociados a una

enfermedad laboral y tampoco pueden ser percibidos como días laborados, en consecuencia este tiempo no es asumido o reconocido por la institución.

Adicionalmente se vivió la escasez de especialidades en medicina crítica y terapia intensiva, por lo que médicos de otras especialidades, como los médicos internistas, fueron capacitados rápidamente a través de cursos o en línea para suplir la falta de estos especialistas.

Adicionalmente el personal de la salud se vio enfrentado a dilemas éticos, ante la escasez de cupos o camas en Unidades de Cuidado intensivo, de decidir quien tendría la mayor probabilidad de vivir. La cifra de contagios entre el personal de salud en América Latina se muestra en el siguiente cuadro:

Figura 10: Contagio personal de la salud por COVID-19 América Latina.



Fuente: Elaboración propia con datos de fuentes oficiales de los Ministerios de Salud, notas de prensa

3.2.1 Organización Internacional del Trabajo determinó cinco formas de proteger al personal de salud durante la crisis del COVID-19

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de un artículo publicado el 01 de abril de 2020, reconoció el papel vital en la lucha mundial contra el COVID-19 del personal de la salud y determinó 5 formas para su protección de forma prioritaria:

- **Preservar la seguridad del personal sanitario**

Es de suma importancia garantizar la seguridad y salud del personal de salud y el personal de apoyo, para lo cual recomienda la OIT el diálogo entre el personal sanitario y los empleadores para que las medidas y procedimientos de prevención se apliquen correctamente, señaló la importancia crucial de disponer de equipos de protección personal, y de instrucciones y formación sobre cómo utilizarlos correctamente.

Indicó que se debía contar con la mayor disponibilidad posible de pruebas de detección de la infección por el COVID-19, para preservar la salud del personal y la seguridad del paciente.

- **Proteger su salud mental**

Debido al enorme volumen de trabajo, situaciones traumáticas frente a decisiones difíciles, el temor a contraer la enfermedad o a propagarla entre sus familiares y allegados, los trabajadores y trabajadoras de salud vivieron la discriminación y el estigma, debido al temor del público a contraer la enfermedad, por lo que recomendó la OIT que deben formularse orientaciones para los trabajadores de salud sobre cómo gestionar el estrés, y el estrés postraumático.

- **Vigilar las horas de trabajo**

El personal de salud tuvo que trabajar en situaciones irregulares y atípicas, con cargas de trabajo adicional, horas de trabajo prolongadas, y falta de periodos de descanso, además de las responsabilidades de sus hogares, por ello el documento recomendó adoptar disposiciones apropiadas con respecto al horario de trabajo, para que los trabajadores y trabajadoras de salud puedan equilibrar las exigencias del servicio sanitario con sus responsabilidades domésticas de cuidados y su propio bienestar.

- **Proteger a quienes tienen un contrato de corta duración y a los voluntarios**

La organización internacional del trabajo se preocupó por el personal contratado por periodos de corta duración y señaló que este personal debía de gozar de la misma protección laboral que los demás trabajadores, insta al dialogo con los interlocutores sociales sobre la supervisión y regulación de esas contrataciones especiales (de corta duración), garantizando todas las condiciones contractuales, como la protección social, la remuneración, los periodos de descanso y las disposiciones con respecto a las horas de trabajo.

- **Contratar y formar a más personal de salud**

Es preciso invertir en todos los sistemas de salud, para que puedan contratar, desplegar y mantener a un número suficiente de trabajadores de la salud bien formados, respaldados y motivados. La pandemia causada por el COVID-19 vuelve a poner de manifiesto la acuciante necesidad de una fuerza de trabajo sanitaria fuerte, como elemento de todo sistema de salud resiliente, un aspecto ahora reconocido como fundamento esencial de la recuperación de nuestras sociedades y economías, y de la preparación para futuras emergencias sanitarias.

3.3 Tratamiento de las entidades estatales a las problemáticas del Talento Humano en Salud.

Pese a que prestan un servicio considerado como fundamental, y lo prestan de manera personal, por una remuneración, y a que las entidades determinan las agendas u horarios de prestación de servicios de salud, el talento humano tiene dificultades para acudir a la reclamación laboral cuando suscriben contratos de prestación de servicios, pues no existe claridad de si la competencia corresponde al Juez administrativo, laboral o civil, y no existe un medio expedito para que los conflictos que generan inestabilidad laboral sean atendidos de forma expedita.

La Superintendencia Nacional de Salud, ente de Vigilancia, Inspección y Control del sector salud, se ha declarado incompetente para asumir el conocimiento respecto a la falta de pago de los profesionales de la salud en la función jurisdiccional y de conciliación.

En la actualidad, el personal sanitario está enfrentado a problemas con vinculaciones no laborales y problemas de cartera que hacen cada vez más difícil el ejercicio de la profesión, sometidos a situaciones de inequidad y desigualdad en el ejercicio, así mismo el profesional de la medicina no cuenta con estabilidad laboral, sumado a la pérdida del poder adquisitivo del dinero en los casos en los que se adeudan honorarios o acreencias laborales.

El 10 de julio del 2018 se expidió la Política de Talento Humano en Salud por parte de la Dirección de Desarrollo del Talento Humano en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social; en este documento se crea una línea de acción para contribuir al mejoramiento de las condiciones de trabajo del Talento Humano en Salud en la que podemos observar un concepto importante:

“Los recursos humanos son el fundamento de los sistemas de salud cualquiera sea su modelo de organización, financiamiento y operación. A través de la acción del Talento Humano en la organización y disposición de recursos, instituciones, servicios, conocimiento y tecnologías se materializa el derecho fundamental a la salud y se generan transformaciones sociales que impactan el acceso y los resultados en salud de las poblaciones. De esta manera, las inversiones en formación y creación de empleos para el personal sanitario contribuyen de manera importante al desarrollo económico inclusivo y son un factor clave para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, particularmente de las metas “relativas a la nutrición, la salud, la educación, el género, el empleo y la reducción de las desigualdades” (Ministerio de Salud y Protección Social (2018)).

Esta política genera esperanza de que se construya e implemente una regulación en la que se proteja los derechos laborales del Talento Humano en Salud, en conjunto con los profesionales de la salud, quienes deben propender por el mejoramiento del sistema. (Patiño (2013))

Se les asegura a estas personas a través de las normas vigentes, niveles retributivos satisfactorios, tiempos de trabajo razonables, condiciones de descanso adecuadas, un ambiente laboral que les permita desempeñar sus funciones en las correspondientes condiciones de higiene y seguridad, se contemplan mecanismos para facilitarles el acceso a la necesaria formación profesional, estas cuestiones no pueden ser desatendidas por la

sociedad pues pueden afectarse las condiciones en las que se atiende nuestra salud, si el personal debe soportar jornadas de trabajo extenuantes o en malas condiciones ambientales.

El profesional de la medicina no cuenta con estabilidad laboral ya que se han evidenciado casos de contrataciones por prestación de servicios a 30 días el cierre, en estos casos las acreencias causadas a su favor no están definidas como de primera categoría en el pago de prelación de créditos, teniendo que acudir a procesos ejecutivos para la reclamación del pago de sus acreencias causadas por su trabajo, sumado a la pérdida del poder adquisitivo del dinero, ya que los honorarios son fijados con base en una herramienta que fue creada hace ya 17 años, el cierre de unidades hospitalarias, la liquidación de IPS, EPS, ESE, lo que hace más incierto el panorama financiero del profesional de la salud.

El profesional de la salud se ve en la necesidad de trabajar más horas y con mayor número de pacientes, con la finalidad de compensar sus ingresos, lo que conlleva a un detrimento de su calidad de vida.

Lo anterior nos lleva a la necesidad de plantear las siguientes propuestas para la formulación de las políticas públicas en este campo:

- Se definan garantías efectivas para el pago oportuno de la remuneración al talento humano en salud, en un plazo máximo de 30 días, luego de presentada la facturación en el caso de pago por honorarios.
- Se equipare el pago por concepto de honorarios, al pago de salario y se le de prelación de créditos de manera idéntica a las acreencias laborales.
- Al ser la salud un servicio público esencial, se hace necesario establecer un sistema de escalafón con criterios técnicos de remuneración y ascenso y que sea un criterio orientador para la contratación en el sector privado.

3.3.1 Avances en el mejoramiento de las condiciones dignas y de trabajo decente para el sector salud:

3.3.2 Ley de residencias medicas

Los médicos, que debían postularse a un programa académico con contratos con instituciones de salud para especializarse, eran objeto de explotación laboral sin remuneración económica ni condiciones de trabajo dignas, su único pago era el aprendizaje y desarrollo práctico, en el campo en el que querían especializarse; delegar actividades que desdibujaban el aprendizaje, causando pérdidas financieras al estudiante y creando riqueza para las instituciones educativas donde los ejercicios se realizaron por una tarifa y pago.

Hace más de cuatro años el 9 de mayo de 2017, fue radicado el Proyecto de Ley N° 272 de 2017 (senado) que buscaba se respetara y reconociera económicamente el trabajo de los Internos y Residentes en Colombia, impulsado principalmente por La Asociación Médica Estudiantil (ACOME), La Asociación de Internos y Residentes (ANIR) y la Federación Médica Colombiana.

Dicho Proyecto se materializó en la Ley 1917 del 12 de Julio de 2018, esta Ley señala en su artículo 1° la creación del Sistema Nacional de Residencias Médicas en Colombia que permite garantizar las condiciones adecuadas para la formación académica y práctica de los profesionales de la medicina que cursan programas académicos de especialización médico quirúrgicas como apoyo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, define su mecanismo de financiación y establece medidas de fortalecimiento para los escenarios de práctica del área de la salud.

La norma en mención nos indica que profesiones de la salud tienen la calidad de residentes: *“los residentes son médicos, con autorización vigente para ejercer su profesión en Colombia, que cursan especializaciones médico quirúrgicas en programas académicos legalmente aprobados que requieren la realización de prácticas formativas, con dedicación de tiempo completo, en Instituciones de Prestación de Servicios de Salud, en el marco de una relación docencia servicio y bajo niveles de delegación supervisión y control*

concertados entre las Instituciones de Educación Superior y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”.

Adicionalmente, la norma en mención creo en su artículo 5° el “*Contrato de practica formativa del residente*” este contrato según el texto normativo goza de las siguientes garantías denominadas como mínimas:

5.1. Apoyo de sostenimiento educativo mensual no inferior a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes.

5.2. Garantía de las condiciones, medios y recursos requeridos para el desarrollo formativo.

5.3. Afiliación al Sistema General de Seguridad en Salud y al Sistema General de Riesgos Laborales.

5.4. Derecho a vacaciones por el período que la institución de educación superior contemple para el programa, sin que exceda de quince (15) días hábiles por año académico; sin perjuicio de los casos especiales establecidos en la normativa vigente. Durante este periodo de descanso el residente recibirá el apoyo de sostenimiento educativo correspondiente.

5.5. Plan de trabajo o de práctica, propio del programa de formación de acuerdo con las características de los servicios, dentro de los espacios y horarios que el prestador de servicios de salud tenga contemplados.

5.6. La institución de educación superior definirá el escenario base del programa, entendido este como aquel prestador de servicios de salud en el que el residente realiza la mayor parte de las rotaciones definidas en el programa académico.

5.7. Se desarrollará bajo la responsabilidad del convenio docente asistencial entre la institución de educación superior y el prestador del servicio de salud.

Parágrafo 1°. *Salvo en los casos de emergencia establecidos en la norma para los prestadores de servicios de salud, la dedicación del residente en dichos prestadores no podrá superar las 12 horas por turno y las 66 horas por semana, las cuales para todos los efectos deberán incluir las actividades académicas, de prestación de servicios de salud e investigativas.*

Parágrafo 2°. *El Gobierno nacional podrá establecer incentivos económicos u otros especiales y diferenciales a los residentes que cursen programas de especialización considerados prioritarios para el país.”*

Como podemos ver en el caso de las residencias médicas, se creó una nueva tipología de contrato con carácter formativo, que a su vez reconoce las garantías laborales y de seguridad social que permiten condiciones dignas para el ejercicio de las practicas medicas en el sector salud.

Dentro de la misma normativa se contempla la financiación de este tipo de contrato, señala la Ley en su artículo 8° que tiene como fuentes de financiación recursos públicos, los compromisos y pagos estarían sujetos a las apropiaciones presupuestales que, en cada vigencia, se realicen a través de la Ley anual por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de apropiaciones y de las demás posibles fuentes de financiación, con cargo a los recursos de la Administradora de recursos a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES.

Así mismo, es importante recalcar que la reglamentación de la Ley 1917 del 12 de Julio de 2018, se dio mediante la Resolución 1872 del 12 de Julio de 2019.

Conclusiones

La protección constitucional que se desprende del derecho fundamental del trabajo, como principio fundante del Estado Social de Derecho, no establece diferencias entre tipos de contratación bien sea laboral o civil.

Como elemento primordial en la historia del contrato de trabajo, la subordinación o dependencia del empleador, es determinante para identificar una verdadera relación laboral, conforme señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3126-2021 *“La subordinación se ha definido como un poder de sujeción jurídica y material entre dos personas y que en el ámbito de una relación laboral se concreta en “la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente”*

Sin embargo, los constantes cambios económicos y sociales ocurridos durante la globalización han terminado por producir una crisis en el criterio de subordinación, cuestionada actualmente por la economía política neoliberal y por nuevas consideraciones culturales. Este cambio de enfoque debe relacionarse con los cambios en los procesos de producción y con nuevos ejercicios laborales que tienden a la deslaboralización y flexibilidad laboral.

En Colombia con la publicación del C.S.T, se incluyó la noción de subordinación o dependencia, en el artículo 23, la cual se establece como eje de la relación laboral dependiente entre particulares, como forma legítima de la relación en el sector público para los trabajadores oficiales y para los empleados vinculados con empresas industriales y comerciales del Estado.

Debe señalarse que Colombia no es ajena a los procesos de globalización y flexibilidad y como consecuencia de la desregulación de los derechos laborales, comenzó a exigirse

como premisa para que el país fuera competitivo en el mercado internacional, y empezaron a surgir cambios en la normatividad como la Ley 50 de 1990, que se convirtió en el mecanismo diseñado para que el sistema de relaciones laborales engranara en tal cometido, introdujeron modificaciones al C.S.T y S.S y de Seguridad Social en sus partes individual y colectiva, dentro de las modificaciones se implementó el concepto de Empresas de Servicios Temporales y su funcionamiento, la eliminación de estabilidad reforzada respecto de los trabajadores con más de 10 años de servicio, la creación del régimen de liquidación anual de cesantías, la contratación a término fijo por períodos inferiores a 1 año, se introdujo la figura del salario integral, entre otras modificaciones que tenían como propósito flexibilizar el mercado laboral para que se generaran más oportunidades de empleo.

Así mismo, la Ley 789 de 2002, también oficializó una política de flexibilización laboral, y de reducción de derechos asociada a las exigencias de la globalización como manifestación de una nueva fase de la internacionalización de la economía, la cual implantó cambios importantes en las relaciones laborales, al hacer una reducción de las indemnizaciones por despido injusto, reducir el pago de horas extras y disminuir los recargos por festivos y dominicales entre otros.

Para los empresarios en el país existen diversas formas de contratación consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, bajo la modalidad de Contrato de trabajo y diferentes tipos como: el contrato de trabajo a término fijo que debe ser escrito, indefinido que puede ser verbal o escrito y por obra o labor.

El Contrato de trabajo incluye varios tipos de obligaciones que garantizan derechos fundamentales de los trabajadores y sus familias entre ellos: aportes a seguridad social (salud, pensión, riesgos laborales), aportes a caja de compensación familiar, prestaciones sociales (prima de servicios, cesantías e intereses a las cesantías), vacaciones, horas extra, trabajo suplementario, dominicales y festivos., entre otros derechos que han sido conseguidos a través de lucha de los trabajadores en el trasegar de la historia del derecho del trabajo.

En el sector público se le dieron atribuciones especiales a los trabajadores que laboran al servicio del Estado, como un régimen especial, el Constituyente Primario utilizó de forma

general el concepto de servidor público para comprender a todas las personas naturales que tienen una relación laboral con el Estado, y trabajan a su servicio para efectos de asegurar el cumplimiento de sus fines constitucionales, también es utilizado el termino de funcionarios, la clasificación de los servidores públicos, según la jurisprudencia se da en empleados públicos, en virtud de una relación legal y reglamentaria, con un acto administrativo de nombramiento, y. los trabajadores oficiales, a través de un contrato de trabajo, la jurisprudencia señala como una tercera forma de vinculación con el estado el contrato de prestación de servicios, Sección segunda, 2017-00031-01, que no tiene los mismos beneficios.

El contrato de prestación de servicios tanto para el sector privado como público señala una serie de desventajas para el trabajador ya que no contempla beneficios como el pago de prestaciones, vacaciones remuneradas, cesantías, ni genera estabilidad para el contratista, entre otras, sin embargo, es de anotar que en el caso del servicio de salud en el sector público se limitó la contratación a través de prestación de servicios

La flexibilidad laboral es el resultado de los procesos de globalización de la economía, resultado de la preocupación de los inversionistas transnacionales por reducir los costos salariales en las empresas justificadas en la competitividad y viabilidad económica. Por ello, ha traído consigo figuras como las empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado, contratos por prestación de servicios, contratos a término fijo, el contrato sindical, todas estas figuras utilizadas para desmejorar las condiciones de vinculación del personal de la salud.

En el caso de los trabajadores de la salud, la Ley 100 de 1993, que organizó el Sistema de Salud de forma descentralizada, como un sistema jurídico y económico que ha sido caracterizado como “pluralismo estructurado” diseñado conforme a un conjunto de relaciones estructuradas entre la población y las instituciones, tal como se presenta en el presente documento, ha posibilitado que la cobertura del sistema de seguridad social en el lapso entre 1995 y 2021 aumente en aproximadamente un 69% .

La expedición de la Ley 100 de 1993, ocurrió en medio de una reformulación institucional interna bajo las pautas institucionales de la globalización financiera, las cuales imponían la desestructuración de las formas anteriores de intervención estatal que incluían

obligaciones en el reconocimiento de los DESC, adecuándolas al dominio corporativo del gran capital que logró transformar estos derechos colectivos en servicios privatizados cuyas inversiones pueden titularizarse en un segmento de los mercados de capitales. Las instituciones financieras internacionales, particularmente el Banco Mundial, jugaron un papel de primer orden en el diseño de los sistemas de salud incluyendo criterios asociados a la competencia y a la doctrina neoclásica en economía. El camino había quedado despejado para que los grupos financieros ampliaran la cobertura de sus negocios con la salud, esta norma ya ha tenido modificaciones legislativas, la Ley 1122 de 2007 se introdujo una primera reestructuración de orden financiero y administrativo al modelo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993 dentro de sus características se encuentran que fijó criterios de racionalidad financiera en el sistema de salud, 1438 de 2011 y la Ley 1751 de 2015.

La Sentencia T-760 de 2008, constituye una sentencia hito, por cuanto definió el derecho a la salud como un “derecho fundamental autónomo” impartiendo órdenes a las autoridades que hacen parte del sistema para su protección y efectividad. Estas acciones están encaminadas a diseñar las políticas públicas necesarias para solucionar los problemas de congestión judicial por el desbordado ejercicio de la acción de tutela, que sigue siendo el único mecanismo eficaz para la protección de la salud como derecho fundamental.

En Colombia, pese a que la salud es un derecho fundamental ampliamente protegido tanto por la Constitución como por las normas sectoriales, al igual que por los convenios internacionales (incluidos bajo las determinaciones del bloque de constitucionalidad), a diario se observa la vulneración de derechos al personal de la salud. Pese, igualmente, a que la Organización Mundial de la Salud define el talento humano como uno de los seis elementos constitutivos e indispensables en los sistemas sanitarios, bajo criterios de equidad y eficiencia y con la exigencia de un número adecuado en la prestación del servicio, un ejemplo de lo que se ha anotado fue la encuesta que realizó a nivel nacional el Colegio Médico Colombiano con el personal de salud para el lapso 2019 - 2022, la cual arrojó resultados útiles para este trabajo, evidenciándose que de los diferentes tipos de contratación en el sector privado, existe una tendencia hacia el contrato de prestación de servicios para los médicos especialistas en un 44%, mientras que tan solo el 25% ha sido contratado conforme a las definiciones del contrato laboral. Adicionalmente, el

personal de la salud que tiene un contrato de trabajo solo alcanza la mitad del total de la población encuestada.

Así mismo, registra la encuesta, la insatisfacción respecto del salario. El 77% de los especialistas, han tenido problemas con el pago del salario, el desconocimiento de las prestaciones sociales, el no pago de la liquidación y la congelación de los ingresos. La Asociación de Médicos Internistas (ACMI) en su Revista Académica titulada “Acta Médica Colombiana” ha dejado constancia sobre las condiciones difíciles en que laboran, rechazando la desregulación del Estado y la imposición de las pautas del negocio privado en la prestación del servicio. Adicionalmente han cuestionado la ausencia de una política de prevención y promoción de la salud en las esferas de decisión del Estado y han evidenciado su preocupación a propósito de la precariedad de los currículums formativos para los médicos internistas en la oferta educativa tanto de las universidades públicas como de las privadas.

La utilización del principio realidad en el accionar judicial ha sido la herramienta del personal médico y para médico para reclamar sus derechos basados en una relación de subordinación laboral enmascarada en el contrato de prestación de servicios, el contrato sindical y en las cooperativas de trabajo asociado. Ello obliga al juez de conocimiento ya sea en el ámbito contencioso administrativo o laboral a identificar la existencia de esta subordinación para obligar a los oferentes del servicio de salud, tanto del sector público como del privado, a cumplir con sus obligaciones legales.

En este trabajo hemos intentado visibilizar el hecho de que si no existen garantías contractuales para la vinculación del personal de salud a las diferentes Instituciones prestadoras de servicios de salud en el sector público o privado, no van a poder acceder a los cubrimientos en seguridad social, en los casos en que se presenten contingencias como la enfermedad o los accidentes laborales, la maternidad, la muerte, la vejez, el desempleo y la invalidez condiciones físicas de seguridad del lugar de trabajo, con la protección en riesgos laborales.

Los profesionales en medicina interna que hacen parte del talento Humano en salud y del mercado de servicios hospitalarios y médicos, presentan una continua vulneración de sus derechos frente al desempeño de sus profesiones en los diferentes tipos de contratación

que les ofrece el mercado de la salud como la orden de prestación de servicios que oculta un contrato realidad, y que en la red pública y privada reina en la contratación.

La precariedad de los trabajadores de la salud fue agudizada por la pandemia por COVID-19, sin personal, sin elementos de protección para el personal, con jornadas extenuantes y exponiendo su vida, angustia, fatiga, agotamiento ocupacional, incertidumbre, dilemas éticos e inusualmente, estigma, que se manifiesta en violencia física y psicológica por parte de la población, haciendo crítica la labor de los profesionales de la salud.

Por lo que este trabajo, pretende sensibilizar y hacer visible esta problemática que compete no solo al sistema de salud si no también al mundo del trabajo y las garantías constitucionales que se desprenden de su protección.

Una reflexión final que va más allá de la situación que hemos descrito en el sector salud y que remite a una contradicción en el derecho contemporáneo entre las definiciones institucionales en favor del reconocimiento de los DESC y las exigencias del Derecho Comercial Internacional normatizadas en instituciones internacionales como la OMC, el FMI y el BM y reconocidas por los Estados Nacionales como fuentes normativas, en lo que ha sido caracterizado como un nuevo "Pluralismo Jurídico", lo que produce una tensión permanente entre las garantías definidas para el ejercicio de los derechos sociales y las exigencias de los planes de ajuste que obligan a reducciones presupuestales en la ejecución de políticas sociales. Esta tensión explica en mucho las dificultades que en el ejercicio de las políticas sociales experimentan los Estados, particularmente en los países periféricos. En este trabajo y para el caso del personal de la salud en general y de los médicos internistas en particular, esta tensión ha quedado visibilizada.

Referencias Bibliográficas

Aglietta Michel. (2004), "El Capitalismo Financiero a la deriva", Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Alvares M. Comisión de Salud Momento crítico para la salud en Colombia. Disponible en: <http://viva.org.co/lobbying/comision-de-salud/218-momento-cr%C3%ADtico-para-la-salud-en-colombia>

Alvarez, Carlos; Arenas, Gerardo; Blanco, Oscar Andrés; Bolívar ShirLey; Carrillo Julio César; Cerón, Jaime; Conti, Augusto; Cuervo Díaz, Camilo; Dacosta, Andrés Fernando; De Buen, Néstor; Dueñas, Clara Cecilia; Escobar, Billy; Godoy, Carlos Hernán; Herrera, José Roberto; Jaramillo, Humberto J; Jiménez, Ernesto; Molina, Carlos Ernesto; Muñoz, Ana María; Pardo, Silvestre; Pasco, Mario; Pizarro, Esteban; Uribe, Víctor Manuel; Valdés, Germán G; Valdivieso, Diego Felipe; Vargas, Ramiro, (2006). En: Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia. Colegio de abogados del trabajo.

Arenas Monsalve, Gerardo. (2018), El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá Legis.

Ardila L. Diana Marcela, Mejía M, Aurelio Enrique, Tamayo R. Juan Camilo Los servicios de salud en los acuerdos de libre comercio: el caso colombiano. 2023. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-386X2006000200013

Barrera-Garavito, Edgar Camilo, Ruiz-Bedoya, Custodio Alberto, Villar-Centeno Juan Carlos • Bogotá, D.C., Bucaramanga (Colombia)El deber de actualizar el currículo en medicina interna- La necesidad de mantener la cohesión e incluir nuevos escenarios

integradores” Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/amc/v44n1/0120-2448-amc-44-01-31.pdf>

Barona Betancourt, Ricardo. (2015) La Contratación de Profesionales y Trabajadores de la Salud protección del trabajo digno. Editorial Leyer.

Bentancourt, Ricardo (2012), Primacía de la Realidad en el Sector de la Salud, Ediciones Librería el Profesional

Cadena Afanador L del P, Useche Aldana B. (2011), Los profesionales de la salud y la crisis del sistema de salud en Colombia: ¿Indignación o acomodamiento?. Disponible en: <https://revistas.unab.edu.co/index.php/medunab/article/view/1558>

Castro, Muñoz. (2012), En experiencias de investigación en salud y seguridad en el trabajo. Flexibilización y precarización en el sector salud: desafíos para la promoción de la salud en los lugares de trabajo. Ed. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Christiane Wiskow (especialista en el sector de la salud), Maren Hopfe (oficial técnica, sector de la salud), Departamento de Políticas Sectoriales.

Colegio Médico Colombiano, Diario Epicrisis Panorama de los médicos en Colombia del 2019 al 2022, Disponible en: <https://epicrisis.org/2022/12/26/panorama-de-los-medicos-en-colombia-del-2019-al-2022/>

Comité Basilea finales de 1974.

Conferencia Sanitaria Panamericana. 59a Sesión Del Comité Regional. Metas Regionales En Materia De Recursos Humanos Para La Salud 2007-2015.

Corredor Avendaño, Leonardo y Luis Alberto Torres. (2018). Incorporación de Herramientas Internacionales Para la Resolución de Controversias Laborales En: Apología para un Derecho Social Colombiano.

Corte Constitucional (2023) Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>.

Cortés O. Derecho de la seguridad social. 2a ed., Bogotá, Ediciones del Profesional.

Curra-Lugo, Victor, (2005) Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 32 La salud como derecho humano Universidad de Deusto

- DANE. (2022), Boletín Técnico Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) Junio - agosto 2022.
- De Sousa Santos Boaventura, "La Globalización del Derecho" Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.
- Díaz, L. Perafán, E. Vallecilla, L. Montenegro, J. y Almanza, J. (2016).Derecho laboral en Colombia. Colección JUS laboral N°. 8 Editorial Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/gpd-derecho-laboral-en-colombia-coleccion-jus-laboral-n-8.html>.
- Distrito garantiza contratos OPS de mínimo 2 años a 3.099 profesionales en salud. (2022) Disponible en: <https://bogota.gov.co/mi-ciudad/salud/distrito-garantiza-contratos-de-2-anos-3099-profesionales-de-salud>
- Doubova, Svetlena Cuevas, Ricardo P.(2020),Los retos del personal de salud ante la pandemia de COVID-19: pandemónium, precariedad y paranoia. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/salud/es/desafios-personal-salud-coronavirus/>
- El Espectador, (2022) Voces del Guayabero. La salud no llega a la vereda de Nueva Colombia, Meta. Disponible en: <https://www.elespectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/salud-un-derecho-inexistente-en-nueva-colombia-meta/>.
- Ermida Uriarte, Oscar y Oscar Hernández Álvarez (2002). «Crítica de la subordinación, Parte I». En: Revista Laboral Chilena.
- Escobar, Fabio. (2010), La Ley de talento humano en salud un desafío para la formación y el ejercicio profesional en el campo de la salud.
- Estrategia De Recursos Humanos Para El Acceso Universal A La Salud Y La Cobertura Universal De Salud, CSP29/2010.
- Fedesarrollo. 1997. Reforma de Salud En Colombia y Plan Maestro de Implementación.
- Financiera y Deuda Pública en Colombia. Reflexiones y propuestas en el contexto de la pandemia por COVID-19.

- Franco-Giraldo A. Sistemas de salud en condiciones de mercado: las reformas del último cuarto de siglo. *Rev. Fac. Nac. Salud Pública* 2014; 32(1): 95-107. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfnsp/v32n1/v32n1a11.pdf>
- Gómez Vélez, María A. (2014), Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización del empleo, *Revista Diversitas* Vol 10 No1
- Guzmán, Natalia. (2015), Caracterización sectorial y estudio de caso sobre condiciones laborales y sindicales en Saludcoop.
- Hannah Arendt. (1995), "El Totalitarismo"- capítulo V, Editorial Taurus, Madrid. 1995.
- Hernández Alvarez, Mario, Eslava Castañeda , Juan Carlos, Henao Kaffure, Liliana Orozco Díaz, José y Parra Salas Luis Edgar. Universal health coverage and capital accumulation: a relationship unveiled by the critical political economy approach.
- Jorge Hernán Flórez Acosta - Las condiciones laborales de los profesionales de la salud a partir de la Ley 100 de 1993.
- José Luis Ugarte, (2005) La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo.
- La Subdirección General para la Superación de la Pobreza (2019), Disponible en: <https://prosperidadsocial.gov.co/sgsp/>
- Lenis Gómez, Mauricio. (2006), Transformación Del Trabajo y Regulación Laboral.
- Libreros & Carrero. (2019), Orden financiero y Deuda Pública en Colombia. Una reflexión en el contexto de la pandemia por COVID-19 .
- Luna, Jairo Violencia en el trabajo del sector público de la salud: una visión desde las personas trabajadoras. Bogotá, Colombia. 2011-2012.
- Ministerio de Salud, Comportamiento del aseguramiento (2023) Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimensubsubidiado/Paginas/coberturas-del-regimen-subsubidiado.aspx>
- Malagón-Londoño, G. 2007. A Propósito De La Ley 1164 De Talento Humano De octubre 3 De 2007. *Medicina*. 29, 4 (dic. 2007), 217–218.

Miguel Ángel Chamocho Cantudo - Isabel Ramos Vázquez. (2013), Introducción jurídica a la historia de las relaciones de trabajo. Editorial DYKINSON S.L.

Ministerio de Salud y Protección Social (2018) Política Nacional de Talento Humano en Salud.

Ministerio de Salud y Protección Social (2023) Seguridad Del Paciente Y La Atención Segura <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Guia-buenas-practicas-seguridad-paciente.pdf>

Observatorio de Talento Humano en Salud, OTHS Colombia, Guía Metodológica.

Ojeda. A., (2010) La Deconstrucción Del Derecho Del Trabajo.

OPS. Salud y seguridad de los trabajadores del sector salud. Manual para gerentes y administradores. OPS, 2005.

Organización Mundial del Comercio, El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS): objetivos, alcance y disciplinas Oscar Ermida. (2002),. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsqa_s.htm.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2020). Cinco formas de proteger al personal de salud durante la crisis del COVID-19. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_740405/lang--es/index.htm

Patiño, Jose F. (2013). El sistema de salud de Colombia: crisis sin precedentes, Rev, Colomb Cir. 2013. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcci/v28n4/v28n4a1.pdf>

Pérez G, Miguel. (2012), Contratación laboral, intermediación y servicios, Primera edición, Editorial Legis.

Peter Gowan. (1999) La apuesta por la Globalización. Editorial Akal.

Poder político y mercado en las reformas a la seguridad social, Disponible en: <https://unilibros.co/gpd-poder-politico-y-mercado-en-las-reformas-a-la-seguridad-social.html>

Pontificia Universidad Javeriana, Fedesarrollo, and Family Health Foundation . (2001), Plan de Largo Plazo Para El Desarrollo y Fortalecimiento de Los Recursos Humanos En Salud.

Prosperidad social, (2023), programa estrategia unidos Disponible en: <https://prosperidadsocial.gov.co/sgsp/acompanamiento-familiar-y-comunitario/unidos/>

Rivera Galvis, J. S. (2015). Relaciones de trabajo típicas y contrato de prestación de servicios celebrado con personas naturales en el marco de la doctrina de trabajo decente de la OIT. (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Ruiz, Fernando, Alexandra Matallana. (2008), Recursos Humanos de La Salud En Colombia: Balance, Competencias y Prospectivas.

SCARE Sociedad Colombiana de Anestesiología preocupada por el talento en crisis de la salud.

Secretaría Distrital De Salud. (2014), Política De Talento Humano Del Sector Público De Salud Del Distrito Capital, documento técnico.

Silva R, Marcel. (2005), Flujos y Reflujos Proyección de Siglo de Derecho Laboral Colectivo en Colombia, Universidad Nacional de Colombia facultad de derecho y ciencias políticas.

Senior, Juan Manuel El sistema de salud y sus fantasmas Acta Médica Colombiana, vol. 37, núm. 1, enero-marzo, 2012, pp. 1-5 Asociación Colombiana de Medicina Interna.

Radio Nacional de Colombia. (2022) Estudio revela posible crisis laboral en el país en el sector de salud Disponible en: <https://www.radionacional.co/actualidad/salud/sector-salud-en-colombia-estudio-revela-posible-crisis>

Teubner Gunther. (2010), "Regímenes Globales privados ¿Derecho Neoespontáneo y Constitución dual de sectores autónomos? en Estado, Soberanía y Globalización, Editorial Siglo del Hombre Editores.

Toro Restrepo, Julio E. (2008), Hospital & Empresa, Hospital Universitario San Vicente de Paúl

- Torres Corredor, Hernando. (2003), Sistema de seguridad social. Salud. Legislación. Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales.
- Torres Corredor, Hernando; Colorado Acevedo, Diana. (2020), El derecho fundamental a la salud: retos de la Ley Estatutaria, editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Torres Corredor, Hernando; Colorado Acevedo, Diana. (2020), Derecho Fundamental a la Salud, editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Torres Corredor, Hernando; Colorado Acevedo, Diana. (2018), Aproximaciones al carácter Fundamental del derecho a la Salud “las perspectivas de nuestra acción”, editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Torres Corredor, Hernando; 22 de febrero de 2022, La revolución silenciosa publicación en *Ámbito Jurídico*
- Teubner Gunther “Regímenes Globales privados ¿Derecho Neoespontáneo y Constitución dual de sectores autónomos? en Estado, Soberanía y Globalización, Editorial Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010.
- Tomado del tiempo: Trabajadores de salud reclaman falta de pagos en hospitales de Cesar: Fecha de la noticia: 08 de julio de 2020*
- Tomado de RCN radio: Ya lleva cinco meses sin sueldo el personal médico del hospital San Francisco de Asís en Chocó. *Fecha de la noticia: 21 de diciembre de 2021*
- Tomado de revista semana: El dilema de los médicos en Colombia: a algunos les deben hasta 14 meses de salario. Fecha de la noticia: 01 de agosto de 2022
- Tomado de la revista semana Personería inicia vigilancia al Hospital Infantil Concejo de Medellín por falta de pagos Fecha: 28 de abril de 2022.
- Tomado del periódico el tiempo Hospitales de Tolima, al borde del cierre por disminución en giros de salud. Fecha:10 julio de 2022
- Tomado de WRADIO: Fuimos de la primera línea y nos abandonaron”: Personal de salud en Bogotá denuncia falta de pago fecha: febrero de 2022*
- Uriarte, Crítica de la subordinación Revista Ius Et Veritas

Vargas González, V. (2021). Financiamiento del sistema de salud en Colombia: Aspectos normativos y de gestión. SUMMA. Revista disciplinaria en ciencias económicas y sociales, Normativos y de Gestión,” Universidad del Atlántico <https://aunarcali.edu.co/revistas/index.php/RDCES/article/view/197/125>

Decisiones Judiciales.

Corte Constitucional de Colombia Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara sentencia C-579 de 1996, Expediente D-1183.

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C-583 de 2014, Referencia: Expediente D-10032.

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto Sentencia T-636, agosto 15 2007, Expediente T-1597440

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra Sentencia T-949/06, Expediente T-1401725

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra Sentencia C-023, 1994, Expediente T-1401725

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa Sentencia C-313 de 2014, Expediente D 353

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Diana Fajardo Rivera Sentencia T-388 de 2020, Expediente T-7.745.031

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva sentencia C171 de 2012, Expediente D-8666

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño sentencia T-457 de 2001, Expediente T-403192

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerreño Pérez sentencia T-121 del año 2015, T-4574405.

Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T-760. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Sentencia C-614 de 2009, Corte Constitucional de Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, Sentencia, SL-31262021 (68162), 19/05/2021.

Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, Sentencia SL 467-2019

Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, Sentencia, SL-2710-2019

Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, Sentencia, SL-3126-2021

Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado,
Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación
23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero
Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

Sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B.
consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación
05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio
de Medellín (Antioquia).

Sentencia del 26 de julio de 2018. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B.
2014-01511-00, rad. (4912-14)

Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil consejero Ponente. Flavio Augusto
Rodríguez Arce de mayo 10 de 2001, Radicación No. 1.344.